

# TEKİRDAĞ NAMIK KEMAL ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Yıl 2022 Haziran Cilt 3 Sayı 1



**İmtiyaz Sahibi** Prof. Dr. Mehmet Nusret BEDÜK Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı

#### Editörler

Editör  
Dr.Öğr.Üyesi Gülşah Sinem AYDIN  
(T.C. Tekirdağ Namık Kemal  
Üniversitesi)

Baş Editör  
Dr.Öğr.Üyesi Fatih SERBEST  
(T.C. Tekirdağ Namık Kemal  
Üniversitesi)

Editör  
Dr.Öğr.Üyesi Gülçin ÇAM  
(T.C. Tekirdağ Namık Kemal  
Üniversitesi)

**Editör Yardımcısı** Ar. Gör. Oğuz ERSÖZ

**Teknik Asistan** Abdurrahman ÖZDEMİR

#### Yayın Kurulu

Prof. Dr. Mehmet Nusret BEDÜK (T.C. Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi)  
Doç. Dr. Mutlu KAĞITCIOĞLU (T.C. Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi)  
Dr. Öğr. Üyesi Orhan KUZU (T.C. Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi)  
Dr. Öğr. Üyesi Seda Şehriban GÜNGÖR (T.C. Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi)  
Dr. Öğr. Üyesi M. Cahit GÜNEL (T.C. İstanbul Üniversitesi)  
Dr. Öğr. Üyesi Mustafa KILIÇOĞLU (T.C. Başkent Üniversitesi)  
Dr. Öğr. Üyesi Ezgi CANKURT (T.C. Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi)

#### Danışmanlar Kurulu

Prof. Dr. Haluk Hadi SÜMER (T.C. Selçuk Üniversitesi)  
Prof. Dr. Cemal ŞANLI (T.C. İstanbul 29 Mayıs Üniversitesi)  
Prof. Dr. Halil AKKANAT (T.C. Türk-Alman Üniversitesi / İstanbul Üniversitesi)  
Prof. Dr. Abuzer KENDİGELEN (T.C. İstanbul Üniversitesi)  
Prof. Dr. Halil KALABALIK (T.C. İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi)  
Prof. Dr. Arslan KAYA (T.C. İstanbul Üniversitesi)  
Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ (T.C. İstanbul Üniversitesi)  
Prof. Dr. M. Fatih UŞAN (T.C. Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi)  
Prof. Dr. Şaban KAYIHAN (T.C. İstanbul Medeniyet Üniversitesi)  
Prof. Dr. Abdurrahman EREN (T.C. İstanbul Üniversitesi)  
Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ (T.C. Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi)  
Prof. Dr. Yusuf ÇALIŞKAN (T.C. İbn Haldun Üniversitesi)  
Prof. Dr. Ali Kemal YILDIZ (T.C. Türk-Alman Üniversitesi)  
Prof. Dr. Şafak NARBAY (T.C. Sakarya Üniversitesi)  
Prof. Dr. Zekeriya KURŞAT (T.C. İstanbul Üniversitesi)  
Prof. Dr. Özlem SÖĞÜTLÜ (T.C. TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi)  
Prof. Dr. İbrahim SUBAŞI (T.C. İstanbul Medeniyet Üniversitesi)  
Prof. Dr. Fulya ERLÜLE (T.C. Marmara Üniversitesi)  
Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY (T.C. Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi)  
Prof. Dr. Naim DEMİREL (T.C. Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi)  
Prof. Dr. Hayrunnisa ÖZDEMİR (T.C. Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi)  
Prof. Dr. Ümit Süleyman ÜSTÜN (T.C. Selçuk Üniversitesi)  
Prof. Dr. Zekeriyya ARI (T.C. Bursa Uludağ Üniversitesi)  
Prof. Dr. Sezer ÇABRİ (T.C. İstanbul Medeniyet Üniversitesi)  
Prof. Dr. Mustafa ERKAN (T.C. Marmara Üniversitesi)

Doç. Dr. Arzu GENÇ ARIDEMİR (T.C. İstanbul Üniversitesi)  
Doç. Dr. İpek SAĞLAM (T.C. Marmara Üniversitesi)  
Doç. Dr. Salih Önder YEŞİLTEPE (T.C. İstanbul Medipol Üniversitesi)  
Doç. Dr. Birgül SOPACI ÖZTUNA (T.C. Marmara Üniversitesi)  
Doç. Dr. Abdurrahman SAVAŞ (T.C. İstanbul Üniversitesi)  
Doç. Dr. Erdal YERDELEN (T.C. Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi)  
Doç. Dr. Canan YILMAZ (T.C. Marmara Üniversitesi)  
Doç. Dr. Hakan ÇEBİ (T.C. Kocaeli Üniversitesi)  
Doç. Dr. Seda ÖKTEM ÇEVİK (T.C. Bahçeşehir Üniversitesi)  
Doç. Dr. Sinan BAYINDIR (T.C. Piri Reis Üniversitesi)  
Doç. Dr. Mustafa YASAN (T.C. Sakarya Üniversitesi)  
Doç. Dr. Selman KARAKUL (T.C. İstanbul Medipol Üniversitesi)  
Doç. Dr. Gülşen GEDİK (T.C. Bursa Uludağ Üniversitesi)  
Doç. Dr. Özcan GÜNERGÖK (T.C. Bolu Abant İzzet Baysal Üniversitesi)  
Doç. Dr. Ömer BAĞCI (T.C. Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi)  
Doç. Dr. Mehmet AKÇAAL (T.C. Selçuk Üniversitesi)

#### İletişim

Web sitesi: <https://dergipark.org.tr/tr/pub/nkuhukuk>  
E-mail: [nkuhukuk@nku.edu.tr](mailto:nkuhukuk@nku.edu.tr)  
Tel: 0282 252 62 10

#### Yayına Hazırlayan

Armoni Nüans Görsel Sanatlar ve İlt. Hiz. San. ve Tic. A.Ş.  
E-mail: [grafik2@armoninuan.com](mailto:grafik2@armoninuan.com)  
Tel: 0216 540 36 11

## NKUHUKUK YAYIN İLKELERİ

1. T.C. Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (NKUHUKUK) yılda iki kez yayınlanan hakemli bir dergidir.
2. Derginin yazı dili Türkçedir. Türkçe dilinin yanı sıra İngilizce ve Almanca dilinde akademik çalışmalar yayımlanmaktadır. Dergiye gönderilen yazının dili ayırt edilmeksizin, yazının Türkçe ve İngilizce başlığının, Türkçe ve İngilizce özetinin (en az 150, en çok 200 kelime) ve her iki dilde beşer anahtar kelimenin, akademik çalışmanın başına eklenerek gönderilmesi gerekmektedir.
3. Dergide çeviri yazı yayımlanabilir. Çevirilerin, yayımlanmış olduğu dildeki asıl nüshası ile çalışma sahibinin izninin birlikte gönderilmesi gerekir.
4. Dergiye gönderilen yazılar daha önce yayımlanmamış ve yayımlanmak üzere başka bir yayımcıya gönderilmemiş olmalıdır. Gönderilen yazı kabul edildiği andan itibaren yayın haklarının tamamı dergiye ait olur ve derginin izni olmadan yazı başka bir yerde yayımlanamaz.
5. Dergide yayımlanan çalışmaların içeriklerinden yazarları sorumludur. Yayın Kurulunun, çalışmaların içeriklerinden aslen veya müteselsilen hiçbir sorumluluğu bulunmamaktadır.
6. Yazılar, DergiPark aracılığıyla gönderilir.
7. Yazarlar unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adreslerini, telefon numaralarını, e-posta adreslerini ve <https://orcid.org/register> adresi üzerinden alacakları bilimsel araştırmacı numarasını (ORCID bilgisini) “DergiPark” sistemi üzerinden iletmelidirler.
8. Çalışma sahibi, çalışmasındaki yazım hatalarını düzeltip, kontrol ettikten sonra eksiksiz bir şekilde göndermekle yükümlüdür. Dergiye yazı gönderenler ‘Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Yayın İlkeleri’ni kabul etmiş sayılırlar. Yayın Kurulu tarafından ilk değerlendirmesi 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 hallerinde yazı Yayın Kurulu tarafından geri çevrilir. İlk değerlendirmede uygun bulunan yazılar, yazar adları metinden çıkarılarak iki hakeme gönderilir. Yazarlara yazının hangi hakemlere gönderildiğiyle ilgili bilgi verilmez. Hakemlerden gelen raporlar doğrultusunda yazının yayımlanmasına, düzeltilmesine ya da reddine karar verilir. Bu raporlar en kısa sürede yazara gönderilir. Yazar, sadece raporda belirtilen kısımlarda değişiklik yapabilir. Hakem raporlarının biri kabul, diğeri ret ile sonuçlanırsa üçüncü hakem atanabilir ya da üçüncü hakem atanması yoluna gitmeden yayın kurulu ve editörler yazının yayımı hakkında karar verebilir. Çeviriler de aynı doğrultuda hakem değerlendirmesine tabidir.
9. Yayımlanmasına karar verilen yazının sahibi/sahipleri tüm telif haklarını dergiye devrettiğini kabul ederler. Telif ücreti ödenmeyeceği yazarlar tarafından kabul edilmiştir.
10. Yazının dergiye gönderilmesinden itibaren derginin çıkacak ilk sayısında yayımlanacak yazıların sayısı ve konu çeşitliliği dikkate alındığında, kabul edilen yazının bir sonraki sayıda yayımlanması hakkı saklıdır. Yayın Kurulu bu hususta takdir yetkisine sahiptir. Yazının bir sonraki sayıda yayımlanması kararı verilirse durum yazara bildirilir.
11. Yayınların resmi internet erişim adresi <https://dergipark.org.tr/tr/pub/nkuhukuk>



## NKUHUKUK YAZIM VE İMLA KURALLARI

1. Derginin yazım ve imla kurallarında Türk Dil Kurumunun yayınları esas alınmaktadır.
2. Dergiye gönderilen yazı kural olarak dipnotlar dahil 3.000 kelimedenden az olmamalıdır.
3. Çalışmaların, özet ve kaynakça hariç en fazla 10.000 kelime olmalı ve sayfa numaraları sayfanın altında ve ortada yer almalıdır.
4. Yazılar "Microsoft Word" programında, times new roman yazı karakteriyle, ana metin 12 punto ve 1,5 satır aralığı, dipnotları 10 punto ve tek satır aralığı olarak (.doc) veya (.docx) formatıyla hazırlanmalıdır. Dipnotlar sayfa altında gösterilir. Dipnot sayısı metin içinde noktalama işaretlerinden önce konulmalıdır.
5. 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, e-posta adresi ve ORCID bilgisi belirtilmelidir.
6. Yazının giriş ve sonuç bölümlerine başlık numarası verilmemelidir. Metin içerisindeki diğer başlıkların numaralandırılmasında ise izlenmesi gereken sistem şöyledir:

### I. KOYU (BOLD) VE TAMAMI BÜYÜK HARF

#### A. KOYU (BOLD) DEĞİL VE SADECE TAMAMI BÜYÜK HARF

##### 1. Koyu (Bold) ve Sadece İlk Harfler Büyük

###### a. Koyu (Bold) Değil ve Sadece İlk Harfler Büyük

Dipnot ve kaynakçalarda "The Oxford University Standard for Citation of Legal Authorities" (OSCALA) atıf sistemi benimsenmiştir. Çalışmalarda, sayfa altı dipnot sistemi kullanılmalıdır. Yazar, dipnot yerine metin içinde yollama yapmayı tercih edemez. Bu atıf sisteminde kural bulunmayan durumlarda OSCOLA kaynak sitilinin 4. versiyonu kullanılmalıdır. OSCOLA 4. stili hakkında detaylı bilgi [https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/oscola\\_4th\\_edn\\_hart\\_2012.pdf](https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/oscola_4th_edn_hart_2012.pdf) sayfasında yer almaktadır. Aşağıda farklı nitelikteki kaynakların dipnotlarda atıf olarak yazılış biçimleri örneklerle gösterilmiştir. Derginin bütünlüğü açısından aşağıda belirtilen atıf kurallarına ve örneklere uyulmalıdır. Atıf kuralları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. OSCOLA 4th Edition: <https://dergipark.org.tr/tr/pub/nkuhukuk/atifkurallari>

7. Yazının sonuna "Kaynakça" başlığı eklenmelidir. Kaynakçada çalışmada kullanılan kaynaklar, yazar soyadına göre alfabetik sırayla yazılır. Kaynakça, eserlere yapılan ilk atıflara uygun olarak düzenlenmelidir. Süreli yayınlarda yer alan eserlerin ilk ve son sayfa numaraları kaynakçada yer almalıdır. Kaynakçada öncelikle yazarın soyadı ardından adının ilk harfine yer verilmeli, adının ilk harfinden sonra da virgül konulmalıdır. Sonrasında eserin adı yazılarak açılan parantez içine kaçınıcı baskı olduğu, yayınevinin adı, yayın yılı yazılarak parantez kapatılmalıdır. Bulunduğu sayfa/sayfaların numarasına parantezden sonra yer verilmelidir.

### Örnekler:

Atalı M, Ermenek İ ve Erdoğan E, Medeni Usûl Hukuku (2nd edn, Yetkin Yayınevi 2019)  
Bahtiyar M ve Hamamcıoğlu E, 'Tüketicinin Kıymetli Evrak İle Borçlanması ve Sonuçları'  
(2015) 3 (1) Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 99-124  
Bedük MN, Deniz İş Sözleşmesi, (1st edn, Ekin Yayınevi, 2012)  
Söğütü Ö, Roma Özel Hukuku, (1st edn, Seçkin Yayınevi, 2020)



## NKUHUKUK ATIF KURALLARI

### 1. Genel Hususlar

- Kısaltmalarda nokta kullanılmamalıdır.
- Bir dipnotta birden fazla esere atıf yapılıyorsa, her bir eser noktalı virgül ile ayrılmalıdır.
- Atıflarda supra, infra, ante, id, loc cit, op cit, contra kısaltmaları kullanılmamalıdır.
- İçindekiler kısmına yer verilmemelidir.
- Kısaltmalar cetveline yer verilmemelidir.

### 2. Öz/Abstract

Yazılarda 150-200 kelimedenden oluşan Türkçe öz ve İngilizce abstract bölümlerine yer verilmelidir.

### 3. Anahtar Kelimeler / Keywords

- Öz bölümünün altında Türkçe en az 3 en çok 5 anahtar kelime kullanılmalıdır.
- Abstract bölümünün altında İngilizce en az 3 en çok 5 keywords kullanılmalıdır.

### 4. Genişletilmiş Özet / Extended Summary

Türkçe makalelerde, makaleye yabancı yazarlar tarafından atıf yapılmasını sağlayacak ölçüde, makalede yer verilen bilgi ve görüşlerin derlendiği 700-1000 kelimedenden oluşacak İngilizce dilinde genişletilmiş özet (extended summary) yer almalıdır.

### 5. Mevzuata Yapılacak Atıf:

- Türk mevzuatına yapılan atıfta kanuna ilişkin bilgiler şöyle sıralanmalıdır: Kanunun adı, Kanunun Numarası, Kanunun Kabul Tarihi, Kanunun Yayınlandığı Resmi Gazete Tarihi, S. Resmi Gazete Sayısı.  
**Örnek:** Türk Ticaret Kanunu, Kanun Numarası: 6102, Kabul Tarihi: 13.01.2011, RG. 14.02.2011, S. 27846
- Yabancı devlet mevzuatına ve AB mevzuatına yapılacak atıflar, OSCOLA'nın 2.4, 2.6.1 ve 2.8.2 numaralı bölümlerinde gösterildiği şekilde yapılmalıdır.

### 6. Kitaplar: Kitaplara yapılan atıflarda kitaba ilişkin bilgiler şöyle sıralanmalıdır: Yazar Adı Soyadı, Kitap Adı (Kaçınıcı Bası Olduğu, Yayınevi Yılı) Atıf Yapılan Sayfa.

#### Örnek: [Tek yazarlı kitaplar]

Seda Şehriban Güngör, Türk Hukukunda Bankaların Birleşmesi (2nd edn, On İki Levha Yayınları 2011) 32

Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (6th edn, Vedat Yayınevi 2010) 70

#### Örnek: [Çok yazarlı kitaplar]

Kemal Oğuzman ve Nami Barlas, Medeni Hukuk (25th edn, Vedat Kitapçılık 2019) 54

İlhan E. Postacıoğlu ve Sümer Altay, Medenî Usûl Hukuku Dersleri (7th edn, Vedat Kitapçılık 2015) 15

**7. Editörlü Kitap:** Editörlü kitaplara yapılan atıflarda kitaba ilişkin bilgiler şöyle sıralanmalıdır: Yazar Adı Soyadı, 'Eser (Bölüm) Adı' in Editör(ler) Adı (ed), Kitap Adı (Yayınevi Yılı) Atıf Yapılan Sayfa

**Örnek:**

Nuri Erişgin ve Zülal Denaux ve Özlem Söğütlü Erişgin, 'Justice or Efficiency: About economic analysis of law' in Marjorie G. Adams ve Abbass Alkhafaji (eds), Business Research Yearbook XIII (Publication of the International Academy of Business Disciplines 2006), 406-410

Fatih Serbest, Eğitim Hakkı' nın '2014 Yılı Hollanda İnsan Hakları Raporu İslamofobi ve Entegrasyon Arasında Azınlıklar' Kadir Canatan, Ahmet Yükleyen ve Fatih Okumuş (eds), (Elma Matbaası 2016) 78

**8. Dergi Makaleleri:** Makalelere yapılan atıflarda makaleye ilişkin bilgiler şöyle sıralanmalıdır: Yazar Adı Soyadı, 'Makale Adı' (Yıl) Cilt (Sayı) Dergi Adı İlk Sayfa Numarası, Atıf Yapılan Sayfa

**Örnek:**

Gülşah Sinem Aydın ve Oğuz Ersöz, 'Akreditif Açtıran ile Akreditif Bankası Arasındaki İlişki' (2019) 19 (1) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 521, 524

Ezgi Cankurt, 'TCK Bakımından Silah Kavramı' (2016) 2 (4) Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 51, 65

**9. Armağan Makaleleri:** Armağan makalelere yapılan atıflarda makaleye ilişkin bilgiler şöyle sıralanmalıdır: Yazar Adı Soyadı, 'Makale Adı (Yıl) Armağanın Adı, İlk Sayfa Numarası, Atıf Yapılan Sayfa Armağan akademik dergi sayısı olarak çıkmışsa makale adından sonra (Yıl) Cilt (Sayı) eklenir.

**Örnek:**

Nuray Çelik ve Oğuz Ersöz, 'Kişilerin Organları ve Dokuları Üzerindeki Mülkiyet Hakkı' (2020) Prof. Dr. Saim Üstündağ'a Vefa Andacı 634, 639

**10. Yayınlanmamış Tezler:** Yayınlanmamış bir teze atıfta bulunurken esere ilişkin bilgiler şöyle sıralanmalıdır: Yazar Adı Soyadı, 'Tezin Başlığı' ve ardından parantez içinde (Tez türü, üniversite adı ve bitirme yılı).

**Örnek:**

Fatih Serbest, 'The law applicable to contracts with respect to sale of goods and documentary credits in EU and in the USA' (LLM Thesis, University of Essex, 2007)

**11. Elektronik Kaynaklar/Online Dergiler:** Elektronik kaynaklara yapılan atıflarda esere ilişkin bilgiler şöyle sıralanmalıdır: Yazar Adı Soyadı, 'Eser Adı' (Yıl) Cilt (Sayı) Dergi Adı <Linki> Erişim Tarihi

**Örnek:**

Süha Tanrıver, 'Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk' (2006) 1(64) TBB Dergisi 151, 151 <<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2006-64-227>> Erişim Tarihi 16 Ağustos 2020

**12. Websiteleri ve Bloglar:** Web sitelerine ve bloglara yapılan atıflarda esere ilişkin bilgiler şöyle sıralanmalıdır: Yazar Adı Soyadı, 'Eser Adı' (Web Sitesinin Adı, Eserin Yayın Tarihi) <Linki> Erişim Tarihi

**Örnek:**

Ahmet Kılıçoğlu, 'Hekimin Hukuksal Sorumluluğu' (1996) 4(1) Türkiye Klinikleri J Med Ethics 9, 9 <<https://www.turkiyeklinikleri.com/article/tr-hekimin-hukuksal-sorumluluğu-44451.html>> Erişim Tarihi 4 Ekim 2020

**13. Aynı Esere Birden Fazla Atıf Yapılması:** Aynı esere birden fazla atıf yapılması halinde, ilk dipnotta esere yapılan atıf tam olarak yazılırken, sonraki dipnotta ilk dipnota çapraz atıf yapılarak yazarın soyadından sonra ilk dipnot numarası “(n ...)” şeklinde yazılmalıdır. Daha sonraki atıfta ise “ibid” kullanılmalıdır.

**Örnek:**

Gülçin Çam, Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Önemli Nitelikteki İşlemler (1st ed. Seçkin Yayinevi 2019) 42

...

Çam, (n 4) 54

...

ibid 76

**14. Aynı Yazarın Birden Fazla Eserine Atıf Yapılması:** Aynı yazarın birden fazla eserine atıf yapılması halinde, sonraki atıf yazarın soyadını ve eserin adını ya da eser adının kısa bir biçimini içermeli, bu esere verilen ilk dipnot numarası “(n ...)” şeklinde yazılmalıdır.

**Örnek:**

Mutlu Kağıtçıoğlu, Kamu Personel Hukukunda Geçici Personelin Hukuksal Statüsünün Dönüşümü (2019) On İki Levha Yayıncılık, 41

...

Mutlu Kağıtçıoğlu, Para Piyasası Kurumlarına Yönelik Ekonomik Kolluk Faaliyeti (2016) 122

...

Kağıtçıoğlu, ‘Geçici Personel’ (n 4) 68

...

Kağıtçıoğlu, ‘Kolluk Faaliyeti’ (n 5) 42

**15. Eserin yayın dilinin Türkçe olması halinde atıf yapılırken;**

- “accessed” yerine “erişim tarihi”
- “and” yerine “ve”
- “anonymous” yerine “Anonim”
- “edited by” yerine “editör”
- “edition” yerine “baskı”
- “filmed” yerine “çekim”
- “in” yerine “iç.”
- “interview by” ifadesi yerine “röportajı yapan”
- “last modified” yerine “son değiştirilme”
- “PhD diss.” yerine “doktora tezi”
- “see” yerine “bkz.”
- “thesis” yerine “tez”
- “trans.” yerine “çev.”
- “translated by” yerine “çeviren”
- “unpublished” yerine “yayımlanmamış” veya “yayınlanmamış”
- “volume/vol.” yerine “Cilt.” ifadeleri kullanılmalıdır.
- Tarih belirtirken kullanılan ay isimleri Türkçe dilinde yazılmış; ancak yazım formatı korunmuştur. Örneğin; 8 Mayıs 2019 şeklinde yazılmalıdır.
- Dergi sayısını ifade eden “no.” ifadesi korunmuştur. Keza editörün kısaltılmasını ifade eden “ed.” ifadesi aynen korunmuştur.
- Sayfa sayısının ardından “vd.” kullanılmalıdır. Bunun yerine ilgili sayfa ile arasına boşluk konulmaksızın “ff.” ifadesi konulmamalıdır. Eğer “vd.”dan sonra “.” işareti gelecekse nokta kullanılmaz; ancak “;” veya “?” vb. işaret gelecekse bu noktalama işaretleri “vd.”deki noktaya bitişik yazılır.



**16. Yargı Kararlarına veya Davalara Atıf:** Metin içerisinde dipnotta gösterilen mevzuat veya mahkeme kararı kaynakçada gösterilmeyecektir. Yargı kararlarına yapılan atıflarda aşağıdaki kural ve kısaltmalar dikkate alınmalıdır

- Mahkemenin/kurumun adı varsa dairesi, E. esas numarası, K. karar numarası, tarih [gün.ay.yıl formatında], (kararın ulaşıldığı kaynak, varsa ulaşıldığı kaynaktaki sayfa numarası veya URL veya DOI numarası).
- Türk mahkeme kararları aşağıda yer alan tabloda gösterildiği şekilde kısaltılmalıdır.

**Örnekler:**

Anayasa Mahkemesi	AYM
Bireysel Başvuru	BB
Bölge Adliye Mahkemesi	BAM
Ceza Dairesi	CD
Ceza Genel Kurulu	CGK
Daire	D
Danıştay	Dan.
Esas	E.
Hukuk Bölümü	HukukB
Hukuk Dairesi	HD
Hukuk Genel Kurulu	HGK
İçtihadı Birleştirme Kurulu	İBK
İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu	İBK
İdari Dava Daireleri Kurulu Kararı	İDDK
Karar	K.
Uyuşmazlık Mahkemesi	UM
Vergi Dava Daireleri Kurulu Kararı	VDDK
Yargıtay	Yar.

AYM, E. 2020/33, K. 2020/16, 25.06.2020

İzmir 2 BAM, E. 2020/4558, K. 2019/3543, 22.05.2019

Dan. 9 D, E. 2010/2247, K. 2011/5111, 25.11.2011 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası)

Yar. 4 HD, E. 2008/1699, K. 2008/13767, 10.11.2008, <<https://legalbank.net/belge/y-4-hd-e-2008-1699-k-2008-13767-t-10-11-2008-noterin-kusursuz-sorumluluguna-dayali-tazminat-talebi/820621/>>

Yar. HGK, E. 2014/566, K. 2015/1339, 13.5.2015

<<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/hukuk-genel-kurulu-e-2014-566-k-2015-1339-t-13-5-2015>>

Rekabet Kurulu, 20-37/524-232, 13.08.2020, -

<<https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=21be2d4b-28f0-4f92-b6fd-1d6ea2161f75>>

- Resmi Gazeteye yapılacak atıflar şu şekilde belirtilmelidir: RG. 21.10.2020, S. 31281
- Yabancı mahkeme kararlarına OSCOLA'nın 2.1 ile 2.3 numaralı bölümlerinde gösterildiği şekilde, Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) kararlarına ise OSCOLA'nın 2.6.2 bölümünde gösterildiği şekilde atıf yapılmalıdır.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına aşağıda yer alan örneklerde gösterildiği şekilde atıf yapılmalıdır:

**Örnekler:**

Johnston v Ireland (1986) Series A no 122

Osman v UK ECHR 1998–VIII 3124

Balogh v Hungary App no 47940/99 (ECtHR, 20 July 2004)

Omojudi v UK (2009) 51 EHRR 10.



## **NKUHUKUK İNTİHAL POLİTİKASI**

Dergiye yayınlanmak üzere gönderilen eserler, ön inceleme aşamasında intihal açısından değerlendirilmektedir. Benzerlik raporu %20'den daha fazla olan eserler editör kurulu tarafından reddedilmektedir. Benzerlik raporu intihal.net, turnitin.com, ithenticate.com veya urkund.com adreslerinden alınmaktadır. Kaynakça ve tırnak içinde gösterilen ifadeler benzerlik oranının hesabında dikkate alınmamaktadır.



## EDİTÖRLER KURULUNDAN

Değerli Okuyucular,

Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nin dördüncü sayısını sizlere sunmanın mutluluğunu ve heyecanını yaşıyoruz. Covid salgınının ardından normalleşme sürecine adım adım geçilen bu dönemde, dergimizin dördüncü sayısını çıkarmış bulunuyoruz. Genç bir Hukuk Fakültesi olan Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi'nin hazırladığı bu derginin, hukuk alanında yetkin isimlerin ilgisine mazhar olmasının kıvancını duyuyoruz.

Akademik çalışmalarıyla dergimize katkıda bulunan tüm yazarlarımıza teşekkür ediyoruz. Ayrıca dergimizin yeni editör yardımcıları olan Ar. Gör. Serra Gündüz, Ar. Gör. Burak Uzman ve Ar. Gör. Burak Saygılı ile Tekirdağ Namık Kemal Hukuk Fakültesi Dergisi'nin önceki sayılarında editör yardımcılığı görevini üstlenmiş olan Ar. Gör. Oğuz Ersöz'e yayın sürecindeki katkıları ve emekleri için şükranlarımızı sunarız. Yaptıkları özverili değerlendirmeleri ile dergimize desteklerini esirgemeyen kıymetli hakemlerimize de teşekkür ederiz.

Dergimizin bu sayısında hukukun farklı alanlarında hazırlanmış ve akademik literatüre önemli katkılar sağlayan dokuz (9) çalışma yer almaktadır. Bu çalışmaların altısı özel hukuk alanına dair olup, üçü kamu hukukuna ilişkindir. Hukukun farklı disiplinleri hakkında yazılmış olan birbirinden kıymetli makaleler, sizlerin de katkısı ile dergimizin yayına çıktığı ilk günden bugüne kadar verimli ve istikrarlı çalışmasının bir göstergesidir.

Tekirdağ Namık Kemal Hukuk Fakültesi Dergisi'nin yayına hazırlanması sürecinde emeği geçen tüm çalışma arkadaşlarımıza teşekkür ediyor ve dergimizin bu sayısını, siz kıymetli okuyucularımızın istifadesine sunuyoruz.

**TNKU Hukuk Fakültesi Dergisi Editörler Kurulu**



## İÇİNDEKİLER

<b><i>Nişanlanmanın Sona Ermesi ve Sonuçları</i></b> .....1-28 <i>Av. Damla Özen Arslan</i>
<b><i>Anonim Şirket Genel Kurul Sermaye Artırım Kararının Yürütülmesinin Durudurulması</i></b> .....29-53 <i>Mustafa Enes Balın</i>
<b><i>Vesayet Altındaki Kişinin Vasi Rızası Gerektermeksizin Bizzat Yapabileceği İşlemler</i></b> .....55-86 <i>Araş. Gör. Sedat Sezgin</i>
<b><i>Trampa Yolu ile Kamulaştırma</i></b> .....87-112 <i>Araş. Gör. Füsün Ceren Küçük</i>
<b><i>Kısmi Süreli Çalışma ve Kısa Çalışma Uygulaması Arasındaki Benzerlikler ve Farklar</i></b> .....113-139 <i>Araş. Gör. Sümeyye Elgörmüş</i>
<b><i>Vergi Yargısının Birleştirme Yasağını İhlâl ile Seri Dava İnşası (Danıştay 7. Dairesi'nin Vekalet Ücreti Kısıtlamasının Yerleşik Hale Gelmesi)</i></b> .....141-166 <i>Dr. Öğr. Üyesi Burak Pınar</i>
<b><i>Fikri ve Sınai Hakların Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Uyarınca Rehnedilmesi</i></b> .....167-192 <i>Araş. Gör. Rümeyza Betül Yıldırım</i>
<b><i>Yargıtay'ın 12.11.2021 Tarihli ve 2020/2 E., 2021/3 K. Sayılı İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararı Çerçevesinde Kooperatiflerin Tacir Niteliği</i></b> .....193-216 <i>Dr. Öğr. Üyesi Sema Aydın ve Dr. Öğr. Üyesi Hasan Ali Kaplan</i>
<b><i>Müsaderenin Mülkiyet Hakkı ile İlişisinin Anayasal Açından Değerlendirilmesi</i></b> .....217-262 <i>Dr. Ahmet Korhan Mastı ve Abdullah Dölen</i>

## CONTENTS

<b><i>Termination of Engagement and It's Consequences</i></b> .....	1-29
<i>Attn. Damla Özen Arslan</i>	
<b><i>Suspending Execution of the Capital Increase Decision of the General Assembly of the Joint Stock Company</i></b> .....	29-54
<i>Mustafa Enes Balın</i>	
<b><i>Transactions That the Person Under Guardianship Can Make Personally Without the Consent of the Guardian</i></b> .....	55-86
<i>Res. Asst. Sedat Sezgin</i>	
<b><i>Expropriation by Barter</i></b> .....	87-112
<i>Res. Asst. Füsun Ceren Küçük</i>	
<b><i>Similarities and Differences Between Part-Time Work And Short Work</i></b> .....	113-140
<i>Res. Asst. Sümeyye Elgörmüş</i>	
<b><i>Construction of Serial Action with Violation of Tax Jurisdiction's Violation of the Consolidation of Cases (The Restriction of the Attorney Fee of the 7<sup>th</sup> Chamber of the Council of State Has Become Permanent)</i></b> .....	141-166
<i>Asst. Prof. Dr. Burak Pınar</i>	
<b><i>Pledge on Intellectual and Industrial Rights According to the Pledge of Removable in Commercial Transactions Act</i></b> .....	167-192
<i>Res. Asst. Rümeyza Betül Yıldırım</i>	
<b><i>12.11.2021 Date and 2020/2 E., 2021/3 K. of the Supreme Court of Appeals Within the Framework of the Decision of the Grand General Assembly to Unify the Jurisprudence Merchant Qualification of the Cooperatives</i></b> .....	193-216
<i>Asst. Prof. Sema Aydın and Prof. Hasan Ali Kaplan</i>	
<b><i>Confiscation Law and Right to Property</i></b> .....	217-262
<i>Dr. Ahmet Korhan Mastı and Abdullah Dölen</i>	



## NKÜ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

### NIŞANLANMANIN SONA ERMESİ VE SONUÇLARI

*Av. Damla ÖZEN ARSLAN \**

#### ÖZ

Nişanlanma; birbiriyle evlenme isteği olan ayrı cinsten iki kişinin bu konudaki iradelerini karşılıklı olarak açıklamalarını ifade eder. Nişanlılık, nişanlı tarafların evlenmesi ile sona erebileceği gibi farklı sebeplerle de sona erebilir. Bu sebepler; nişanlılardan birinin veyahut ikisinin de bir başkası ile evlenmesi, nişanlılardan birinin ölümü ya da gaipliğine karar verilmesi, tarafların nişanı sona erdirmeye hususunda anlaşmaları, nişanlılardan birinin tek taraflı olarak nişanı bozması, kesin bir evlenme engelini ortaya çıkması veya evlenmenin imkânsız hale gelmesi, bozucu şartın gerçekleşmesi ve iradede bozukluk meydana getiren birtakım hallerinin varlığıdır. TMK'nın 118 vd maddelerinde düzenlenen "nişanlılık" kurumu nişanlı taraflara evlenmeye zorlamak için dava hakkı vermez. Dolayısıyla taraflardan birinin kusuruna dayalı olarak nişanın sona ermesi ya da nişanın tek taraflı olarak sona erdirilmesi halinde; nişanı haklı bir sebebe dayanmadan sona erdiren ya da nişanın sona ermesinde kusurlu olan tarafının maddi ve manevi tazminat ödemesi söz konusu olabilir. Yine nişanlılığın evlilik dışında herhangi bir sebeple sona ermesi halinde nişan hediyelerinin iade edilmesi talep edilebilir. Çalışmamızda; nişanlanmanın sona erme halleri ile bu sona erme hallerine bağlı olarak ortaya çıkan maddi tazminat, manevi tazminat ile hediye iadesi konusu incelenmiştir.

**Anahtar Kelimeler** Nişanlılık, Nişanlılığın Sona Ermesi, Maddi Tazminat, Manevi Tazminat, Hediye iadesi

\* Avukat, Kocaeli Barosu, Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Mezunu, damla.ozenarslan@std.yeditepe.edu.tr, ORCID 0000-0001-7027-0151





## TERMINATION OF ENGAGEMENT AND IT'S CONSEQUENCES

*Attn. Damla ÖZEN ARSLAN \*\**

### ABSTRACT

Engagement refers mutual declaration of intention of woman and man to marry one another. Engagement may end upon the marriage of the engaged parties or in the consequence of different reasons. These reasons are the marriage of one or both engaged parties, the court order for death or absence of either party, the parties' agreement to terminate the engagement, the unilateral termination of the engagement by either party, the emergence of a definite obstacle to marriage or the impossibility of marriage, the fulfillment of the disruptive condition, and the presences of some conditions that cause defective intention. The "engagement" union under Article 118 and the following articles of the Turkish Civil Code do not entitle the right of action to the engaged parties to force each other for marriage. Thus, whether the engagement is terminated unilaterally or based on the fault of either party, the party who terminates the engagement without a just cause or is at fault pays material and moral compensation. In case the engagement is terminated for any reason other than marriage, the return of the engagement gifts may be requested. In our study; the termination of the engagement and the financial compensation due to this termination, moral compensation, and the return of gifts are analyzed.

**Keywords** Engagement, Termination of Engagement, Material Compensation, Moral Compensation, Return of Gifts

---

\*\* Lawyer of the Kocaeli Bar Association, Graduate of Yeditepe University Institute of Social Sciences, LL.M. in Private Law, damla.ozenarslan@std.yeditepe.edu.tr, ORCID 0000-0001-7027-0151

### **Extended Summary**

The conjugal union is highly valuable for Turkish society, and the family union formed by marriage is accepted as the foundation of society. Thus, it is essential for the couples to get to know each other before the conjugal union is established. Moreover, they need a process to prepare for marriage. This process that couples go through before marriage is called engagement. Engagement refers mutual declaration of intention of woman and man to marry one another. The situation that starts with the realization of the engagement and continues until the end of the engagement for marriage or any other reason is also called engagement.

Engagement is not conditional on form, thus the parties may declare their intention to marry in front of the community or only to each other. Which words or behaviors can be counted as the presence of the intention to be engaged should be determined according to the customs and traditions of the environment in which the parties live, and the personal situations of the parties.

Engagement terminates when the parties marry each other. However, although the purpose of the engagement is for the parties to marry in the future, sometimes the engagement may terminate for reasons depending on the parties while sometimes it may not be depended on the parties. These reasons are the marriage of one or both engaged parties, the court order for death or absence of either party, the parties' agreement to terminate the engagement, the unilateral termination of the engagement by either party, the emergence of a definite obstacle to marriage or the impossibility of marriage, the fulfillment of the disruptive condition, and the presences of some conditions that cause defective intention.

In the event that the engagement is terminated for any reason other than marriage, the reason is important in terms of evaluating the material and moral compensation that are the consequences of the termination of the engagement. In case the engagement is terminated unilaterally, the party who terminates the engagement without a just cause or is at fault may pay material and moral compensation.

The subject of pecuniary compensation consists of the expenses incurred within the scope of preparation for marriage during the engagement period and the damages incurred due to the engagement, that is, the negative damages based on the trust that the marriage will take place. In addition to the fiancée, pecuniary compensation can also be claimed by the fiancée's mother and father or by persons acting as their parents.

The subject of moral compensation comprises of the violation of the personality rights of the party upon termination of engagement, who is not at fault to terminate the engagement, and the pain and suffering caused by this violation. Moral compensation may only be claimed by the engaged parties, since it is a strictly personal right.

In the event that the engagement is terminated for any reason other than marriage, the gifts given by the engaged parties may be requested to be returned. In other words, it is sufficient for engagement to terminate for a reason other than marriage. Legally, the right to demand the return of gifts, just as in monetary compensation, is also granted to fiancée's mother and father or by persons acting as their parents, apart from the fiancée. Lawsuits to be filed due to termination of engagement are subject to a one-year statute of limitations.

## GİRİŞ

Aile, toplumun temeli olarak kabul edilmektedir. Resmi anlamda bir aile kurulması da evlenme ile gerçekleşmektedir. Ancak evlenerek aile kuracak kişilerin bu denli önemli olan aile birliğini kurmadan evvel birbirlerini tanımaları önem arz etmektedir. Ayrıca; evlilik hazırlığı yapmak için de çoğunlukla bir süreye ihtiyaç duyulmaktadır. Nişanlanma tam da bu sebeple ortaya çıkmış bir kurumdur. Nişanlanma; evlenmek isteyen tarafların bu yöndeki iradelerini birbirlerine açıklamaları ile gerçekleşir. Bu süreçte nişanlılar, bir taraftan evlilik hazırlıkları yaparken bir taraftan da birbirlerini daha iyi tanıma fırsatı bulurlar. Nişanlanma, nişanlanmanın amacı olan evlenmenin gerçekleşmesi ile son bulabileceği gibi bazı durumlarda tarafların iradeleri doğrultusunda ya da iradeleri dışında evlenme dışındaki sebeplerle de son bulabilir. Nişanlanmanın sona erme sebebine bağlı olarak taraflar birbirlerinden birtakım taleplerde bulunabilirler. Çalışmamızda; kısaca nişanlanma ve nişanlılık kavramlarına değindikten sonra nişanlanmanın sona erme sebepleri ve sona ermenin sonuçları ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

### I. NİŞANLANMA VE NİŞANLILIK KAVRAMLARI

Nişanlılık kurumu; 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu' nun<sup>1</sup> “Evlilik Hukuku” isimli birinci kısmının “Evlenme” isimli birinci bölümünün birinci ayrımında düzenlenmiştir. Kanun koyucu nişanlanmayı Kanununun 118. maddesinde “*Nişanlanma, evlenme vaadiyle olur.*” şeklinde düzenlemiş olup, kanunda nişanlanmanın tanımına yer verilmemiştir.

Akıntürk/Ateş'e göre<sup>2</sup> nişanlanma; ileride birbiriyle evlenmek isteyen ayrı cinsten iki kişinin, bu konudaki niyetlerini aralarında dile getirmeleri, birbirlerine karşı açıklamalarıdır. Kılıçoğlu'na göre<sup>3</sup> ise; ayırt etme gücüne sahip evlenme engeli bulunmayan iki kişinin bizzat evlenme vaadinde bulunmaya ilişkin karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanında bulunmalarıdır. Yani; bir erkek ile bir kadının, özgür iradeleri ile evlenmek istediklerini birbirlerine karşılıklı olarak beyan etmeleri ile nişanlanma gerçekleşmiş olur.

Nişanlılık sürecini evliliğe hazırlık ya da evliliğe geçiş dönemi olarak tanımlamak mümkündür. Nişanlanmanın amacının; nişanlıların birbirini yakından tanımalarını sağlamak olduğu düşünülse de, kanun koyucunun nişanın bozulması halinde taraflara bazı haklar ve yükümlülükler yüklediği göz önünde bulundurulduğunda, bu kurumun düzenlenmesindeki asıl

<sup>1</sup> Türk Medeni Kanunu, Kanun Numarası: 4721, Kabul Tarihi: 22.11.2001, RG. 8.12.2001, S. 24607 (Erişim adresi: <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4721.pdf>, Erişim tarihi: 15.05.2021)

<sup>2</sup> Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, Aile Hukuku (20. Baskı, Beta Yayıncılık 2017) 23

<sup>3</sup> Ahmet Kılıçoğlu, Aile Hukuku (5. Baskı, Turhan Kitapevi 2020) 10

amacın nişanlıların gelecekte yapmaları beklenen evlilik hazırlıklarına güven içinde başlamalarını sağlamak olduğu anlaşılmaktadır<sup>4</sup>.

Kanun koyucu nişanlanma yönündeki irade beyanlarını şekle<sup>5</sup> tabi tutmamıştır. Taraflar iradelerini açık ya da zımni olarak açıklayabilirler<sup>6</sup>. Hangi sözlerin veya davranışların, nişanlanma iradesinin varlığına işaret edeceği; tarafların yaşadığı çevrenin adet, gelenek ve göreneklerine, tarafların kişisel durumlarına, yaşadıkları sosyal çevreye göre belirlenmelidir. Nişanlanma ve nişanlılık farklı kavramlardır. Karşı cinsten iki kişinin karşılıklı evlenme vaadi “nişanlanma” iken, nişanlanmadan sonra meydana gelen ve başka bir sebeple sona ermediği sürece evlenme işlemine kadar devam eden duruma ise, “nişanlılık” denir<sup>7</sup>. Nişanlanma, karşılıklı irade beyanı ile doğan ve tarafları açısından bir takım hukuki sonuçlar yaratan bir sözleşmeyi ifade ederken; nişanlılık ise, nişanlanma sözleşmesi ile yaratılan ve nişanlıların aile hukuku yönünden içine girdikleri, nişanlılar için hukuki açıdan değişiklik yaratmayan bir statüyü ifade eder<sup>8</sup>. Nişanlılık; nişanlanma ile kurulur, evlenme veyahut başka bir sebeple nişanlanma son bulana kadar devam eder.

## II. NİŞANLANMANIN SONA ERMESİ

### A. SONA ERME HALLERİ

Nişanlanma; asıl amaç olan evlenme ile son bulabileceği gibi, tarafların iradeleri doğrultusunda ya da taraflardan tamamen bağımsız bazı sebeplerle evlenme gerçekleşmeden de sona erebilmektedir. Sırayla tüm halleri tek tek açıklamaya çalışacağız.

#### 1. Evlenme

##### a. Nişanlıların Birbiri ile Evlenmesi

Nişanlılık esasen tarafların karşılıklı olarak birbirlerine evlenme vaadinde bulunmaları anlamına geldiğinden, nişanlıların birbiriyle evlenmesi ile nişanlılık ilişkisi son bulur.

<sup>4</sup> Nevzat Koç, Türk-İsviçre Hukukunda Nişanlanma Sözleşmesi (1. Baskı, DEÜ Rektörlük Matbaası 2002) 11

<sup>5</sup> Nişanlanmanın şekli için bkz Haluk Burcuoğlu, “Nişanlanmada Şekil Konusu ve Yargıtay İçtihadı” (2020) Prof. Dr. Necla Giritlioğlu’na Armağan (1. Baskı, 12 Levha Yayınları 2020), 213-230

<sup>6</sup> Bu hususta bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 29.05.1996 tarih, 1996/3-279 E., 1996 / 420 K. Sayılı kararı “Nişanlanma için Medeni Kanun özel bir şekil şartı öngörmemiştir. Bu itibarla nişanlanmanın geçerliliği herhangi bir özel şarta bağlı olmadığı gibi, kanıtlanması da yazılı delil gerektirmez. Dosyada mevcut tanık beyanlarından davacının davalıyı çevresine nişanlı olarak tanıştırdığı davalının bunun aksini doğrulayacak davranış ve açıklamada bulunmadığı, çevrelerinde nişanlı olduklarına ve evleneceklerine dair kanı oluştuğu, evlenme hazırlığına dahi giriştikleri anlaşılmış olmasına göre, davalı vekilinin temyiz itirazları yerinde görülmediğinden reddine karar verilmiştir.” şeklindedir. (Erişim adresi: <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/>, Erişim tarihi:15.05.2021)

<sup>7</sup> Hüseyin Hatemi, “Aile Hukuku” (8. Baskı, Oniki Levha Yayınları 2020) 7

<sup>8</sup> Bilge Öztan, “Aile Hukuku” (5. Baskı, Turhan Kitapevi 2004) 20

Doktrinde buna “amacın gerçekleşmesi ile son bulma” denilmektedir<sup>9</sup>. Biz de bu ifadeye katılıyoruz. Çünkü nişanlılıkta amaç evlenmek olduğundan evlenmenin gerçekleşmesi ile nişanlılık gerçek amacına ulaşarak son bulacaktır. Böylece taraflar artık “eş adayı” değil, “eş” olacaktır<sup>10</sup>. Ayrıca doktrinde nişanlanmanın evlilik ile son bulması olağan ve kendiliğinden sona erme hali olarak kabul edilmektedir<sup>11</sup>. TMK’ nın 142. maddesi uyarınca nikâh memuru; evlenecek taraflardan her birine birbiriyle evlenmek isteyip istemedikleri hususunu sorar ve tarafların bu soruya olumlu cevap verdikleri anda evlenme gerçekleşir. İşte bu andan sonra nişanlılık ilişkisi doğal olarak sona erer. Bu andan itibaren taraflar arasındaki hukuki statü nişanlılık değil, evlilik olacaktır ve evliliğe ilişkin hükümler uygulanacaktır.

Peki, tarafların karşılıklı iradesi resmi nikâhla evlenmek değil de yalnızca dini nikâh ile yaşamak ya da nikâhsız yaşamak ise, nişanlanmadan bahsedilebilir mi? Burada tarafların iradeleri gerçek bir evlilik birliği kurulması olmadığından ve taraflar arasında resmi nikâh kıyılmadan yapılan bir evlilik “yok hükmünde” olacağından<sup>12</sup> nişanlanmadan bahsetmek mümkün değildir<sup>13</sup>. Yine tarafların evlenme akdi yapmak gibi bir niyetleri olmaksızın beraber yaşamaları da nişanlanma olarak kabul edilemez<sup>14</sup>. Dolayısıyla bu tür durumlarda bu kişilerin birbirlerine verdikleri hediyelerin iadesini sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre talep

<sup>9</sup> Bknz Öztan, “Aile Hukuku” (n 8) 57; Kılıçoğlu, (n 3) 19

<sup>10</sup> Hatemi, (n 7) 21

<sup>11</sup> Akıntürk ve Ateş, (n 2) 43; Mustafa Dural ve Tufan Ögüz ve Mustafa Alper Gümüş, Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, (16. Baskı, Filiz Kitapevi 2021) 28

<sup>12</sup> Bknz Hakkı Mert Doğu, “Evliliğin Yokluğu” (2021) 18 (2) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 875 – 890; Oğuz Ersöz, “4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu’nda Düzenlenen Boşanma Sebeplerine Genel Bakış” (2019) 3 (5) The Journal of Social Science 230, 232

<sup>13</sup> Bu hususta bknz. Yargıtay 4. H.D 29.09.2011 tarih, 2010/8156 E., 2011/9793 K., sayılı kararında “Tüm bu hususlardan anlaşılacağı üzere taraflar arasında nişan değil, gayri resmi evlilik vardır. Tarafların nikâhsız yaşamaları bu birleşmenin kanuni ve medeni evlenmeye tekaddüm eden bir nişanlanma mahiyetinde olmadığını göstermektedir. Bu nedenle davacının davalıya verdiği ziynet eşyalarının meşru olmayan bir maksadın istihsaline için verilmiş olduğunu kabul zarureti vardır. BK.' nun 65. maddesine göre gayri ahlaki bir amacı sağlamak için verilen şeylerin geri alınması mümkün değildir. Nişanın bozulmasında hediyelerin iadesi ile ilgili hükümlerin burada kıyasen uygulanması yoluna gidilerek davanın kısmen kabulünde isabet yoktur. Yine bir kadın ile bir erkek nikâhsız da olsa bir araya gelirlerken gerek kadın ve gerekse erkek yahut bunların yakınları tarafından satın alınarak veya başka türlü sağlanarak kadına verilen eşyanın mülkiyeti teslim edilmekle ona geçer. Çünkü eşyanın bu şekilde verilmesi nitelikçe bağış olup elden verilmekle kadının şahsi malı olur. Mahkemece değinilen bu yön gözetilerek davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde davanın kabulüne karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir.” şeklinde ifade edilmiştir. Aynı doğrultuda Yargıtay 3. H.D. 11.04.2005 tarih, 2005/3375 E., 2005/3898 K. Sayılı kararı “Mahkemece tarafların evlenmek maksadıyla bir araya geldikleri ve resmi nikahın gerçekleşmediği göz önüne alınarak olay nişanlanma olarak nitelendirilmiş ve nişan bozulması sebebiyle hediyelerin iadesi hükümleri uygulamak suretiyle hediyeler davalının babası tarafından davacıya verildiğinden bahisle davanın reddine karar verilmiş ve hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir. Mahkemece tarafların nişanlı oldukları kabul edilmiştir. Oysa taraflar resmi nikâh olmaksızın düğün törenini takiben bir arada yaşamışlardır ve bir çocukları bulunmaktadır. Bu halde nişanlılıktan söz edilemez. Davacının talebi adi istihkaka ilişkin olup ispat koşullarının buna göre incelenmesi gerekirken hukuki nitelendirmenin yanlış yapılarak sonuca gidilmiş olması doğru görülmemiştir.” şeklindedir. (Erişim adresi: <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/>, Erişim tarihi:24.05.2021)

<sup>14</sup> Öztan, “Aile Hukuku” (n 8) 21

etmeleri söz konusu olacaktır<sup>15</sup>. Ancak tarafların iradesi resmi nikâh yapmak yönünde ise ve bunun öncesinde bir dini nikâh yapılmış ise, burada bir nişanlanmadan bahsedilebileceği kanaatindeyiz. Böylece hediyelerin iadesi nişanlanma hükümlerine göre talep edilebilecektir. Burada dikkat edilmesi gereken husus; tarafların resmi nikâh ile evlenme yönündeki iradeleridir.

#### b. Nişanlılardan En Az Birinin Bir Başkası ile Evlenmesi

Nişanlı taraflardan birinin veyahut ikisinin bir başkası ile evlenmesi de nişanlılığı sona erdiren hallerden bir tanesidir.

Nişanlılardan birinin bir başkasıyla yani üçüncü bir kişiyle evlenmesi halinde; başkasıyla evlenen nişanlı aslında ilk nişanlanmadan vazgeçmiş, nişanı zımni olarak bozmuş sayılacaktır. Bu durumda, birinci nişanlanma sözleşmesi, zımni bir rücu beyanıyla sona ermiş olur<sup>16</sup>. Bir başkası ile evlenme hali, evlenen kişinin nişan sözleşmesi ile artık bağlı kalmak istemediği, başka bir deyişle nişanlısı ile evlenmek istemediği yönünde karine oluşturacaktır<sup>17</sup>.

Nişanlılardan birinin üçüncü bir kişi ile evlenmesi olağan bir sona erme sebebi değildir, dolayısıyla nişanlısı bir başkası ile evlenen tarafın TMK' nın 120 ve 121. maddeleri kapsamında tazminat isteme hakkı gündeme gelecektir.

## 2. Ölüm ve Gaiplik

Nişanlılardan birinin ölmesi, nişanlılığı sona erdiren hallerden birisidir. Bu hal nişanlanmanın tarafların iradesi dışında gerçekleşen sebeplerle sona ermesinin bir örneğidir. Nişanlanma kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olduğundan ve aynı zamanda taraflardan birinin ölümü halinde nişanlanmanın amacı olan evlilik artık imkânsızlaştığından nişanlılık kendiliğinden sona erer.

743 Sayılı Medeni Kanun' un<sup>18</sup> 86. maddesinde nişanlılardan birinin ölmesi halinde hediyelerin iadesinin talep edilebileceğine ilişkin açık bir düzenleme var idi. TMK' da kanun koyucu ölüm ve gaipliğe ilişkin açık hüküm koymamakla beraber, 122. maddede “*nişanlılığın evlilik dışında bir sebeple sona ermesi halinde*” hediyelerin iadesinin talep edilebileceğini

<sup>15</sup> Sinem Naz Alp Sahin, “Nişanlanmanın Hüküm ve Sonuçları”, (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Ticaret Üniversitesi, 2014) 36 (Erişim adresi: <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi>, erişim tarihi: 25.05.2021)

<sup>16</sup> Yıldız Abik, “Nişanlanma ve Nişanlılık”, (2005) AÜHFD, Cilt 54 Sayı 265, 96

<sup>17</sup> Nihat Yavuz, Uygulamada Nişan Davaları, (1. Baskı, Seçkin Yayıncılık 1995) 59

<sup>18</sup> 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlükten kalkan 743 Sayılı Türk Kanunu Medenisi, Kabul Tarihi: 17.02.1926 S. 339 (Erişim adresi: <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/5.3.743>, Erişim tarihi:16.06.2021)



düzenlenmiştir. Burada bahsedilen evlilik dışında sona erme hallerinden birinin de ölüm ve gaiplik olduğu açıktır. (TMK madde 28, TMK madde 32) Dolayısıyla ölüm ve gaiplik halinde hediyelerin iadesi istenebilir. Ancak bu durumda ölen nişanlıdan hediyelerin iadesi talep edilemeyeceğinden, ya nişanlının yasal mirasçılarında ya da nişanlının ana babaları gibi hareket eden kimselerden talep edilebilecektir. Yine aynı şekilde ölen nişanlının yasal mirasçıları ya da ana babası gibi hareket eden kimseler de, diğer nişanlıdan hediyelerin iadesini talep edebilirler.

Doktrinde yer alan baskın görüşe göre<sup>19</sup>; nişanlı taraflardan biri hakkında ölüm karinesi ya da gaipliğe dayalı bir karar alınmış ise bu karar ölümle benzer sonuçlar doğuracağından nişanlılık kendiliğinden sona erer. Bir diğer görüşe göre ise<sup>20</sup>; gaiplik halinde nişanlılığın sona ermesi için diğer tarafın bu yönde bir irade beyanında bulunması gerekir, bu açıklama muhtemel çekişmeleri de ortadan kaldıracaktır. Yine bu görüşe göre; gaipliğin nişanlılık bakımından ölüme eş değer kabul edilmesi, gaipliğin evlilik üzerindeki etkisiyle bağdaşmaz. Gaiplik durumunda gaibin eşine evliliği feshetmek için mahkemeye başvuru hakkı tanınır iken (TMK madde 131), burada bir irade beyanı beklenmeksizin nişanlılığın sona ereceğini kabul etmek bu iki kuruma bağlanan çözümler arasında uyumsuzluk yaratılmasına sebebiyet verir<sup>21</sup>. Biz bu görüşe katılmamaktayız. Bizce, gaiplik yönünde verilen karar gaibin ölümünün açıklanması gibi kabul edileceğinden nişanlılık da sona erer. Zira nişanlanma evlenme amacı taşıdığından artık evlenemeyecek biriyle nişanlı kalmanın da hukuken açıklanabilir olmadığını düşünmekteyiz. Kaldı ki nişanlanma; kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğundan kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların ölüm ve ölümle aynı sonucu doğuran gaiplik durumlarında kendiliğinden sona erdiği de göz önünde bulundurulmalıdır. Bu durumda; gaiplik kararı ölüm tehlikesinin gerçekleştiği veya son haberin alındığı günden başlayarak hüküm doğuracağından (TMK madde 35) nişanlılığın da o tarihte sona erdiği kabul edilmelidir.

### 3. Anlaşma

Nişanlanmanın amacının evlenmek olduğu tartışmasız olsa da bazen nişanlılar birbirleriyle evlenmekten vazgeçebilirler. Tarafların ikisinin de iradesi bu yönde ise karşılıklı anlaşarak nişanlılığı her zaman sona erdirebilirler. Nişanlıların karşılıklı olarak anlaşarak

<sup>19</sup> Koç, (n 4) 75; Öztan, “Aile Hukuku” (n 8) 58; Ferit Saymen ve Halid K. Elbir, Aile Hukuku, (2. Baskı, Hak Kitapevi, 1960) 55

<sup>20</sup> Bülent Köprülü ve Selim Kaneti, “Aile Hukuku” (2. Baskı, Filiz Kitapevi, 1986) 56

<sup>21</sup> Yıldız Abık, “Gaipliğin Nişanlılık Üzerindeki Etkisi”, (2005) AÜHFD, Cilt 54 Sayı 2, 155, 180

nişanlılık ilişkisine son vermesine “nişanlılığın ikale ile sona ermesi” de denilmektedir<sup>22</sup>. Nasıl ki nişanlanma bir şekle tabi değilse, nişanın karşılıklı olarak sona erdirilmesi de bir şekle tabi olmayacaktır.

Nişanlanma kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olduğundan, nişanın sona erdirilmesi kararını da kişi kendisi vermelidir, bu yönde yasal temsilcinin icazeti gerekmez<sup>23</sup>. Ancak bu durum kuşkusuz ayırt etme gücüne sahip kişiler için geçerli olacaktır. Zira ayırt etme gücüne sahip olmayan kişilerin nişanlanmaları mümkün değildir. Ayrıca sınırlı ehliyetlilerin nişanlanmalarının geçerliliği yasal temsilcilerinin rızasına bağlı iken, evlenmekten vazgeçerek nişanlılık durumunu sona erdirmeleri yasal temsilcilerinin rızasına bağlı değildir<sup>24</sup>.

Nişanlılar, nişanlılık ilişkisinin kurulmasından itibaren evlilik gerçekleşinceye kadar her zaman anlaşarak nişanı sona erdirebilecekleri gibi taraflar nişanlılık durumunu karşılıklı anlaşarak sona erdirmeleri halinde birbirlerinden maddi ve manevi tazminat talebinde bulunamayacaklardır. Ancak TMK’ nın 122. maddesinde açıkça “nişanlılığın evlilik dışında herhangi bir sebeple” sona ermesi durumunda hediyelerin iadesinin istenebileceği düzenlenmiş olduğundan, tarafların anlaşarak nişanlılığı sona erdirmeleri durumunda da hediyelerin iadesi talep edilebilecektir.

#### **4. Nişanın Tek Taraflı İrade Açıklaması ile Sona Ermesi**

Nişanlanma iki tarafın karşılıklı irade beyanı ile gerçekleştirilmesine rağmen taraflardan birinin tek taraflı irade beyanı ile nişanlılığı sona erdirebilmesi mümkündür. Bu durum için doktrinde “nişanın bozulması” terimi kullanılırken, halk dilinde “nişanın atılması”, “nişandan dönme” gibi terimler de kullanılmaktadır. Keza kanun koyucu da bu durumu TMK’ da “nişanın bozulması” olarak ele almıştır. Biz de çalışmamızın devamında “nişanın bozulması” olarak ifade edeceğiz.

Nişanın bozulması, nişanlılardan birinin nişanı bozduğunu açıkça söylemesi ya da bu anlama gelen bir ifade kullanması yoluyla gerçekleşebileceği gibi zımni bir irade beyanı ile de gerçekleşebilir<sup>25</sup>. Örneğin kişinin nişanlısı ile uzunca bir süre haklı bir gerekçesi olmadan görüşmek istememesinin ya da makul sayılamayacak bir süre nedensiz olarak telefonlarına

<sup>22</sup> Andreas B. Schwarz, Aile Hukuku (2. Baskı, İstanbul Üniversitesi Kitapevi 1946) 43; Akıntürk ve Ateş, (n 2) 44; Hatemi, (n 7) 22; Öztan, “Aile Hukuku” (n 8) 59; Saymen ve Elbir, (n 19) 55

<sup>23</sup> Yavuz, (n 17) 60

<sup>24</sup> Schwarz, (n 22) 43; Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, Aile Hukuku, (2. Baskı, İstanbul Matbaacılık, 1949) 28; Selahattin Sulhi Tekinay, Türk Aile Hukuku (7. Baskı, Filiz Kitapevi 1990) 37; Köprülü ve Kaneti, (20) 54

<sup>25</sup> Koç, (n 4) 78

cevap vermemesinin nişanın sona erdirilmesi iradesi taşıdığı söylenebilir. Ayrıca kişinin nişanlı iken bir başkasıyla evlenmesinin de, nişanlılığı zımni olarak sona erdirdiği söylenebilir<sup>26</sup>.

Nişanlıların nişanı bozabilmeleri için haklı ya da önemli bir sebebin mevcut olup olmamasının bir önemi yoktur. Haklı bir sebebin bulunması; nişanlılara “bozma hakkı” verirken, haklı bir sebep olmasa da nişanlıların nişanı “bozma yetkisi” vardır<sup>27</sup>. Yani haklı sebebin varlığı, nişanı bozmak için bir geçerlilik şartı değildir<sup>28</sup>. Haklı bir sebebin varlığı yalnızca nişanın bozulmasının doğuracağı sonuçlar bakımından önem arz etmektedir.

Nişanın haklı sebebe dayalı olarak bozulmasında haklı sebebin varlığı, nişanlılığın devamının ve evliliğin nişanlılardan biri açısından artık beklenememesi durumunda söz konusu olur. Haklı sebebin varlığı halinde nişanın bozulması; sözleşmenin nedensiz yere ihlâli anlamına gelmeyeceği gibi, haklı sebebin varlığını kabul için taraflardan birinin kusurunun bulunması şartı da aranmaz<sup>29</sup>. Burada önemli olan husus taraflardan birinin haklı bir sebebe dayanarak nişanlılığı daha fazla devam ettirmek istememesidir. Örneğin; nişanlılardan birinin tedavisi mümkün olmayan bir hastalığa yakalanması halinde diğer nişanlıdan evlenmesi beklenemeyebilir. Burada iki tarafın da kusuru yoktur, ancak ortada haklı bir sebep vardır ve taraflar bu sebebe dayanarak nişanı bozabilirler. Ancak haklı sebep, diğer nişanlının kusurlu bir davranışından kaynaklı olarak da ortaya çıkabilir. Örneğin; nişanlısının sadakat yükümlülüğüne aykırı davrandığını öğrenen taraf, nişanı bu sebeple bozabilir. Burada haklı sebebin varlığını ispat yükü bunu iddia eden tarafta olacaktır. Yine TMK’ nın 4. maddesi gereği haklı sebebin varlığını takdir etme yetkisi de hâkimde olacaktır. Hâkim karar verirken; toplumdaki değer yargılarını, tarafların sosyal durumlarını, örf ve âdeti göz önünde tutarak nişanın bozulmasının haklı sayılıp sayılmayacağını kararlaştırır<sup>30</sup>. Burada bir “hüküm içi boşluk” dan bahsedebiliriz. Buna göre hâkim, değerlendirmesini birtakım hususları göz önünde bulundurarak ve takdir yetkisini kullanarak yapacaktır. Bu objektif bir değerlendirmedir. Eğer bu değerlendirme

<sup>26</sup> Bu hususta bkz. Yargıtay 3. H.D., 27.06.2012 tarih, 2012/11315 E., 2012/16191 K. Sayılı kararı “MK. nun 121. maddesine göre nişanın bozulması yüzünden kişilik hakkı saldırıya uğrayan taraf, kusurlu olan diğer taraftan manevi, tazminat olarak uygun miktarda bir para ödenmesini isteyebilir. Yukarıda bahsi geçen maddeden de anlaşılacağı üzere nişanın bozulmasından dolayı manevi tazminatı, kusursuz olan nişanlı, kusurlu olan nişanlıdan isteyebilir. Nişan ilişkisi yalnızca nişanlanan taraflar arasında meydana gelir, bu nedenle nişanın bozulmasının manevi sonuçları da yalnızca bu taraflar arasında etkisini gösterir. Somut olayda nişanlı davalı taraf, başkasıyla kaçarak nişanı bozduğunu kendisi ikrar etmiş, tanık beyanlarıyla da sabit görülmüştür. Bu nedenle nişanın bozulmasında kusurlu olduğu, davacı olan nişanlının da bu olay nedeniyle kişilik haklarının saldırıya uğramış olduğu ortadadır.” şeklindedir. (Erişim adresi: <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=1649#>, Erişim tarihi: 26.05.2021)

<sup>27</sup> Kemal Oğuzman ve Mustafa Dural, “Aile Hukuku” (2. Baskı, Filiz Kitapevi 1998) 39

<sup>28</sup> Abik, (n 16) 99

<sup>29</sup> Öztan, “Aile Hukuku” (n 8) 61; Schwarz, (n 22) 47; Saymen ve Elbir, (n 19) 59

<sup>30</sup> Öztan, “Aile Hukuku” (n 8) 62

sonucunda nişanın bozulmasının haklı bir sebebe dayanmadığı tespit edilir ise artık sübjektif açıdan inceleme yapmaya gerek kalmaz. Ancak değerlendirme sonucunda hâkim nişanın bozulmasının haklı bir sebebe dayandığına kanaat getirmiş ise o zaman bu sebebin varlığının nişanlılık ilişkisini devam ettirmeyi bir taraftan beklenemeyecek hale getirip getirmediği değerlendirilmelidir. Eğer beklenemiyor ise, bu sebebin haklı bir sebep olduğu söylenebilecektir. Bu da sübjektif bir değerlendirmedir<sup>31</sup>. Haklı sebebin varlığı halinde kusurlu olan taraf aleyhine TMK' nın 120 ve 121. maddeleri gereğince tazminata hükmedilebilir. Yine TMK' nın 122. maddesi uyarınca hediye iadesi gündeme gelir. Nişanın bozulmasında kusuru olan taraf da hediye iadesini isteyebilir. Hediyelerin iadesini talep hakkı kusur durumundan bağımsızdır<sup>32</sup>. TMK' ya göre; hediyelerin iadesinin istenilebilmesi için; taraflar arasında bir nişanlılık ilişkisinin varlığı, bu ilişkiye dayalı olarak verilen hediyelerin alışılmışın dışında olması, bu hediyelerin nişanlılar, nişanlıların ana babası ya da ana babası gibi davranan kişiler tarafından verilmiş olması ve nişanlanmanın herhangi bir sebeple sona ermiş olması gerekmektedir.

Taraflar nişanlanmadan önce bildikleri sebeplere dayanarak nişanı bozarlar ise, bu durum haklı sebeple bozma olarak değerlendirilemez<sup>33</sup>. Çünkü nişanlanırken bu durumu zımnen kabul etmiş sayılacaklardır. Dolayısı ile böyle sebebe dayanarak nişanın bozulması durumunda tazminat sorumluluğu doğabilir. Örneğin nişanlılardan biri diğerinin çok fazla alkol kullandığını biliyor ve buna rağmen nişanlandı ise daha sonradan bu sebebe dayanarak nişanı bozması haklı sebep olarak değerlendirilmeyecektir.

Tarafların karşılıklı olarak anlaşarak nişanlılığı sona erdirmesinde olduğu gibi, nişanın bozulmasında da ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlılar yani sınırlı ehliyetsizler yasal temsilcilerinin rızasına ihtiyaç duymazlar.

Nişan bozulduktan sonra bundan dönmek mümkün değildir. Çünkü var olan bir sözleşmenin feshi bozucu yenilik doğuran hakkın kullanılması niteliğindedir ve nişanlılar arasında da bir nişanlanma sözleşmesi mevcuttur. Dolayısıyla nişan bozma ile nişanlılık kesin olarak sona erer. Nişanlılardan birinin, nişanı bozma hak ve yetkisinden baştan vazgeçmeyi taahhüt etmesi, TMK' nın 119. maddesine aykırılık teşkil edeceğinden geçersiz olacaktır. Bu durumda; diğer nişanlı taahhütte bulunan nişanlıyı bu taahhüde dayanarak evlenmeye

<sup>31</sup> Ertuğrul Şahin, "Nişanın Sona Ermesinin Hukuki Sonuçları", (Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi 2016) 5 (Erişim adresi: <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi>, erişim tarihi: 25.05.2021)

<sup>32</sup> Akıntürk, (n 2) 48; Öztan, "Aile Hukuku" (n 8) 65

<sup>33</sup> Bilge Öztan, "Madeni Kanun'un Kabulünün 70'nci Yılında Aile Hukuku", (1995), 44 (1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 79, 94

zorlayamaz. Nişanın bozulması ile nişanlıların nişanlanmadan kaynaklı yükümlülükleri de sona erecektir. Bozmadan sonra taraflar nişanlılık durumuna devam etmek istiyorlar ise bu niyetlerini açıklamakla yeni bir nişanlanma gerçekleşmiş olur<sup>34</sup>.

### 5. Kesin Bir Evlenme Engelinin Ortaya Çıkması veya İmkânsızlık

Tarafların nişanlanabilmesi için öncelikle aralarında evlenmeye engel bir durumun olmaması gerekmektedir. Çünkü nişanlanma tarafların birbirine karşı evlenme vaadinde bulunması olduğundan, ortaya çıkan evlenme engeli karşısında bu vaadin ifası mümkün olmayacaktır<sup>35</sup>.

Taraflar arasında esasen evlenme engeli bulunup, bu durum taraflarca bilinmiyor da olabilir. Örneğin; taraflar birbiriyle yakın kan hısmı olup bu durumu bilmiyor olabilirler. Nişandıktan sonra böyle bir durumun varlığı ortaya çıktığı anda, nişanlılık kendiliğinden son bulacaktır. Yine taraflar nişandıktan sonra da bir evlenme engeli ortaya çıkabilir. Böyle bir durumda nişanlanmanın batıl olduğunun karşı tarafa bildirilmesi gerekecektir, nişanlı ayırt etme gücünü sürekli kaybetmiş ise, bildirme yükümlülüğü yasal temsilcisine geçer<sup>36</sup>. Burada belirtmek gerekir ki; evlenme engelinin ortaya çıktığı anda nişanlılık kendiliğinden sona erecek olup, karşı tarafa yapılacak bildirim bozucu yenilik doğuran hakkın kullanımı niteliğinde değil, nişanlılığın sona erdiğini bilmeyen tarafın nişanlılık dolayısıyla oluşabilecek muhtemel zararlarının önüne geçilebilmesi amaçlı olacaktır.

Ayrıca nişanlanma iki ayrı cins arasında gerçekleşebildiğinden, taraflardan birinin nişandan sonra cinsiyet değiştirmesi (TMK madde 40) söz konusu olur ise nişanlılık evlilik mutlak suretle imkânsızlaştığı için kendiliğinden sona erecektir. Taraflar arasında kesin bir evlenme engelinin ya da imkânsızlık halinin nişanlanmanın yapılmasından önce veyahut yapıldığı sırada mevcut olması ve bilinmesi halinde ise, başlangıçtaki imkânsızlık durumu gerçekleşir ve nişanlanma kesin hükümsüz olur. Bu nedenle böyle bir durumda nişanlılık ilişkisi hiç doğmadığı için, sona ermesi de söz konusu olmayacaktır<sup>37</sup>. Geçerli bir nişanlılık ilişkisi hiç doğmadığından tarafların birbirlerine aldıkları hediyelerin iadesi de ancak genel hükümlere göre talep edilebilecektir.

<sup>34</sup> Dural, Ögüz ve Gümüş, (n 11) 31

<sup>35</sup> Kılıçoğlu, (n 3) 20

<sup>36</sup> Öztan, “Aile Hukuku” (n 8) 58

<sup>37</sup> Koç, (n 4) 76

## 6. Bozucu Şartın Gerçekleşmesi

Taraflar, nişanlanmayı erteleyebilecekleri gibi birtakım şartların gerçekleşmesine ya da gerçekleşmemesine de bağlı tutabilirler. TMK' da nişanlanmanın şarta bağlı olarak yapılabileceği düzenlenmemiş olsa da, kanunen buna engel de getirilmediğinden genel hükümler çerçevesinde şarta bağlı nişanlanma gerçekleştirilebilir. TMK' nın 5. maddesi gereği TBK' nın 173. maddesinde yer alan “*Sona ermesi önceden gerçekleşip gerçekleşmeyeceği bilinmeyen bir olguya bırakılan sözleşme, bozucu koşula bağlanmış olur. Bozucu koşula bağlanmış sözleşmenin hükümleri, koşulun gerçekleştiği anda ortadan kalkar. Aksi kararlaştırılmadıkça veya işin niteliğinden anlaşılmadıkça sona erme, geçmişe etkili olmaz.*” hükmü burada da uygulama alanı bulur. Dolayısıyla evlenme şarta bağlı olarak gerçekleştirilemez iken, nişanlanma için aynı şeyi söylemek mümkün olmayacaktır.

Taraflar arasında kararlaştırılan şart geciktirici ya da bozucu olabilir. Geciktirici şarta bağlı nişanlanma şart gerçekleştiği anda hüküm ve sonuç doğururken; bozucu şarta bağlı nişanlanmanın bozucu şartın gerçekleştiği anda hüküm ve sonuçları ortadan kalkacaktır<sup>38</sup>. Örneğin; nişanlılardan birinin üniversiteyi bitirmesi halinde nişanlılığın başlayacağına ilişkin bir şart geciktirici nitelikte iken, nişanlılardan birinin üniversiteyi iki sene içerisinde bitirmemesi halinde nişanlılığın sona ereceğine ilişkin bir şart bozucu niteliktedir. Geciktirici şarta bağlı nişanlanma, şart gerçekleşmez ise hiç kurulmamış olur. Bozucu şarta bağlı nişanlanma ise şart gerçekleştiğinde sona erer. Buradaki sona erme tek taraflı nişanı bozma sayılmaz, çünkü şart taraflarca beraber kararlaştırılmıştır<sup>39</sup>. Bu durumda yalnızca tarafların birbirlerine verdikleri hediyelerin iadesi gündeme gelebilir. Tarafların birbirlerine karşı tazminat talepleri olamayacağı gibi ana babaları ya da bunlar gibi hareket eden kimselerin de tazminat talepleri olamaz<sup>40</sup>. Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça bozucu şart geçmişe etkili olarak sonuç doğurmaz. Ancak geçmişe etkili olacağı kararlaştırılmış ise böyle bir durumda nişan hiç gerçekleşmemiş sayılacağından nişan kapsamında alınan hediyelerin iadesi de genel hükümlere göre talep edilebilecektir. Yine taraflarca, taraflardan birinin iradesine bağlı bir şart kararlaştırılabilir, bu duruma nişanlılardan birinin üniversiteyi iki sene içerisinde bitirmemesi halinde nişanın sona ereceğine ilişkin şart örnek teşkil etmektedir. Böyle bir durumda bozucu şart iradesine bağlı olan tarafın, şartı yerine getirmemiş olması bizce kusur olarak kabul edilemez ve nişanı bozma sayılmaz.

<sup>38</sup> Koç, (n 4) 51

<sup>39</sup> Yavuz, (n 17) 31

<sup>40</sup> Dural, Ögüz ve Gümüş (n 11) 29

Taraflarca kararlaştırılan şart; ahlaka, adaba ve kişilik haklarına aykırı olamaz. Örneğin taraflar arasında cinsel ilişki kurulması koşulu ile nişanlanmanın gerçekleşecek olması şartı geçersizdir. Yine taraflardan birinin evli olması durumunda gerçekleşecek nişanlanma geçersiz olacağı gibi evliliğin bitmesi koşulu ile nişanlanmanın gerçekleşecek olmasına ilişkin şart da geçersizdir.

## 7. İrade Bozukluğu Halleri

Nişanlanma karşılıklı evlenme vaadine ilişkin irade beyanı ile kurulan bir aile hukuku sözleşmesi olduğundan, tarafların bu yöndeki iradelerinin yanılma (TBK madde 30 vd.), aldatma (TBK madde 36), korkutma (TBK madde 37) sebebiyle sakatlanmış olması durumunda nişanlılık, iradesi sakatlanan kişinin tek taraflı irade beyanı ile son bulacaktır<sup>41</sup>. TMK’ da buna ilişkin özel bir düzenleme yer almamaktadır. Dolayısıyla TBK’ nın 30 vd. maddeleri burada kıyasen uygulanabilir.

Her ne kadar TBK’ nın 39. maddesinde; yanılma, aldatma ya da korkutulma sonucunda sözleşme yapan tarafa bu durumun ortadan kalkmasına müteakip sözleşmenin iptali için bir senelik hak düşürücü süre verilmişse de, doktrinde burada böyle bir sürenin uygulanamayacağı savunulmaktadır<sup>42</sup>. Bu görüşü savunanlara göre; yanılma, aldatma veyahut korkutma ile iradesi sakatlanan tarafın, bu hal ortadan kalktığı gibi karşı tarafa bunu açıklaması gerekmektedir. Aksi halde artık iyi niyetten bahsedilemez. Bir diğer görüş ise; irade beyanı yanılma, aldatma ya da korkutma ile sakatlanan tarafın, bu duruma nişanı bozmak için haklı sebep olarak dayanabileceğini savunmaktadır. Bu görüşe göre; böyle bir durumda dava açmaya gerek yoktur ve nişanı bozmak isteyen taraf makul görülebilecek bir süre içerisinde bu durumu diğer nişanlıya bildirmek zorundadır<sup>43</sup>.

Hukukumuzda; şaka ile de olsa açıklanmış olan bir nişanlanma iradesi eğer karşı taraf bunun şaka olduğunu anlayamayacak durumda ise güven teorisine göre geçerli bir nişanlılığın doğumunu sağlar. Çünkü bu durumda irade beyanında bulunan kişi kendi niyetinin gerçek olmadığını bilmesine rağmen, muhatap bilmemektedir<sup>44</sup>. Zihni kayıt ise; beyanda bulunan

<sup>41</sup> Velidedeoğlu, (n 24) 30

<sup>42</sup> Bknz Akıntürk ve Ateş (n 2) “Nişanlanmadaki irade bozukluğu halleri ne Borçlar Kanunundaki genel hükümlere, ne de evlenmedeki irade bozukluğuyla ilgili Medeni Kanun hükümlerine tabidir. Böyle durumlarda sonucun ne olacağı, nişanlanmanın kendine özgü özelliklerinden çıkartılmalıdır. Nişanlılardan biri diğer tarafın önemli bir niteliğinde yanılmışsa veya nişanlanmayı gerek bizzat karşı tarafın gerek üçüncü bir kişinin aldatması ya da korkutması sonucunda yapmışsa, yanıldığını veya aldatıldığını öğrendikten yahut da korku ortadan kalktıktan sonra nişanı bozduğunu diğer tarafa derhal bildirmelidir; zira bu hallerde TBK madde 39 hükmündeki bir yıllık süre geçerli değildir.”

<sup>43</sup> Dural, Ögüz ve Gümüş, (n 11) 23; Oğuzman ve Dural, (n 27) 31; Tekinay, (n 24) 20

<sup>44</sup> Alp Sahin, (n 15) 11



kişinin aslında hiç istemediği bir beyanda bulunmasını ifade eder. Bu durumda; zihni kaydın varlığı beyanın geçerliliğini etkilemeyecektir. Dolayısıyla zihni kayıtla da olsa nişanlanma yönündeki irade beyanı geçerli kabul edilecek nişanlanma meydana gelecektir. Ancak diğer nişanlı zihni kaydı biliyorsa nişanlanma iradesi hüküm doğurmayacaktır<sup>45</sup>. Burada nişanlılık gerçekleştiğinden artık nişanlanmak istemeyen tarafın tek taraflı olarak nişanı bozması söz konusu olabilir. Bu durum da tazminat sorumluluğunu doğurur. 743 Sayılı Türk Kanunu Medenisi zamanında da, nişanlanma hususunda bu tarz beyanlar ciddiye alınır; bu konuda şaka yapılması caiz sayılmazdı<sup>46</sup>. Ancak, taraflardan ikisi de şaka yapıldığını biliyor ya da bilmesi bekleniyor ise o zaman bu yöndeki beyanların nişanlanmayı gerçekleştirdiği söylenemeyecek, taraflar arasında gerçek bir nişanlanmadan bahsedilemeyecektir.

## **B. SONA ERMENİN SONUÇLARI**

Nişanlılığın çeşitli sebeplerle sona ermesi durumunda tarafların nişanlılıktan kaynaklanan borç ve yükümlülükleri de sona erecektir. Ancak nişanlanmanın evlenmeye zorlama hakkı vermemesinin yanında kanun koyucu nişanı haklı bir sebebi olmaksızın bozan tarafın birtakım yaptırımlara tabi tutulabilmesini de mümkün kılmıştır. Bunlar; maddi ve manevi tazminat ile hediyeleşimin geri verilmesidir. Aşağıdaki başlıklarda bu konuları ayrıntılı şekilde ele alacağız.

### **1. Maddi Tazminat**

TMK' nın 120. maddesinde nişanın bozulmasının bir sonucu olarak maddi tazminat düzenlenmiş bulunmaktadır. Buna göre; nişanlılardan bir tanesi haklı bir sebebi olmadan nişanı bozduğu ya da nişan nişanlılardan birine yükletilebilen bir sebeple bozulduğu takdirde; kusurlu taraf diğer tarafa dürüstlük kuralları kapsamında evlenme niyetiyle yaptığı harcamalar ve katlandığı maddî fedakârlıkları karşılamak üzere uygun bir tazminat vermekle yükümlüdür. Bu madde kapsamında tazminat talep etme hakkı olan tarafın ana, babası ya da ana babası gibi davranan kişiler de, aynı şartlar altında yaptıkları işbu harcamalar için uygun bir tazminat isteyebilirler. Maddi tazminat; kanun maddesinde de açıkça belirtildiği üzere yalnızca nişanın bozulması durumunda talep edilebilecek olup, başka bir sona erme halinde TMK 120 kapsamında maddi tazminat istenemeyecektir. Nişanın bozulması halinde açılacak bu dava haksız fiile dayalı olmayıp, aile hukuku alanına giren ilişkiden doğan bir alacak davasıdır<sup>47</sup>.

<sup>45</sup> Dural, Ögüz ve Gümüş, (n 11) 22

<sup>46</sup> Koç, (n 4) 23

<sup>47</sup> Öztan, "Aile Hukuku" (n 8) 77

Kanun koyucu maddi tazminatın istenebilmesini birtakım şartların varlığına bağlamıştır. Bunlar; davacının nişanın bozulması sebebiyle zarara uğramış olması, nişanı bozan tarafın haklı bir sebebe dayanmamış olması ya da nişanın diğer nişanlıya yükletilebilen bir sebeple bozulmuş olması, zarar ile nişanın bozulması arasında illiyet bağı olması, davalının nişanın bozulmasında kusurlu olmasıdır<sup>48</sup>.

Davacının karşılanacak olan zararı; nişanlanmanın hüküm ifade ettiğine inanmasından dolayı uğradığı yani nişanlanmamış olsa idi uğramayacağı parasal zarardır. Diğer bir deyişle menfi zarardır<sup>49</sup>. Maddi tazminat kapsamında müspet zarar istenilemez, bunun sebebi nişanlanmanın TBK' ya tabi bir sözleşme olmamasıdır<sup>50</sup>. Maddi tazminat ile; nişanlılık ilişkisinin kurulmaması halinde meydana gelmeyecek olan tüm malvarlığı kayıplarının karşılanması istenemez<sup>51</sup>. Bir başka ifadeyle, güvenilen nişanlılığın neden olduğu tüm zararlar, TMK' nın 120. maddesinde düzenlenen maddi tazminatın kapsamına girmez<sup>52</sup>. Bu zararların tazmininin istenebilmesi için yapılan masrafların ancak dürüstlük kuralı çerçevesinde nişanlı bulunulan süre boyunca bu ilişkiden kaynaklı ve evlenme amacıyla yapılan harcamalar, katlanılan maddi fedakârlıklar ve giderler olması gerekmektedir. Örneğin nişan törenin yapıldığı yer için ödenen kira bedeli, nişanda dağıtılan ikramlar, düğün davetiyesi basım masrafları<sup>53</sup>, balayı masrafları, tarafların evlendiklerinde oturacakları eve yapılan masraflar bu

<sup>48</sup> Koç, (n 4) 82

<sup>49</sup> Akıntürk ve Ateş, (n 2) 52

<sup>50</sup> Dural, Ögüz ve Gümüş, (n 11) 34; Akıntürk ve Ateş, (n 2) 52; Öztan, "Aile Hukuku" (n 8) 79

<sup>51</sup> "Tazminat isteme hakkı olan taraf, evlenmeye ulaşılamaması yüzünden uğradığı zararları değil, neticeye ulaşmayan nişanlılık yüzünden uğradığı zararların tazminini isteyebilir. Müsbet değil, menfi zararın tazmini istenebilmektedir." (Bknz. Oğuzman ve Dural, (n 17) 42)

<sup>52</sup> Bu hususta bknz. Yargıtay 3. H. D. 16.06.2016 tarih, 2016/ 10495 E., 2016 / 9366 K., sayılı kararı "Somut olayda; davacı, davalı ...ile nişanlı oldukları dönemde, davalı ...'in ailesi tarafından evlendikten sonra ikamet etmeleri için kendilerine tahsis edilen ve tapuda davalıların murisi adına kayıtlı olan taşınmazda bir kısım faydalı ve zorunlu masraflar yaptığını ileri sürerek, nişanın bozulması nedeni ile taşınmazın değerini artıran bu masrafların iadesi isteminde bulunmuştur. Buna göre, davacının talebi TMK' nun 120. maddesinde düzenlenen "nişanın bozulmasına dayalı maddi tazminat" istemi kapsamında olmayıp, sebepsiz zenginleşme hukuki nedenine dayalı alacak istemine ilişkindir. Nitekim dava, yalnızca davacının nişanlı olan ...e karşı değil, dava konusu taşınmazın tapu maliki olan ... nün mirasçılara karşı açılmıştır ve bu durumda uyuşmazlığın çözümü genel mahkemelerin görevi içerisindedir. Hal böyle olunca, mahkemece işin esasına girilerek sonucuna uygun bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde görevsizlik kararı verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir." şeklindedir. (Erişim adresi: <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=1649#>, Erişim tarihi: 26.05.2021)

<sup>53</sup> Yargıtay bir kararında nişanın duyurulması için yapılan masrafların maddi tazminat kapsamında kabul edilemeyeceğine karar vermiştir. Bknz. Yargıtay 3. H.D., 26.06.1990 tarih, 1989/9533 E., 1990/6032K. Sayılı kararı "Davalı kızın başkasına kaçması üzerine nişanın bozulmasından ötürü davacının Medeni Kanununun 84. maddesi uyarınca nikâhın icra olunacağı anlayışı ile yaptığı masrafları isteyebileceğinden ev kiralınması ve kullanmaya hazır hale getirilmesi için yaptığı masrafları davalıdan isteyebileceği cihetle bu hususlara değinen temyiz itirazları yerinde değildir. Ancak nişanın duyurulması amacı ile yapılmış masraflar nikâhın icra olunacağı kanaati ile yapılabilir cümlesinde bulunmadığı ve davacının davalıya hediye ya da iadeye tabi "sair harcamalar" olarak nitelendirilen 450.000 liraya hükmedilmesi doğru görülmemiştir". (Erişim adresi: <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris>), Erişim tarihi: 26.05.2021)

kapsamda kabul edilebilir. Ancak diğer nişanlının istemediğini açıkça beyan etmesine rağmen yapılan masraflar ya da aşırı lüks harcamaların maddi tazminat kapsamında talep edilmesi dürüstlük kuralı ile örtüşmez, dolayısıyla bu tarz harcamalar maddi tazminata konu edilemez. Yine evlenmenin gerçekleşeceği düşüncesiyle satın alınmış şeylerin yeniden satılması durumunda bu satıştan elde edilen bedel tazminattan mahsup edilmelidir<sup>54</sup>.

Nişanın bozulmasının akabinde taraflar tekrardan nişanlanmışlarsa, tarafların yeniden evlenmeleri gündeme geleceğinden ilk nişanlılık dolayısıyla yapılan harcama ve giderler de bu amaca hizmet edeceğinden tazminat sorumluluğunun zarar unsuru gerçekleşmiş olmaz. Dolayısıyla tarafların ilk nişanlılık sebebiyle uğradıkları maddi zararın TMK' nın 120. maddesi kapsamında talep edilmesi mümkün olmayacaktır<sup>55</sup>.

Kanun koyucu TMK' nın 120. maddesinde nişanlının yanı sıra nişanlının ana babası ile onlar gibi davranan kişilerin de “aynı koşullar altında” yaptıkları harcamaları talep edebileceklerini öngörmüştür. Belirtmek gerekir ki; “ana baba gibi hareket eden kimse” kavramı ile nişanlıların evleneceğini düşünerek nişanlılar için masraf yapan kimseler ifade edilmektedir<sup>56</sup>. Bu kimseler; nişanlıların hısımları olabileceği gibi, örneğin akrabalık bağı olmayan komşu ya da nişanlıya bakmış ve yetiştirmiş Çocuk Esirgeme Kurumu da olabilir. Kanun koyucu bu ifade ile maddenin 1. fıkrasında düzenlenen koşulların bu kişiler için de geçerli olacağını ifade etmeye çalışmıştır. Çünkü nişanlanma ile nişanlılarla beraber nişanın tarafı olmayan bu kişiler arasında da “özen gösterme yükümlülüğü doğuran borç ilişkisi” doğduğu kabul edilmelidir<sup>57</sup>. Ancak; nişanlının kendisi tazminat talep etmede haklı değil ise, nişanlının ana babası ve onlar gibi davranan kişiler de tazminat talep edemeyecektir<sup>58</sup>.

TMK' nın 120. maddesinde; maddi tazminatın ancak taraflardan birinin haklı bir sebebe dayanmadan nişanı bozması ya da diğer nişanlıya yüklenebilecek bir sebeple nişanın bozulması halinde istenebileceği düzenlenmiştir. Buna göre; nişanı haklı sebebe dayanmadan bozan kişi<sup>59</sup> tazminat ödemeye mahkûm edilebileceği gibi kusurlu davranışı<sup>60</sup> sebebiyle nişanın

<sup>54</sup> Velidedeoğlu, (n 24) 33

<sup>55</sup> Mehmet Serkan Ergüne, “Nişanın Bozulmasında Maddi Tazminat” (2016) (2) İÜHFM, Cilt 74, Sayı 2 757, 760

<sup>56</sup> Oğuzman ve Dural, (n 27) 46

<sup>57</sup> Hatemi, (n 7) 25

<sup>58</sup> Kılıçoğlu, (n 3) 23

<sup>59</sup> Bu duruma doktrinde “haksız nişan bozma” da denilmektedir. Bknz. Dural, Ögüz ve Gümüş (n 11)

<sup>60</sup> Bu hususta bknz. Yargıtay 3. H.D., 18.10.2005 tarih, 2005/7955 E., 2005/10266 K. Sayılı kararı “MK. nın 120.maddesinde nişanlılardan biri haklı bir sebep olmaksızın nişanı bozduğu veya nişan taraflardan birine yükletilebilen bir sebeple bozulduğu takdirde; kusuru olan taraf, diğerine dürüstlük kuralları çerçevesinde ve evlenme amacıyla yaptığı harcamalar ve katlandığı maddi fedakârlıklar karşılığında uygun bir tazminat vermekle yükümlüdür. Aynı kural nişan giderleri hakkında da uygulanır. Tazminat istemeye hakkı olan tarafın ana ve babası

bozulmasına sebebiyet veren kişinin de nişanı bozan tarafa tazminat ödemesi söz konusu olacaktır<sup>61</sup>.

Nişanın sona ermesinden sonra açılacak tazminat davalarında kusur tespiti önem arz ettiğinden, öncelikle nişanın bozulmasında haklı sebebin olup olmadığı araştırılmalıdır. Ancak nişanın bozulmasını gerektirecek sebeplerin tam bir listesi yapılamayacağından burada bir “hüküm içi boşluk” olduğundan hareketle bu boşluğu doldurma görevi somut olaydaki durum ve koşulları göz önünde tutmak suretiyle hâkime bırakılmıştır<sup>62</sup>. Hâkim; tarafların hayat görüşlerini, yaşadıkları çevreyi, tüm hal ve şartları da göz önünde bulundurarak kusur değerlendirmesi yapar<sup>63</sup>. Davacının iddiası ispat olursa hâkim uygun bir tazminata hükmedecektir<sup>64</sup>. Bu tazminat tutarı belirlenirken, davacının nişanın bozulmasındaki rolü, yapılan masrafin davacının malvarlığı için arz ettiği değer vb. hususlar da göz önünde bulundurulabilir<sup>65</sup>. Hâkim maddi tazminatın hesaplanmasında, tazminattan indirim sebeplerinin olup olmadığını da inceler<sup>66</sup>. Örneğin; satın alınmış olan eşya bizzat satın alanlar tarafından kullanılabilir ise veyahut satın alan kişi bunun sonucunda birtakım değerler elde ettiyse tüm bunlar hâkim tarafından göz önünde bulundurulur ve tazminat miktarı bu kapsamda azaltılır. Yine örnek vermek gerekirse; sipariş verilmiş düğün pastası bir başkasına satılır ise bu satıştan bir bedel elde edileceğinden, bu bedel oranında tazminat miktarı azaltılacaktır<sup>67</sup>. Ayrıca kanaatimizce nişan için tek tarafın yaptığı ihtiyaç dışı olan lüks harcamalar var ise, bu husus hâkim tarafından ayrıca değerlendirilmeli ve harcamaların ne kadarının ihtiyaç olduğu da tazminat belirlenirken göz önünde bulundurulmalıdır.

Sınırlı ehliyetsizler kişiye sıkı sıkıya bağlı olan hakları tek başlarına kullanabilirler iken maddi tazminat bu haklardan olmadığından maddi tazminat davasını ancak yasal temsilcileri

---

veya onlar gibi davranan kimseler de, aynı koşullar altında yaptıkları harcamalar için uygun bir tazminat isteyebilirler hükmü yer almaktadır. Dosya kapsamından nişanın bozulmasında kusurun nişanlılardan hangisinde olduğu hususu araştırılmamıştır. Bu durumda mahkemece; nişanın bozulmasında kusurlu olan tarafı araştırmak ve eğer davalı Özgür'ün kusuru nedeniyle nişanın bozulduğu anlaşılırsa o takdirde davacının uğradığı zarara hükmetmek olmalıdır. Bunun için dava konusu eşyaların ikinci el olarak kaçta satılabileceğini bilirkişi aracılığı ile belirlemek ve alınacak rapor doğrultusunda eşyaların yeni fiyatı ile 2. el fiyatı arasındaki farka göre uğranılan zararın tazminine karar verilmelidir. Eksik inceleme sonucunda yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.” şeklindedir. (Erişim adresi: <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=1649#>, Erişim tarihi:26.05.2021)

<sup>61</sup> Akıntürk ve Ateş, (n 2) 51; Dural, Ögüz ve Gümüş, (n 11) 36; Koç, (n 4) 82

<sup>62</sup> Koç, (n 4) 84

<sup>63</sup> Schwarz, (n 22) 47

<sup>64</sup> Bknz. Bu husus çalışmamızın “Nişanlanmanın Tek Taraflı İrade Beyanı ile Sona Ermesi” başlığı altında ayrıntılı olarak açıklanmıştır.

<sup>65</sup> Dural, Ögüz ve Gümüş, (n 11) 36

<sup>66</sup> Koç, (n 4) 105

<sup>67</sup> Akıntürk ve Ateş, (n 2) 53

aracılığı ile açabilirler, kendilerine açılan maddi tazminat davalarını da yine yasal temsilcisi aracılığı ile takip edebilirler. Aynı şekilde tam ehliyetsizler de maddi tazminat davasını yasal temsilcileri aracılığı ile açabileceklerdir.

## 2. Manevi Tazminat

TMK' nın 121. maddesinde nişanın bozulmasının bir sonucu olarak manevi tazminat düzenlenmiş bulunmaktadır. Buna göre manevi tazminat talep edebilmek için; nişanın bozulmuş olması, davalının kusurlu olması ve davacının kişilik haklarının zarara uğraması gerekmektedir.

Kanunda açıkça belirtildiği üzere; manevi tazminat talep edecek tarafın, nişanın bozulması sebebi ile “kişilik hakkı”<sup>68</sup> ihlal edilmiş olmalıdır. Nişanın bozulması, çoğu kez nişanlının psikolojisini olumsuz olarak etkiler, onun acı çekmesine ve manevi huzurunun bozulmasına yol açar, nişanın bozulmasıyla şeref ve haysiyeti zedelenir. Burada hâkim; manevi tazminata ilişkin değerlendirme yaparken somut olayın özelliklerini göz önünde bulundurarak kişilik hakkının ihlal edilip edilmediğine karar vermelidir. Örneğin Yargıtay bir kararında; nişanlılardan birinin diğerinin fiziksel özelliklerini beğenmediğini sürekli dile getirdiğini, nişanlısının basenlerini sürekli kontrol etmek istediğini ve bu hususta ailesinden bazı kişileri görevlendirdiğini bu sebeple diğer nişanlının nişanı bozması durumunda kişilik hakkını ihlal eden bir eylemin varlığını kabul etmiştir<sup>69</sup>. Yine bir kararında Yargıtay; nişanlıların sonrasında resmi nikâh yapılacağına inanarak ailelerinin ve çevrelerinin katılımı ile bir düğün gerçekleştirdiği ancak daha sonra nişanlılardan birinin resmi nikâh yapmaktan vazgeçmesi durumunda diğer nişanlının kişilik hakkının ihlal edildiğini kabul etmiştir<sup>70</sup>.

743 Sayılı Türk Kanunu Medenisi' nde manevi tazminat isteyebilmek için kişilik hakkında meydana gelen ihlalin ağır olması aranırken<sup>71</sup> TMK' da kişilik hakkının ihlal edilmesi yeterli görülmüştür. Akıntürk/Ateş bu hususu; “Yeni Medeni Kanun manevi tazminat isteminde kişilik hakkının ağır derecede çiğnenmiş olmasını aramıyor, normal çiğnenmeyi tazminat istemek için yeterli sayıyor.” şeklinde ifade etmiştir. Ancak Yargıtay'ın vermiş olduğu

<sup>68</sup> “Kişilik hakkı; kişinin içindeki saygınlığını ve kişiliğini serbestçe geliştirmesini temin eden varlıkların tümü üzerindeki haktır.” (Bknz. Mustafa Dural ve Tufan Öğüz, Kişiler Hukuku, (7. Baskı, Filiz Yayınevi, 2004) 92 )

<sup>69</sup> Bknz. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, 06.07.2017 tarih, 2016/21667 E., 2017/11157 K. sayılı kararı. (Erişim adresi: <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/>, Erişim tarihi:17.06.2021)

<sup>70</sup> Bknz. Yargıtay 4. H.D. 23.03.2011 tarih, 2011/3735 E., 2011/3070 K. sayılı kararı. (Erişim adresi: <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/>, Erişim tarihi:17.06.2021)

<sup>71</sup> Türk Kanunu Medenisi Madde 85- “Bir taraf kendi kusuru olmaksızın nişanın bozulmasından şahsen fahiş bir surette mutazarrır olmuş ise, hâkim onun zararı manevisini telafi için münasip bir tazminat hükmedebilir. Manevi tazminat davası, mirasçıya intikal etmez; şu kadarki, miras açıldığı zaman iddia kabul edilmiş veya dava ikame olunmuş ise mirasçılara intikal eder.” şeklinde idi.

kararlarda manevi tazminata hükmedilebilmesi için halen fahiş bir kişilik hakkı ihlalinin arandığı görülmektedir<sup>72</sup>. Şahsi fikrimiz doktrin ve Yargıtay kararlarındaki bu uyumsuzluğun giderilmesi gerektiği yönündedir. Zira TMK kişilik hakkının ağır olarak çiğnenmiş olmasını değil, kişilik hakkının çiğnenmiş olmasını aradığından uygulamanın da bu yönde olması ve kişilik hakkının çiğnenmiş olmasının manevi tazminat tayini için yeterli sayılması gerektiğini düşünmekteyiz.

Manevi tazminat talep edilebilmesi için; nişan tek taraflı olarak bozulmuş olmalıdır. Bu durumda; nişanlılığı sona erdiren diğer hallerde manevi tazminat istenemeyecektir. Kanun koyucu TMK'nın 121. maddesinde “*nişanın bozulması yüzünden*” kişilik hakkı zarara uğrayan nişanlının manevi tazminat isteyeceğini hüküm altına alarak bu hususu açıkça düzenlemiştir. Nişanı haklı sebebe dayanmadan bozan taraf veyahut kusurlu davranışı ile nişanın bozulmasına sebebiyet veren taraf tazminat ödemeye mahkûm edilebilir. Burada önemli olan kusurun varlığıdır, ağır kusur aranmaz<sup>73</sup>. Belirtmek gerekir ki; manevi tazminat davası açacak olan nişanlı bu davayı yalnızca diğer nişanlıya karşı açabilecektir. Nişanlı dışında kalan diğer kimselere açılacak olan tazminat davası ise genel hükümlere göre olacaktır.

Tazminat talep eden tarafın kusursuz olması gerekip gerekmediği hususunda da doktrinde farklı görüşler vardır. Öztan; nişanın bozulması nedeniyle tazminat isteyecek olan nişanlının kusursuz olması gerekmediği görüşündedir. Buna göre, tazminat isteyen nişanlının kusurlu olması ancak hükmedilecek tazminat miktarının belirlenmesinde göz önünde bulundurularak, kusur oranında indirim yapmak gerekecektir<sup>74</sup>. Dural/Öğüz/Gümüş de bu görüşte olup, manevi tazminat isteyen nişanlının hiç kusurunun bulunmamasının aranmayacağını, tazminat isteyen nişanlıya atfedilecek kusurun diğer nişanlının kusurundan az olmasının yeterli olacağını savunmuştur<sup>75</sup>. Akıntürk/Ateş'e göre ise; nişanın bozulmasında

<sup>72</sup> Bu hususta bkz. Yargıtay 3. H.D. 27.04.2016 tarih, 2015/11152 E., 2016/6663 K., sayılı kararında “Nişanın bozulması, doğal olarak taraflarda değişik şiddet ve ölçülerde de olsa üzüntü yaratır ve menfaat ihlaline neden olur. Ancak sırf, nişanın bozulmasından dolayı duyulan üzüntü ve hayal kırıklığına uğranılmış olması manevi tazminata hükmedilmesi için yeterli değildir. Doğal olan üzüntü ve menfaat ihlali manevi tazminata esas alınmaz. Zira, manevi tazminata karar verilebilmesi için istemde bulunan nişanlının kişisel haklarının fahiş olarak zarara uğramış olması gerekir. Bu fahiş zararın somut olay ve nedenlere dayanılarak ispat edilmesi gerekir.” şeklinde ifade etmiştir. Aynı doğrultuda Yargıtay 3 H.D. 20.10.2014 tarih, 2014/14502 E., 2014/13573 K. Sayılı kararı “Nişanın bozulmasının, taraflarda değişik şiddet ve ölçülerde de olsa üzüntü yaratması ve menfaatleri haleldar etmesi doğaldır. Doğal olan bu üzüntü ve menfaat ihlali manevi tazminata esas alınmaz. Bir kere nişanlandıktan sonra tazminat ödeme tehdidi altında bulunmak suretiyle evlenmeyi taraflar için zorunlu hale getirebilecek şekilde manevi tazminata hükmedilemez. Ancak nişanın bozulması nedeni ile fahiş bir zarar doğmuş ve bu nedenle kişilik hakları da saldırıya uğramış ise bu durumun ispatı halinde manevi tazminata hükmedilebilir.” şeklindedir. (Erişim adresi: <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/>, Erişim tarihi:24.05.2021)

<sup>73</sup> Akıntürk ve Ateş, (n 2) 54

<sup>74</sup> Öztan, “Aile Hukuku” (n 8) 90

<sup>75</sup> Dural, Öğüz ve Gümüş, (n 11) 40

diğer tarafla birlikte kendisi de kusurlu olan nişanlı manevi tazminat isteyemez. Bu hususta kusurların birbirine mahsup edilerek tazminat miktarından bir indirim yapılması da söz konusu olmaz. Bu bakımdan TBK' nın 52. maddesinde düzenlenen indirimin burada uygulanması söz konusu olmayacaktır<sup>76</sup>. Biz de; tazminat isteyecek nişanlının kusursuz olmasının aranmaması gerektiği, var ise kusur oranında tazminat indirimi yapılması gerektiği yönündeki görüşe katılmaktayız. Kaldı ki; TMK' nın 121. maddesinde de tazminat talep eden tarafın kusursuz olması gerektiğine ilişkin bir düzenleme yoktur.

Manevi tazminat; kişilik hakkı ihlaline dayandığından kişiye sıkı sıkıya bağlı olan bir hak olup, nişanın bozulması sebebiyle manevi tazminat talep etme hakkı yalnızca nişanlıya aittir. Sınırlı ehliyetsiz nişanlı manevi tazminat davasını kendisi açabilir, dava açmak için yasal temsilcisinden rıza alması gerekmez. Ancak tam ehliyetsizler yalnızca yasal temsilcisi manevi tazminat davası açabilecektir<sup>77</sup>. Dolayısıyla tam ehliyetsizlerin bu durumunun bir istisna olduğu söylenebilir. Ana baba ve onlar gibi davranan kişilerin TMK 121 kapsamında manevi tazminat talep etme hakları yoktur. Ancak burada TMK' nın 25. maddesinin 4. fıkrasının saklı olduğunu belirtmek gerekir. Hâkim; manevi tazminatın miktarına karar verirken; tarafların kusur oranını, kişilik hakkını ihlal eden eylemin özelliğini ve tarafların maddi durumlarını göz önünde bulundurmalıdır<sup>78</sup>.

TMK' nın 121. maddesinde de açıkça düzenlendiği üzere manevi tazminat olarak uygun miktarda bir “para” ödenmesi istenilebilir. Dolayısıyla manevi tazminatın konusu para dışında

<sup>76</sup> Akıntürk ve Ateş, (n 2) 55

<sup>77</sup> Velidedeoğlu, (n 24) 40; Saymen ve Elbir, (n 19) 64; Oğuzman ve Dural, (n 27) 49, Dural, Ögüz ve Gümüş, (n 11) 41

<sup>78</sup> Bu hususta bkz. Yargıtay 3.H.D. 14.10.2014 tarih, 2014/6297 E., 2014;/13138 K. Sayılı kararı “Bir kere nişanlandıktan sonra tazminat ödeme tehdidi altında bulunmak suretiyle evlenmeyi taraflar için zorunlu hale getirebilecek şekilde manevi tazminata hükmedilemez. Ancak nişanın bozulması nedeni ile fahiş bir zarar doğmuş ve bu nedenle kişilik hakları da saldırıya uğramış ise bu durumun ispatı halinde manevi tazminata hükmedilebilir. Hâkim manevi tazminatın miktarını tayin ederken saldırı teşkil eden eylem ve olayın özelliği yanında tarafların kusur oranını, ekonomik durumlarını da dikkate almalıdır. Miktarın belirlenmesinde her olaya göre değişebilecek özel hal ve şartların bulunacağı da gözetilerek takdir hakkını etkileyecek nedenleri karar yerinde objektif olarak göstermelidir. Çünkü kanunun takdir hakkı verdiği hususlarda hâkimin hukuka ve hakkaniyete göre hüküm vereceği Türk Medeni Kanununun 4. maddesinde belirtilmiştir. Hükmedilecek para, zarara uğrayanda manevi huzuru doğurmayı gerçekleştirecek tazminata benzer bir fonksiyonu olan özgün bir nitelik taşır. Bir ceza olmadığı gibi malvarlığı hukukuna ilişkin bir zararın karşılanmasını da amaç edinmemiştir. O halde bu tazminatın sınırı onun amacına göre belirlenmelidir. Takdir edilecek miktar, mevcut halde elde edilmek istenilen tatmin duygusunun etkisine ulaşmak için gerekli olan kadar olmalıdır. Somut olayda, aleyhine manevi tazminata hükmedilen davalı nişanlının ekonomik ve sosyal durumu araştırılmadan, hüküm kurulmuştur. Öyle ise mahkemece, davalının ekonomik ve sosyal durum araştırmasından sonra, nişanın bozulma şekli, olayın özellikleri, ekonomik olgular ve yukarıdaki ilkeler gözetilerek hak ve nesafete uygun manevi tazminata karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ve yanılığlı değerlendirme sonucu yazılı şekilde hüküm tesisi bozmayı gerektirmiştir.” şeklindedir. (Erişim adresi: <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/>, Erişim tarihi:24.05.2021)



herhangi bir edimin yerine getirilmesi olamaz<sup>79</sup>. Örneğin nişanlı, manevi tazminat kapsamında kendisinden özür dilenmesi talebinde bulunamaz.

### 3. Hediyelerin İadesi

Nişanlanma esnasında ve nişanlılık süresince nişanlılar birbirlerine çeşitli hediyeler verirler. Bu hediyeler, örf-adet gereği ya da tarafların birbirini memnun etmek istemesi amacı ile verilmiş olabilir. Ancak nişanlanma herhangi bir sebeple sona erer ise, tarafların birbirlerine nişanlılık ilişkisi kapsamında aldığı hediyelerin akıbeti ne olacaktır? Nişanlılık süresince verilen hediyeler, ileride evlenmenin gerçekleşeceğine duyulan inanca dayalı olarak verildiklerinden, nişanlılık sona erince kural olarak nişanlıların birbirlerine verdikleri hediyeleri geri vermeleri gerekir<sup>80</sup>.

Hediyelerin iadesi konusu TMK' nın 122. maddesinde düzenlenmiş olup, şayet nişanlılık evlenme dışındaki bir sebeple sona ererse bu madde uyarınca nişanlıların birbirlerine ya da ana baba veya ana baba gibi davrananların nişanlılara verdikleri alışılmışın dışındaki hediyeler veren kişi tarafından geri istenebilir. Yani hediyelerin iadesi için nişanlılığın evlenme dışında bir sebeple sona ermesi gerekir. Mevzuatın Medeni Kanunu' nda nişanlanmanın ölüm ile sona ermesi halinde hediyelerin iadesinin talep edilemeyeceği düzenlenmişken<sup>81</sup>, TMK' da böyle bir hüküm bulunmamaktadır. Dolayısıyla ölüm halinde de hediyelerin iadesini talep etmek mümkündür<sup>82</sup>.

Verilen hediye aynen veya mislen geri verilemeyecek durumda ise sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iadesi istenilebilecektir. Bu sebeple nişanlılığın sona ermesi durumunda hediyelerin iadesi genel hükümlere göre değil, işbu maddeye göre gerçekleştirilecektir. Ancak maddede de açıkça düzenlendiği üzere hediyeler aynen veya mislen geri verilemiyor ise, sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanması söz konusu olacaktır.

Hediyelerin geri istenebilmesi için öncelikle, iadesi istenen hediyelerin nişanlılık dolayısıyla verilmiş olması gerekmektedir. Taraflara nişan merasiminde takılan takılar, verilen paralar bu kapsamdadır. Yine iadesi istenen hediyelerin ekonomik değere sahip olması gerekmektedir. Doktrinde; tarafların birbirlerine gönderdikleri mektupların ve fotoğrafların iadesi gereken hediye kapsamına girip girmedikleri tartışmalıdır. Bir kısım yazar<sup>83</sup>; mektup ve

<sup>79</sup> Akıntürk ve Ateş, (n 2) 56; Dural, Ögüz ve Gümüş, (n 11) 40

<sup>80</sup> Köprülü ve Kaneti, (n 24) 62

<sup>81</sup> İMK Madde 94- "*Nişanlılık nişanlılardan birinin ölümü ile son bulduğunda, geri verme talep edilemez.*"

<sup>82</sup> Bknz. Bu husus çalışmamızda "Ölüm ve Gaiplik" başlığı altında ayrıntılı olarak açıklanmıştır.

<sup>83</sup> Schwarz, (n 22) 52; Velidedeoğlu, (n 24) 42

fotoğrafların iadesi gerektiğini savunurken; bir kısım yazar ise<sup>84</sup> iadesi gerekmediğini savunmaktadır. Dural/Öğüz/Gümüş'e göre<sup>85</sup>; mektup ve fotoğrafların bir tarafın elinde kalması diğer tarafın kişiliğine bir tecavüz teşkil ediyor ise, ancak o zaman hukuken hediyelerin iadesi zorunluluğu vardır. Biz de bu görüşe katılıyoruz; bizce de bu tarz ekonomik değeri olmayan hediyelerin iadesi dava yoluyla istenemeyecektir ancak bu durum tarafların kişiliklerine tecavüz niteliğinde ise iade istenebilir.

Peki, bazı coğrafi bölgelerde uygulanan “başlık parası” ya da “yüz görümlüğü” adı altında ödenen paranın da iadesi talep edilebilecek midir? Doktrinde baskın olan görüşe göre; yüz görümlüğü olarak ödenen para nişanlı tarafından doğrudan diğer nişanlıya verilmiş olduğu için iadesi talep edilebilir. Ancak başlık parası genelde nişanlıya değil, nişanlı ya da nişanlının ana babası tarafından diğer nişanlının ana babasının şahsına verildiği için burada TMK' nın 122. maddesinin uygulanması söz konusu olamayacaktır<sup>86</sup>. Yani dikkat edilmesi gereken husus paranın kime, hangi amaçla verildiğidir.

İadesi istenilen şeylerin “hediye olarak verilmiş olması” şart olup, hediye olarak verilmeyen, örneğin ahlaki bir ödevin ifası için verilen şeyler hediye kavramına girmediği için iadesi talep olunamaz<sup>87</sup>. Hediyeler yalnızca nişanlılar tarafından değil, nişanlıların ana babası veya ana babası gibi davranan kimseler tarafından da verilmiş olabilir<sup>88</sup>. Ayrıca geri verilecek hediyelerin alışılmışın dışında<sup>89</sup> hediyeler olması gerekir. Bu konuda takdir yetkisi hâkimde olup, hâkim; mahalli örf, âdete, günün şartlarına ve tarafların maddi durumlarına bakarak hediyelerin alışılmışın dışında olup olmadığına karar verir<sup>90</sup>. Örneğin nişanlının diğer nişanlıya aldığı altın küpe mutad hediye sayılmazken, hediye ettiği bir ceket mutad hediye sayılacak ve iadesi istenemeyecektir. Yargıtay'ca<sup>91</sup> tarafların nişanlanma esnasında taktıkları nişan yüzükleri de mutad hediye olarak kabul edilmekte ve bunların iadesinin gerekmediği yönünde

<sup>84</sup> Saymen ve Elbir, (n 19) 58; Koç, (n 4) 158; Oğuzman ve Dural, (n 27) 52

<sup>85</sup> Dural, Öğüz ve Gümüş, (n 11) 43

<sup>86</sup> Oğuzman ve Dural, (n 27) 57; Akıntürk ve Ateş, (n 2) 48; Dural, Öğüz ve Gümüş, (n 11) 45

<sup>87</sup> Abik, (n 16) 103

<sup>88</sup> Öztan, “Aile Hukuku” (n 8) 100

<sup>89</sup> “Mutad hediyeler, nişanlıya örf ve âdete göre veya kendiliğinden verilen ve maddî değeri de günün koşullarına göre fahiş olmayan hediyelerdir. Değeri mutad aşan hediyelerin iadesi söz konusu olacağı gibi, nişanlıya verilen ve onun yönünden haksız kazandırmaya sebebiyet verebilecek olan mücevherat, bono, çek gibi kıymetli evrak ve sen edatın da iadesi söz konusu olacaktır.” (Bknz. Öztan, Aile Hukuku (n 8) 99)

<sup>90</sup> Dural, Öğüz ve Gümüş, (n 11) 44

<sup>91</sup> Bu hususta bknz. Yargıtay 3. H.D. 27.01.2014 tarih, 2013/ 16931 E., 2014 / 1004 K. Sayılı kararı “Yerleşik Yargıtay uygulamalarına göre, nişan yüzüğü dışındaki altın ve zıynet eşyası mutad hediye kapsamında olmayıp iadesi gereken hediyeler olarak değerlendirilmektedir. Hal böyle olunca mahkemece; yanlışlı değerlendirmeyle, mutad hediye olan ve iadesi gerekmeyen nişan yüzüğünün iadesi yönünde hüküm tesisi doğru görülmemiş, bu husus bozmayı gerektirmiştir.”, Aynı doğrultuda Yargıtay 3. H.D. 13.01.2014 tarih, 2013/ 15686 E., 2014 / 76 K. Sayılı kararı. (Erişim adresi: <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/>, Erişim tarihi:24.05.2021)

kararlar bulunmaktadır. Maddi ve manevi tazminatta karşı tarafın kusurlu olması aranırken, hediyelerin iadesinde tarafların kusurlu olması aranmaz.

TMK' nın 122. maddesine göre hediyelerin iadesini nişanlı ile beraber nişanlının ana babası ya da onlar gibi davranan kimseler de talep edebilirler. Ancak burada hediyeleri geri isteyebilecek kişilerin kapsamı geniş tutulmasına rağmen, geri istenecek hediyelerin yalnızca nişanlılara verilmiş olan hediyeler olduğunu da belirtmek gerekir. Eğer nişanlı, nişanlının ana babası veya ana babası yerine hareket eden üçüncü şahıslar, diğer nişanlının ana babasına veya ana baba yerine hareket edenlere hediye vermiş ise, bu hediyeler TMK' nın 122. maddesi kapsamında geri istenemez<sup>92</sup>. Ancak sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre istenebilir.

Kendisine hediye verilen nişanlı, bu hediye için mülkiyet hakkını kazanmış olacağından bu hediye üzerinde dilediği gibi tasarruf etme hakkına da sahip olacaktır. Ancak hediyelerin iadesi isteniyor ise, iadesi istenen hediyeler nişanlının elinde aynen mevcutsa aynen iade edilmeleri gerekir. Ancak; nişanlı bu hediyeleri malvarlığından çıkarmış, satmış veyahut bağışlamış da olabilir. Bu durumda hediyelerin mislen geri verilmesi söz konusu olacaktır. Örneğin; bir saat hediye edilmiş ve saat satılmış ise aynı saatten temin edilerek hediye iadesi gerçekleştirilecektir. İadesi istenilen hediye artık aynen ya da mislen iadesi mümkün olmayan bir şey ise, işte o zaman da sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulanacak (TBK madde 77 vd.) ve hediye için parasal olarak bedeli iade edilecektir<sup>93</sup>.

Nişanın sona ermesine bağlı olarak maddi, manevi tazminat ile hediyelerin iadesi talebi bir yıllık zamanaşımına tabi olup (TMK madde 123) bu süre geçtikten sonra TMK' nın 120, 121 ve 122. maddeleri kapsamında talepte bulunulamayacaktır. Bu bir yıllık süre; nişanın sona ermesi anından itibaren hesaplanacak ve TMK' da düzenlenen maddi, manevi tazminat ve hediyelerin iadesi talebine ilişkin olduğundan, bu hükümlere dayanarak dava açma hakkına sahip olan tüm taraflar açısından uygulanacaktır. Ayrıca nişanın sona ermesinin sonuçlarının vücut bulabilmesi için, öncelikle taraflar arasında geçerli bir nişanlanmanın bulunması gerekmektedir. Nişanın geçersiz sayılmasını ya da yok hükmünde olmasını gerektirecek hallerin varlığı halinde, nişanın sona ermesinden kaynaklanan sonuçların da oluşmayacağını söylemek mümkündür<sup>94</sup>. Dolayısıyla böyle bir durumda hediyelerin iadesi ve maddi manevi tazminat taleplerinin ancak genel hükümlere göre olabileceğini söyleyebiliriz.

<sup>92</sup> Öztan, "Aile Hukuku" (n 8) 100

<sup>93</sup> Akıntürk ve Ateş, (n 2) 49

<sup>94</sup> Bu hususta bkz. Yargıtay 3. H.D., 28.06.2011 tarih, 2011/2322 E., 2011/11266 K. Sayılı kararı "Bundan ayrı, dosyadaki tanık ifadelerinde; davacının davalı ile nişanlandığı tarihte, yurt dışında (Avustralya'da) evli olduğu

## SONUÇ

Nişanlanma; taraflar arasında evlenme yönündeki karşılıklı irade beyanları olarak ifade edilebilir. Bu irade beyanları ile birlikte; nişanlanan taraflar arasında aile hukukuna özgü sui generis bir sözleşme yapıldığı kabul edilir. Böylece taraflar arasında “nişanlılık” hukuki statüsü doğar.

Nişanlı taraflar arasında evlenme gerçekleştiğinde nişanlılık son bulur. Ancak nişanlanmanın amacı tarafların ileride evlenmeleri olsa da bazen tarafların elinde olan veyahut olmayan sebeplerle de nişanlanma son bulabilir. Bu haller; nişanlılardan en az birinin bir başkası ile evlenmesi, nişanlılardan birinin ölümü ya da gaipliğine karar verilmesi, tarafların anlaşarak nişanı sona erdirmeleri, tek taraflı olarak nişanın bozulması, kesin bir evlenme engelini ortaya çıkması veya evlenmenin imkânsız hale gelmesi, bozucu şartın gerçekleşmesi ve iradede bozukluk meydana getiren birtakım hallerinin varlığıdır.

Evlenme dışındaki tüm sona erme hallerinde tarafların nişanlıyken birbirlerine verdikleri hediyelerin iadesi istenebilir. Kanunen hediyelerin geri verilmesini isteme hakkı nişanlılar dışında nişanlıların ana babası ve ana babası gibi hareket eden kişilere de tanınmıştır.

Nişanın tek taraflı olarak sona erdirilmesi halinde ise; nişanı haklı bir sebebe dayanmadan sona erdiren ya da nişanın sona ermesinde kusurlu olan tarafının maddi ve manevi tazminat ödemesi söz konusu olabilir. Maddi tazminatın konusunu nişanlılık süresi boyunca evlenmeye hazırlık kapsamında yapılan masraflar ve nişanlılık nedeniyle uğranılan zararlar, yani evlenmenin yapılacağına duyulan güvene dayalı olarak oluşan menfi zararlar oluşturur. Manevi tazminatın konusunu ise; nişanın bozulması kendi kusuruna dayanmayan tarafın nişanın bozulmasına dayalı kişilik haklarında meydana gelen ihlal ve bu ihlalin yarattığı elem ve ıstırap oluşturur. Maddi tazminat, hediyelerin iadesinde de olduğu gibi, nişanlı ile birlikte nişanlının ana babası veya ana babası gibi hareket eden kimselerce de talep edilebilirken,

---

ifade edilmiştir. Evli bir kişinin nişanlanması söz konusu olamayacağından, yapılan nişan töreni hukuki anlamda bir şey ifade etmez. Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatlarında; bu tip durumlarda, eylemin haksız fiil niteliğinde olduğu ve nişan kapsamında değerlendirilemeyeceği vurgulanıp, davanın aile mahkemesinde değil, genel mahkemelerde (değere göre Asliye veya Sulh Mahkemelerinde) bakılıp sonuçlandırılması gerektiği şeklindedir. Görev kamu düzenine ilişkin olup, mahkemece re' sen gözetilmelidir. O halde, yapılacak iş; davacının evli olup olmadığı (konsolosluk aracılığıyla) araştırılıp, saptandıktan sonra, bu hususta bir karar vermek olmalıdır.” Aynı doğrultuda Yargıtay 3. H.D. 26.12.2005 tarih, 2005/13403 E., 2005/14367 K. Sayılı kararı “Somut olayda, her ne kadar davanın niteliği nişan bozulması nedeniyle eşyaların iadesi davası olarak adlandırılmış ve bu nedenle de aile mahkemesi tarafından yargılama yapılarak sonucuna uygun karar verilmiş ise de; davacının nüfus kaydına göre 27.3.1997 tarihinden beri Alman uyruklu bir bayanla evli olduğu ve bu evliliğin halen devam ettiği, davalının nişandan ayrılma sebebinin de bu olaya dayandığı anlaşılmaktadır. Yine, TMK. nun 118. maddesi hükmüne göre; nişanlanma, evlenme vaadiyle olur. Gerçekte evli olan birisi bir başkası ile yeniden nişanlanma akdi yapamaz. Şayet yapılmış ise yapılan bu akit geçersiz olup yasal anlamda nişan akdi olarak kabulü olanaksızdır.” şeklindedir. (Erişim adresi: <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/>, Erişim tarihi:24.05.2021)

manevi tazminat kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olduğundan yalnızca nişanlı taraflarca talep edilebilmektedir. Nişanın bozulması nedeniyle açılacak davalar bir yıllık zamanaşımı süresine tabidir.

Kanaatimizce; kanun koyucu tarafından nişana ilişkin ayrıntılı düzenleme yapılması isabetli olmuştur. Her ne kadar taraflar aralarında nişanlılık ilişkisi bulunması evlenmeye zorlama hakkı vermese da nişanlanmaya bağlı hakların da korunması gerekmektedir. Dolayısıyla şekil şartına bağlı olmayan nişanlanma sözleşmesinin sona ermesi halinde tarafların sahip olduğu hak ve yükümlülüklerin kanunda açıkça düzenlenmesi nişanlılık ilişkisine olan güvenin de artmasını sağlamaktadır. Ancak bizce, nişanın sona ermesine dayalı maddi ve manevi tazminat davalarında hâkim; tüm şartları göz önünde bulundurarak uygun bir tazminat miktarına hükmetmelidir. Aksi halde bu durum nişanlanmanın evlenmeye zorlama hakkı vermemesi kuralına aykırılık teşkil edeceği gibi, nişanlanma kurumunun amacı ile de bağdaşmaz.

## KAYNAKÇA

Abik Y, “Nişanlanma ve Nişanlılık”, (2005) AÜHFD, Cilt 54 Sayı 2 65-152

Abik, Y, “Gaipliğin Nişanlılık Üzerindeki Etkisi”, (2005) AÜHFD, Cilt 54 Sayı 2, 155, 180

Akıntürk T ve Ateş D, Aile Hukuku (20. Baskı, Beta Yayıncılık 2017)

Alp Sahin S, “Nişanlanmanın Hüküm ve Sonuçları”, (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Ticaret Üniversitesi, 2014)

Burcuoğlu H, Nişanlanmada Şekil Konusu ve Yargıtay İçtihadı” (2020) Prof. Dr. Necla Giritlioğlu’na Armağan, Onikilevha Yayınları, 213-230

Dural M ve Ögüz T, Kişiler Hukuku, (7. Baskı, Filiz Yayınevi, 2004)

Dural M, Ögüz T ve Gümüş MA, Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, (16. Baskı, Filiz Kitapevi 2021)

Ersöz O, “4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu’nda Düzenlenen Boşanma Sebeplerine Genel Bakış” (2019) 3 (5) The Journal of Social Science 230- 247

Hatemi H, Aile Hukuku (8. Baskı, Oniki Levha Yayınları 2020)

Kılıçoğlu A, Aile Hukuku (5. Baskı, Turhan Kitapevi 2020)

Koç N, Türk-İsviçre Hukukunda Nişanlanma Sözleşmesi (1. Baskı, DEÜ Rektörlük Matbaası 2002)

Köprülü B ve Kaneti S, Aile Hukuku, (2. Baskı, 1986) Filiz Kitapevi

Oğuzman K ve Dural M, Aile Hukuku, (2. Baskı, Filiz Kitapevi 1998)

Öztañ B, Aile Hukuku (5. Baskı, Turhan Kitapevi 2004)

Öztañ B, “Medeni Kanun'un Kabulünün 70'nci Yılında Aile Hukuku”, (1995), 44 (1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 79-125

Saymen F ve Elbir HK, Aile Hukuku, (2. Baskı, 1960) Hak Kitabevi

Schwarz AB, Aile Hukuku (2. Baskı, 1946) İstanbul Üniversitesi Kitabevi

Şahin E, “Nişanın Sona Ermesinin Hukuki Sonuçları”, (Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi 2016)

Tekinay SS, Türk Aile Hukuku (7. Baskı, Filiz Kitapevi 1990)

Velidedeoğlu HV, Aile Hukuku, (2. Baskı, 1949) İstanbul Matbaacılık

Yavuz N, Uygulamada Nişan Davaları, (1. Baskı, Seçkin Yayıncılık 1995)

## **ELEKTRONİK KAYNAKLAR**

<https://www.mevzuat.gov.tr>

<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>

<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi>

<https://www.resmîgazete.gov.tr/>



## NKÜ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

### ANONİM ŞİRKET GENEL KURUL SERMAYE ARTIRIM KARARININ YÜRÜTÜLMESİNİN DURDURULMASI

*Mustafa Enes BALIN \**

#### ÖZET

Genel kurul kararının yürütülmesinin hangi hallerde geri bırakılabileceği, TTK m. 449'da düzenlemiştir. Çalışmamızda ise, kendisi de bir genel kurul kararı olan, sermaye artırımı kararı TTK m.449 ve HMK m.389 bağlamında incelenecektir. Böylece sermaye artırımı kararının geri bırakılması kararının, ihtiyati tedbir şartlarını taşıyıp taşımadığı açıklanmış olacaktır. Bu incelemede ilk önce sermaye artırımının hukuki niteliği ve tanımı yapılmıştır. Sonrasında sermaye artırımı kararının hangi şartlarda iptal veya butlan yaptırımına tabi olacağı ifade edilmiştir. Son olarak bu kararın mahkemeden hangi şartlar ve usulde istenebileceği anlatılmıştır. Çalışmanın ana gövdesini oluşturan esas tartışma ise bu talebin ayrı bir geçici hukuki koruma mı yoksa özel bir tür ihtiyati tedbir mi olduğudur. Bu tartışmanın sonucu, sermaye artırımı kararının yürütülmesinin geri bırakılmasının iptal veya butlan davası açılmadan önce talep edilip edilemeyeceğini gösterecektir. Her ne kadar sermaye artırımı kararının yürütülmesinin geri bırakılması kararı HMK'da düzenlenen ihtiyati tedbir ile benzerlik gösterse de HMK ile var olan farklılıklar tarafımızca ortaya konulmaya çalışılmıştır.

**Anahtar Kelimeler** Genel Kurul Kararı, İhtiyati Tedbir, Geçici Hukuki Koruma, Sermaye Artırımı, Yürütmenin Geri Bırakılması

\* YL öğrencisi, Helal Finans Araştırmaları Derneği, Türk-Alman Üniversitesi Özel Hukuk, mustafaenes23@gmail.com, ORCID 0000-0001-9614-8680





## SUSPENDING EXECUTION OF THE CAPITAL INCREASE DECISION OF THE GENERAL ASSEMBLY OF THE JOINT STOCK COMPANY

*Mustafa Enes BALIN \*\**

### ABSTRACT

In which cases the execution of the general assembly resolution can be postponed, TCC art. 449. It was edited in 449. In our study, the decision to increase the capital, which is also a decision of the general assembly, will be examined in the context of art.449 of the TCC and art.389 of the HMK. Thus, it will be clarified whether the decision to postpone the capital increase decision fulfills the precautionary measures. In this review, firstly, the legal nature and definition of capital increase has been made. Then, it was stated under which conditions the capital increase decision would be subject to cancellation or nullity sanction. Afterwards, it is explained under which conditions and procedure this decision can be requested from the court. The main debate forming the main body of the study is whether this request is a separate temporary legal protection or a special kind of precautionary measure. The outcome of this discussion will show us whether the postponement of the capital increase decision can be requested before the annulment or nullity lawsuit is filed. Although the decision to postpone the capital increase decision is similar to the precautionary measure issued in the HMK, we have tried to reveal the differences with the HMK.

**Keywords** General Assembly Resolution, Precautionary Measure, Temporary Legal Protection, Capital Increase, Adjournment of Execution

---

\*\* L.L.M student, Helal Finans Araştırmaları Association, Turkish-German Universtiy Civil Law, mustafaenes23@gmail.com, ORCID 0000-0001-9614-8680

### **Extended Summary**

Although the management of joint stock companies is the duty of the board of directors, some works determined by the law are carried out by the general assembly. After a decision taken in the general assembly, various legal remedies can be brought against this decision. The first of these is the action for annulment against the relevant decision. However, filing an action for annulment or nullity against the general assembly resolutions of the joint stock company does not prevent the implementation of this decision by the board of directors. Because non-execution of a general assembly resolution will result in the legal responsibility of the board of directors. If the fulfillment of this decision will cause the personal liability of one of the members of the board of directors, each member of the board of directors may also file an action for annulment pursuant to article 446/1-(d) of the TCC.

To execute the decision of the general assembly about which an annulment or nullity lawsuit has been filed; It may cause irreparable damages for the company itself, shareholders or third parties. In order to prevent this situation, the legislator has introduced the possibility of adjourning the execution of the general assembly resolution, against which an action for annulment or nullity has been filed.

In our study, the general assembly decision to be examined will be the capital increase decision. The capital increase decision is made by issuing new shares or increasing the nominal value of existing shares. Companies go to capital increase for various reasons. Capital increase does not indicate that the company is in a bad economic situation. Since the company cannot manage the decrease in its capital, it may go to an increase, or it may increase its capital in order to make new investments. In addition, in case of falling below the minimum limit set in the law, the company must legally increase its capital. However, as we mentioned above, annulment or nullity lawsuits filed against the capital increase decision will not prevent the execution of the capital increase decision. For this reason, it will be necessary to request the court to suspend the execution of the capital increase decision. TCC art. Since provision 449 contains the phrase "in case an action for annulment or nullity is filed against the resolution of the general assembly", we have examined whether the action for annulment or nullity is a prerequisite for the request to suspend the execution of the capital increase decision.

The request for the postponement of the capital increase decision requested before or after the annulment or nullity lawsuit is requested in order to prevent a possible danger in the current dispute. For example, a third person who is not a shareholder in the company can

acquire a share in the company by purchasing new shares resulting from the capital increase. In this case, the cancellation of a capital increase decision will mean that the third party will lose the assigned share. For this reason, the decision to postpone the capital increase decision will be of vital importance in order to prevent the dangers that may arise in this way.

As explained above, the fact that the decision to postpone the capital increase decision has the feature of preventing the current danger will raise the question whether this decision can be qualified as a precautionary measure. According to some authors, the decision to suspend the execution of the capital increase decision is a precautionary measure. If this decision is to be interpreted as a precautionary measure, HMK m.389 et al. Its provisions will need to be examined. The provisions of the HMK and the provisional injunction are regulated under the title of temporary legal protection. Thus, it was stated by the legislator that the precautionary measure is a separate protection under the title of temporary legal protection. For this reason, it will be discussed whether the request for the postponement of the capital increase decision is a separate temporary legal protection under the title of temporary legal protection or a special precautionary measure under the title of interim injunction.

In this study, the definition and legal definition of the capital increase decision has been made. If it is accepted that an action for annulment or nullity is required for the postponement of the decision to postpone the capital increase decision, it has been stated in which cases the capital increase decision is subject to annulment or nullity sanction. Although the wording of annulment or nullity lawsuit is mentioned in the provision of article 449 of the TCC, it is also stated in which cases the capital increase decision will be subject to nullity sanctions as well as cancellation or nullity sanctions. Afterwards, it was examined whether the court should take the opinion of the board of directors for the request for the postponement of the capital increase decision. Then, whether the request for the postponement of the capital increase decision is a separate temporary legal protection or a special precautionary measure, HMK art. 389 et al. It has been stated under which conditions and procedure this request can be requested from the court.

## GİRİŞ

Anonim şirketlerin yönetimi, her ne kadar yönetim kurulunun görevi olsa da kanun tarafından belirlenmiş bazı işler genel kurul tarafından yapılmaktadır. Genel kurulda alınmış bir karar sonrasında, bu karara karşı çeşitli hukuki yollar ileri sürülebilir. Bunların başında ilgili karara karşı iptal davası gelir. Ancak anonim şirket genel kurul kararlarına karşı iptal veya butlan davasının açılması, yönetim kurulu tarafından bu kararın uygulanmasını engellememektedir. Çünkü bir genel kurul kararının icra edilmemesi, yönetim kurulunun hukuki sorumluluğunu doğuracaktır<sup>1</sup>. Eğer bu kararın yerine getirilmesi yönetim kurulu üyelerinden birinin kişisel sorumluluğuna sebep olaksa ayrıca yönetim kurulu üyelerinden her biri TTK m. 446/1-(d) uyarınca iptal davası açabilecektir.

Hakkında iptal veya butlan davası açılmış genel kurul kararını icra etmek; şirketin kendisi, pay sahipleri veya üçüncü kişiler için telafisi güç zararlara yol açabilecektir. Kanun koyucu bu durumu önlemek için hakkında iptal veya butlan davası açılmış genel kurul kararının yürütülmesinin geri bırakılması<sup>2</sup> imkanı getirmiştir.

Çalışmamızda ise incelenecek genel kurul kararı, sermaye artırımı kararı olacaktır. Sermaye artırımı kararı, yeni payların çıkarılması ya da mevcut payların itibari değerinin artırılması yoluyla gerçekleşmektedir. Şirketler çeşitli sebeplerle sermaye artırımına gitmektedir. Sermaye artırımına gidilmesi şirketin ekonomik olarak kötü bir durumda olduğunu göstermemektedir. Şirket sermayesindeki azalmayı yönetemediğinden bir artırıma gidebileceği gibi yeni yatırımlar yapmak amacıyla da sermaye artırıma gidebilecektir. Ayrıca, kanunda belirlenmiş asgari sınırın altına düşülmesi durumunda kanunun emredici hükmüyle şirket sermaye artırımına gitmelidir. Ancak yukarıda ifade ettiğimiz gibi sermaye artırımı kararına karşı açılan iptal veya butlan davaları, sermaye artırımı kararının icrasını engellemeyecektir. Bu sebeple mahkemeden sermaye artırımı kararının yürütülmesinin geri bırakılmasının talep edilmesi gerekecektir. Bu talebi düzenleyen TTK m. 449 hükmü “*genel kurul kararına karşı iptal veya butlan davası açıldığı takdirde*” ifadesini içerdiği için tarafımızca iptal veya butlan

<sup>1</sup> “Ancak, yönetim kurulu; iptal edilebilir kararın uygulanmasında oluşacak zararları doğru bir şekilde tespit edemeyecek ise kararın uygulanmasından sorumlu tutulmamalıdır” yönünde açıklamalı görüş için bkz. Ersin Çamoğlu, Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu Kamu Borçlarından Sorumluluk İle (3. Bası, Vedat Kitapçılık, 2010) 299; Erdoğan Moroğlu, Anonim Ortaklıklarda Sermaye Artırımı (4 .Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2018) 308

<sup>2</sup> Tanımlama için bir başka görüş “kararın yürütülmesinin geri bırakılması” ifadesi idare hukuku terminolojisini çağrıştırdığından “kararın uygulanması” ifadesinin daha doğru olduğunu savunan görüş için bkz. Abuzer Kendigelen, Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler (2. Baskı, On İki Levha Yayınları, 2017)

davasının sermaye artırım kararının yürütülmesinin geri bırakılması talebi için ön şart olup olmadığı incelenmiştir.

İptal veya butlan davasından önce ya da sonra talep edilen sermaye artırım kararının yürütülmesinin geri bırakılması talebi, mevcut uyuşmazlıkta muhtemel bir tehlikenin önlenmesi amacıyla istenmektedir. Örneğin; şirkette pay sahibi olmayan üçüncü kişi, sermaye artırım sonucu ortaya çıkan yeni payları satın alarak şirkette pay sahibi olabilir. Sermaye artırım kararının iptal edilmesi durumunda üçüncü kişi temlik ettiği payı kaybedecektir. Bu sebeple ortaya çıkabilecek tehlikelerin önlenmesi amacıyla, sermaye artırım kararının yürütülmesinin geri bırakılması kararı hayati öneme bir sahip olacaktır.

Yukarıda da izah edildiği gibi sermaye artırım kararının yürütülmesinin geri bırakılması kararı, sermaye artırım kararının icrasını önleyerek mevcut bir tehlikeyi önleme vasfına haizdir. Bu durum ise sermaye artırım kararının yürütülmesinin geri bırakılması kararının, ihtiyati tedbir olarak nitelenip nitelenmeyeceği sorusunu akla getirmektedir. Bazı yazarlara<sup>3</sup> göre, sermaye artırım kararının yürütülmesinin geri bırakılması kararı ihtiyati tedbir niteliğindedir. Eğer bu karar ihtiyati tedbir olarak yorumlanacak ise HMK m. 389 vd. hükümlerinin incelenmesi gerekecektir<sup>4</sup>. HMK ile ihtiyati tedbir hükümleri, geçici hukuki koruma başlığı altında düzenlenmiştir. Böylece ihtiyati tedbirin geçici hukuki koruma başlığı altında ayrı bir koruma olduğu kanun koyucu tarafından ifade edilmiştir. Bu sebeple sermaye artırım kararının yürütülmesinin geri bırakılması talebinin, geçici hukuki koruma başlığı altında ayrı bir geçici hukuki koruma mı yoksa ihtiyati tedbir başlığı altında özel nitelikli bir ihtiyati tedbir mi olduğu tartışılacaktır.

Çalışmamızda sermaye artırım kararının tanımı yapıp ve hukuki niteliği tartışılmıştır. Sermaye artırım kararının yürütülmesinin geri bırakılması kararının verilebilmesi için iptal veya butlan davasının açılmasının ön şart olup olmadığı incelenmiştir. TTK m. 449 hükmünde yalnızca iptal veya butlan davası ifadesinin geçmesi nedeniyle sermaye artırım kararının yokluğunun tespiti davalarının bu hükümden ayrık olup olmadığı incelenmiştir. Daha sonrasında mahkemenin, sermaye artırım kararının yürütülmesinin geri bırakılması talebi için yönetim kurulunun görüşünü alıp almaması gerektiği incelenmiştir. Ardından sermaye artırım

<sup>3</sup> Baki Kuru, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku (1. Baskı, Yetkin Yayıncılık, 2016) 659; Erdoğan Moroğlu, Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü (8. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2017) 309; Gönen Eriş, Anonim Şirketler Hukuku (1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 1995) 496; Zehra Sanem Yılmaz, Sermaye Şirketlerin Geçici Hukuki Korumaları (1. Baskı, Adalet Yayınevi, 2010) 72

<sup>4</sup> Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Muhammet Özeker, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı (9. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2021) 567

kararının yürütülmesinin geri bırakılması talebinin, ayrı bir geçici bir hukuki koruma mı yoksa özel bir ihtiyati tedbir mi olduğu HMK m. 389 vd. ile incelenip talebin mahkemeden hangi şartlar ve usulde istenebileceği ifade edilmiştir.

## I. SERMAYE ARTIRIM KARARI VE HÜKÜMSÜZLÜK NEDENLERİ

### A) SERMAYE ARTIRIMI TANIMI

Esas sermaye sisteminde, hukuki niteliği itibarıyla esas sözleşme değişikliği olan<sup>5</sup> sermaye artırım kararına genel kurul karar vermektedir. Sermaye artırım kararı, yeni payların çıkarılması ya da mevcut payların itibari değerinin artırılması yoluyla yapılmaktadır<sup>6</sup>. Esas sermaye sistemine göre sermaye artırımını, dış kaynaklardan sermaye artırımını ve iç kaynaklardan sermaye artırımını şeklinde yapılmaktadır<sup>7</sup>. Dış kaynaklardan yapılan sermaye artırımını, pay sahiplerinin anonim şirkete malvarlığı getirmesiyle veya şirkette pay sahibi olmayan üçüncü kişilerin artırım kararı sonucu çıkarılan payları satın alması ile gerçekleşmektedir<sup>8</sup>. İç kaynaklardan yapılan sermaye artırımını ise anonim şirketin bünyesinde bulunan esas sözleşme veya genel kurul kararıyla ayrılmış ve belirli bir amaca özgülenmemiş yedek akçeler ile kanuni yedek akçelerin serbestçe kullanılabilen kısımları ve mevzuatın bilançoya konulmasına ve sermayeye eklenmesine izin verdiği fonların sermayeye eklenmesi sonucu gerçekleşmektedir<sup>9</sup>.

### B) SERMAYE ARTIRIMININ NEDENLERİ

Sermaye artırımının nedenleri artırımın yapılabildiği şekline göre değişiklik arz etmektedir. Dış kaynaklardan yapılan sermaye artırımını kararının nedenleri; kanunun belirlediği şartların gerçekleşmesi, anonim ortaklığı büyütme, yeni yatırımlarda bulunma, bir işletmeyi devralma, muaccel hale gelen borçların ya da banka kredilerin ödenmesi gibi yatırım amaçlı veya mevcut nakit krizini giderme şeklinde. İç kaynaklardan yapılan sermaye artırımının

<sup>5</sup> Sermaye artırım kararının hukuki niteliğinin yeniden kuruluş veya esas sözleşme değişikliği tartışması için bkz. Erdoğan Moroğlu, Makaleler (1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2010); Reha Poroy, Ünal Tekinalp, Ersin Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku II (14. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2020) N. 1339

<sup>6</sup> Erdoğan Moroğlu, Anonim Ortaklıklarda Sermaye Artırımı (4. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2018) 5

<sup>7</sup> Moroğlu, Sermaye Artırımı (n 6) 5 ( *eTTK döneminde doktrin ve yargı içtihatları tarafından kabul edilen iç kaynaklardan sermaye artırımını, TTK ile pozitif hukuk normu haline gelmiştir.*)

<sup>8</sup> İbid 6-7

<sup>9</sup> İbid 7

nedenleri ise anonim şirketin karlılık oranı ve paylar ile pay senetlerinin piyasa fiyatının düşürülmek istenmesidir<sup>10</sup>.

### C) SERMAYE ARTIRIM KARARININ HÜKÜMSÜZLÜK HALLERİ

Genel kurul tarafından alınan sermaye artırımı kararı yokluk, butlan, iptal edilebilirlik veya askıda hükümsüzlük hallerine tabi olabilecektir. Genel kurul kararının kurucu unsurlarının mevcut olmaması halinde bu karar yoklukla malul olacaktır.<sup>11</sup> Yine genel kurul kararının kanunda belirlenen toplantı veya karar nisaplarına aykırı şekilde alınması halinde ilgili karar yoklukla malul olacaktır<sup>12</sup>. Ancak doktrinde bir görüş Ticaret Bakanlığının veya imtiyazlı pay sahipleri kurulunun onayı olmadan alınan genel kurul kararlarının askıda hükümsüz olacağını ifade etmektedir<sup>13</sup>. Bu askıda hükümsüzlük hali geçerli bir genel kurul kararının hüküm doğurması için ayrıca şartların arandığı durumda ortaya çıkacaktır<sup>14</sup>. Örneğin, geçerli bir genel kurul kararı alındıktan sonra, imtiyazlı pay sahiplerinin onayının veya ticaret siciline tescil şartının aranması bu işlemler gerçekleşene kadar mevcut genel kurul kararının askıda hükümsüz olacağını ifade edecektir<sup>15</sup>. Ancak doktrinde sadece pay sahiplerini ilgilendiren hususların, yokluk yerine iptal edilebilirlik yaptırımına tabi tutulması da savunulmaktadır. Çünkü bu hususların kamu düzenini ilgilendirmeyeceği düşünülmektedir. Böylece daha ağır bir durumun önüne geçilebilmesi amaçlanmaktadır<sup>16</sup>.

Diğer bir hükümsüzlük hali olan butlan ise hukuki işlemin kurucu unsurlarını içermesine rağmen geçerlilik şartlarını ihtiva etmemesi durumudur<sup>17</sup>. Genel kurul kararının butlanı davası eTTK döneminde TBK'nın genel hükümlerine dayanılarak talep edilmekteydi<sup>18</sup>. Ancak TTK

<sup>10</sup> İbid 13-20; Poroy, Tekinalp, Çamoğlu (n 5) N. 1330; Hayri Domaniç, Türk Ticaret Kanunu Şerhi II (1. Basım, Vedat Kitapçılık, 1988) 950- 958; Hasan Pulaşlı, Şirketler Hukuku Genel Esaslar (7. Baskı, Adalet Yayınevi, 2010) 495

<sup>11</sup> Hasan Pulaşlı, Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının Sakatlığı Ve Müeyyidesi (2014) 71 (2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 336, 340; Reha Poroy, Ünal Tekinalp, Ersin Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku I (14. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2020) N. 534; Hasan Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerhi (3. Baskı, Adalet Yayınevi, 2018) 1331

<sup>12</sup> İsmail Cem Soykan, Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Ortaklıklarda Sermaye Taahhüdü Yoluyla Sermaye Artırımı ( 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2019) 581; Poroy, Tekinalp, Çamoğlu (n11) N. 535; Pulaşlı, Şerhi (n 11) 1332

<sup>13</sup> Moroğlu, Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü (7. Baskı, On İki Levha Yayınları, 2014) 36

<sup>14</sup> Moroğlu, "Hükümsüzlük" (n 13) 33

<sup>15</sup> Moroğlu, "Hükümsüzlük" (n 13) 35

<sup>16</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Erdoğan Moroğlu, Makaleler (1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2010) 171-180

<sup>17</sup> Pulaşlı, (n 10) 342-343

<sup>18</sup> Moroğlu, "Hükümsüzlük" (n 13) 25

m. 447 hükmü ile butlan sebepleri özel bir hükme alınmıştır. Bir hukuki işlemin veya konumuz özelinde bir genel kurul kararının yokluk veya butlan halleriyle malul olması, alınan bu kararın baştan itibaren geçersiz olması sonucunu doğurmaktadır<sup>19</sup>. Bu tür kararlara karşı dava açılması kanunen hak düşürücü süre ile kısıtlanmamış ve ilgili herkesin yokluk ve butlan davası açabileceği kabul edilmiştir<sup>20</sup>. Bu durum doktrinde, ticaret hayatının yapısının düşünülmesi ve ayrıca hukuk güvenliği ile öngörülebilirliğinin korunması amacıyla bu hallere karşı açılacak davaların belirli bir süre ile sınırlandırılması, somut olayın koşullarına göre bir değerlendirme yapılması şeklinde savunulmuştur<sup>21</sup>.

Son olarak iptal edilebilirlik hali; sermaye artırımı kararının kanuna, esas sözleşmeye veya dürüstlük kuralına aykırılık içermesi durumunda söz konusu olacaktır. Örneğin; sermaye taahhütlerinin tamamı ödenmeden alınan sermaye artırımı kararı<sup>22</sup>, genel kanuni yedek akçelerin sermayenin yarısını aşmadığı müddetçe iç kaynaklardan yapılan sermaye artırımı kararı<sup>23</sup>, yönetim kurulunun TTK m. 457 uyarınca sermaye artırımı türüne göre kanunen hazırlamak zorunda olduğu beyanı hazırlanmadan alınan sermaye artırımı kararı<sup>24</sup>, kanun hükümlerine aykırılık teşkil edeceğinden iptal edilebilirlik haline tabi olacaktır.

Uygulamada sermaye artırımı kararlarının hükümsüzlüğüne karar verilmesi, çoğunlukla kanun hükümlerine aykırılıktan ziyade dürüstlük kuralına aykırılıktan kaynaklanmaktadır<sup>25</sup>. Bunun en temel sebebi ise iptal edilebilirlik ile maluliyet sonucu doğuracak kanuna aykırılıkların, uygulamada daha tescil aşamasında ilgili ticaret sicili müdürlüğü tarafından reddedilerek engellenmesidir<sup>26</sup>.

Dürüstlük kuralına aykırılık ise sermaye artırımının ekonomik amacına<sup>27</sup> aykırı bir şekilde yapılması ile hakların en az zarar verecek şekilde kullanılması ilkesine<sup>28</sup> aykırı olması

<sup>19</sup> İbid 25-26

<sup>20</sup> Moroğlu, “Hükümsüzlük” ( n 13) 28

<sup>21</sup> İbid 28

<sup>22</sup> Ayıntılı bilgi için bkz. Erdoğan Moroğlu, Makaleler (1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2010) 49-57

<sup>23</sup> Moroğlu, Sermaye Artırımı ( n 6) 217-218 ; Aksi yönde görüş için bkz. Alihan Aydın, “Kanuni Yedek Akçelerin Tamamının İç Kaynaklardan Esas Sermaye Artırımında Kullanılması Mümkün müdür?” (2014) 30 (2) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 79-88

<sup>24</sup> Yargıtay 11 HD, 15791/3203, 30.05.2017 (www.lexpera.com.tr); Bu şekilde yapılan sermaye artırımının batıl olduğu yönünde görüş için bkz. Poroy, Tekinalp, Çamoğlu, (n 5) N. 1344

<sup>25</sup> İbid N. 1335

<sup>26</sup> Soykan, (n 12) 583; Ali Paslı, Yargıtay Kararları Işığında Sermaye Artırımı Yürürlüğünün 5. Yılında ve Yargıtay Kararları Işığında Türk Ticaret Kanununun Sempozyumu (Tebliğler ve Tartışmalar) (1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2018) 55-56

<sup>27</sup> Soykan, (n 12) 584

<sup>28</sup> ibid 594



halinde gündeme gelecektir. Mahkeme hakların en az zarar verecek şekilde kullanılması ilkesini, somut olayın şartlarına göre değerlendirecektir<sup>29</sup>.

Bu ilke, pay sahipliği hakkı aleyhine ya da eşit işlem ilkesine aykırı bir işlem tesis edildiği zaman pay sahiplerini korumak gayesiyle ortaya çıkmıştır<sup>30</sup>. Bu ilkeye göre, anonim şirketin menfaati doğrultusunda bir karar alınacağı zaman çoğunluğun dışında kalan pay sahipleri için zararı olmayan veya en zararsız yol seçilmelidir<sup>31</sup>. Sermaye artırımı kararının, şirketin ihtiyaç duyduğu bedelden fazla alınması ile bilançoda sermayeye eklenmesine izin verilen fonların sermayeye koyulmaması bu ilkeye aykırılığa örnek olarak verilebilecektir<sup>32</sup>.

Dürüstlük kuralı; karar alma sürecindeki şeffaflığı, anonim şirketin ortak menfaatini ve son olarak pay sahiplerinin bilgi alma ve inceleme hakkına halel getirmeme menfaatlerini korumaktadır<sup>33</sup>. Bu kurala aykırılık için zarar amacının varlığı, kast unsuru aranmadan yeterli kabul edilmektedir<sup>34</sup>.

## II. SERMAYE ARTIRIM KARARININ YÜRÜTÜLMESİNİN GERİ BIRAKILMASI

### A. TÜRK TİCARET KANUNU'NDAKİ ŞARTLAR

Sermaye artırımı kararı; anonim şirketin kendisini, pay sahiplerini ve üçüncü kişilerinin menfaatini etkilemektedir. Bu karar aleyhine açılan iptal davası, kesinleştikten sonra (*ex tunc*) geriye doğru etkili olacaktır<sup>35</sup>. Bu sebeple muhtemel zararların önlenmesi açısından sermaye artırımı kararının yürütülmesinin geri bırakılması kararı hayati önem arz etmektedir.

Genel kurul kararının yürütülmesinin geri bırakılması için TTK m. 449, ilk önce iptal veya butlan davasının açılmasını daha sonra ise yönetim kurulunun görüşünün alınması gerektiğini ifade etmiştir.

<sup>29</sup> Soykan, (n 12) 583; Paslı, (n 26) 595

<sup>30</sup> Soykan, (n 12) 595

<sup>31</sup> İbid 597; Moroğlu, "Hükümsüzlük" (n 3) 242

<sup>32</sup> Soykan, (n 12) 598-599;

<sup>33</sup> Ünal Tekinalp, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku (4. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2020) N. 15-05

<sup>34</sup> Poroy, Tekinalp, Çamoğlu (n 5) N. 1335

<sup>35</sup> Pulaşlı, Şirketler (n 10) 510; Soykan, (n 12) 654; Eriş, (n 3) 499; Poroy, Tekinalp, Çamoğlu, (n 5) N. 1416d

## 1. Genel Kurul Kararı Hakkında Butlan Veya İptal Davasının Açılmış Olmasının Gerekmesi

TTK m. 449'un “*genel kurul aleyhine iptal veya butlan davası açıldığı takdirde*” şeklindeki ifadesi, sermaye artırım kararının yürütülmesinin geri bırakılması talebinde bulunmak için ilk önce iptal veya butlan davasının açılmasının gerekip gerekmediği şeklinde, doktrinde tartışmaya neden olmuştur. Doktrinde bir görüş, bu ifadenin açıkça genel kurul kararının yürütülmesinin geri bırakılması talebinde bulunmak için iptal veya butlan davası açılması gerektiği anlamına geldiğini savunmuştur<sup>36</sup>. Ancak bir başka görüş ise iptal veya butlan davası açılmadan bu kararın verilemeyeceği yönünde açıkça bir düzenleme yapılmadığı için bu şekilde bir yorum yapılamayacağı kanaatindedir<sup>37</sup>. eTTK kapsamında ifade edilen görüşlere bakıldığında ise iptal veya butlan davası açılmadan böyle bir talepte bulunulabileceğinin savunulduğu görülmektedir<sup>38</sup>.

Kanaatimizce tedbir yargılamasının dava niteliğine haiz olmaması<sup>39</sup> ve kanunda bu kararın ancak davanın açılması halinde verilebileceği bu talebin iptal veya butlan davası açıldığı durumda istenebileceğini göstermektedir. Böylece, dava açılmadan tedbire karar verilemeyeceği kabul edildiğinde HMK'da düzenlenen tamamlayıcı merasim gerçekleşmeyecektir.

Doktrinde bir görüş sermaye artırım kararlarına karşı yürütmenin geri bırakılması kararı verilemeyeceğini buna gerekçe olarak da sermaye artırım kararının TTK m. 465/3 uyarınca üç ay içerisinde tescil edilmesi gerektiğini ancak iptal davalarının TTK m. 448/2 uyarınca üç aylık hak düşürücü sürenin geçmeden duruşmaya başlanamayacağını bu sebeple verilecek herhangi bir yürütmenin geri bırakılması kararının üç ay içerisinde tescil edilemeyecek olması nedeniyle iptal davasının sona erdirildiğini savunmuştur<sup>40</sup>. TTK'nın sermaye artırım kararının üç ay

<sup>36</sup> Moroğlu, “Hükümsüzlük” (n 3) 309; Pulaşlı, Şerhi (n 12) 1114; Gönen Eriş, Anonim Şirket (n 3) 3041, “Nitekim İstanbul 1. Asliye Ticaret Mahkemesi 31.12.1983 tarihli kararında dava açılmadan bu şekilde bir talepte bulunabileceğine dair karar verse de temyiz kararının devamına verse de dava açılmadan böyle bir karar verilemeyeceğini açık bir şekilde ifade etmiştir. Bkz. Moroğlu, “Hükümsüzlük” (n 3) 309

<sup>37</sup> İsmail Kırca, Feyzan Hayal Şehirali Çelik, Çağlar Manavgat, Anonim Şirketler Hukuku II (1. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi Yayınları, 2013) 243

<sup>38</sup> “İptal davalarından üç aylık süre geçmeden duruşma görülemeyeceğinden eğer tedbir talebi dilekçede talep edilmişse mahkemenin derhal bu kararı vermesi gerektiği ancak çok acele durumlarda HUMK m.104'ten faydalanarak iptal davasından önce böyle bir davanın açılacağı daha sonrasında on gün içerisinde iptal davasının açılması gerektiği” yönünde bkz. Reha Poroy, Ünal Tekinalp, Ersin Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku II (10. Baskı, Arıkan Yayınları, 2005), N. 745; Dava açılmadan önce tedbir talep edilebileceğine ilişkin ayrıca bkz. Hakan Pekcanitez, Anonim Ortaklıklarda Denetçiler Tarafından Açılacak Davalar (1987) 3 (1) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 439, 486

<sup>39</sup> Hakan Pekcanitez, Muhammet Özkes, Mine Akkan, Hülya Taş Korkmaz, Pekcanitez Usul- Medeni Usul Hukuku (16. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2018) 249

<sup>40</sup> Moroğlu, “Hükümsüzlük” (n 13) 311

içerisinde tescil edilmesi gerektiği ve iptal davasında üç aylık hak düşürücü süre geçmeden önce duruşmaya başlanamayacağı yönündeki düzenlemeleri, sermaye artırım kararının yürütülmesinin geri bırakılması kararının hangi aşamada verileceği konusunda tereddüt yaşatmaktadır<sup>41</sup>.

Kanaatimizce bu tartışma sermaye artırım kararının yönetim kurulu tarafından tescil edilip edilememesine göre somutlaşacaktır. Ticaret Sicil Müdürlüğü, TTK m. 32/2 uyarınca sermaye artırım kararının esas sözleşmeye ve kanunun emredici hükümlerine uygun alınıp alınmayacağını incelemekle yükümlüdür. Zaten bu şartlara aykırılık söz konusu olduğunda sicil memurunun gözünden kaçsa dahi sicile itiraz aşamasında herhangi bir iptal veya butlan davası açmadan sermaye artırım kararı uygulanmayacak ve sermaye artırım kararının yürütülmesinin geri bırakılması kararına ihtiyaç kalmayacaktır. Ancak sermaye artırım kararının tescil edilmesinden sonra tescile itiraz süresi kaçırılmamalıdır. Çünkü sermaye artırım kararının ticaret siciline tescil edildikten sonra icra edilmesi, bu karara karşı ihtiyati tedbir konulmasını engellemektedir<sup>42</sup>. Bu durumda mahkeme, icra edilmiş bir genel kurul kararına karşı ancak bu kararın hükümsüzlüğüne karar verebilecektir<sup>43</sup>. Bu sebeple bu kararın tescil edilmesinden sonra ihtiyati tedbir talep hakkının kaybolmaması için TTK m. 34 uyarınca tescilden itibaren sekiz gün içerisinde sicilin bulunduğu yerdeki görevli asliye ticaret mahkemesine itiraz etmek gerekecektir<sup>44</sup>.

TTK m. 32/4 uyarınca çözümü mahkeme kararına bağlı bulunan hususlar için geçici tescil imkanı düzenlenmiştir. Böylece geçici tescil imkanının uygulanmasının önü açılarak sermaye artırım kararının üç ay içerisinde ticaret siciline tescil edilmesi sorunu çözülmüş olacaktır. Başka bir deyişle, açıkça sermaye artırım kararı kanuna veya esas sözleşmeye aykırı şekilde alınmışsa zaten bu sorun tescile itiraz aşamasında çözülecektir. Ancak söz konusu sermaye artırım kararı dürüstlük kuralına aykırı şekilde alınmışsa tescile itiraz edilmelidir. Bu itiraz ile tescilin bulunduğu yer olan ticaret mahkemesinden geçici tescil yapılmasını ve dürüstlük kuralına aykırı şekilde alınan sermaye artırım kararına karşı iptal davasının açılmasının süre verilmesi talep edilmelidir. İptal davası açıldıktan sonra sermaye artırım

<sup>41</sup> Pekcanitez, Özkes, Akkan, Taş Korkmaz, (n 39) 249

<sup>42</sup> Ömer Teoman, İcra Edilmiş Bir Anonim Ortaklık Genel Kurul Kararının Uygulanmasının Durdurulması Konusunda Mahkemece İhtiyati Tedbir Kararı Verilip Verilemeyeceği Tüm Makalelerim I-II (2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2012) 991

<sup>43</sup> Teoman, (n 42) 991

<sup>44</sup> İbid 993

kararının yürütülmesinin geri bırakılması talebinde bulunularak duruşmaya başlanmadan mahkemenin yürütmenin geri bırakılmasına karar verebileceği kanaatimizce kabul edilmelidir.

Son olarak, TTK m. 449 açıkça genel kurul kararlarının yokluk halinin tespiti için bir düzenleme getirmemiştir. Hakkında yok hükmü verilmesi gereken bir kararın uygulanması hukuk güvenliğine aykırılık teşkil edeceğinden; yokluk ile malul olan bir sermaye artırım kararı için ihtiyati tedbir talebi HMK hükümleri uyarınca alınmalıdır<sup>45</sup>. Böylece yokluğun tespiti davası açılmadan önce tedbir talebinde bulunulabileceği kabul edilmiş olacaktır.

## 2. Yönetim Kurulunun Görüşünün Alınması

TTK m. 449, genel kurul kararının yürütülmesinin geri bırakılması kararı verilmeden önce yönetim kurulu üyelerinin görüşünün alınması gerektiğini düzenlemiştir<sup>46</sup>. Bu hüküm, ihtiyati tedbir talebini düzenleyen HMK m. 389/2 hükmü ile farklılık arz etmektedir. HMK m. 389/2 hükmü zorunluluk bulunan hallerde karşı taraf dinlenmeden hâkimin tedbir kararı verebileceğini ifade ederken, TTK m. 449 hükmü ile sermaye artırım kararının geri bırakılması için yönetim kurulunun görüşünün alınması gerektiğini ifade etmiştir. HMK uyarınca ihtiyati tedbir talep edildiğinde, hâkim somut olayın koşullarına göre karşı tarafın hukuki dinlenilme hakkını ertelemek suretiyle tedbir kararı verebilmektedir<sup>47</sup>. Mahkeme böylece yönetim kurulu üyelerine; genel kurul kararının yürütülmesinin geri bırakılması kararının uygulanması durumunda, şirketin somut olarak ne türden bir zarara uğrayacağını sormuş olacaktır<sup>48</sup>.

Yönetim kurulu, sermaye artırım kararına karşı iptal davası açmış ve bu karara karşı genel kurul kararının yürütülmesinin geri bırakılmasını talep etmiş ise yönetim kurulu üyelerinin ayrıca dinlenilmesine gerek kalmayacaktır. Ayrıca sermaye artırım kararının yürütülmesinin geri bırakılması talebi, davalı anonim şirket tarafından kabul edilmiş ise bir daha yönetim kurulu üyelerinin dinlenilmesine ihtiyaç bulunmamaktadır<sup>49</sup>. Ancak bu dava yönetim kurulunun çoğunluğunun dışında kalan kişilerce açılmış ise çoğunluğu oluşturan yönetim kurulu üyelerinin görüşünü almak icap edecektir<sup>50</sup>. Yönetim kurulu üyelerinin görüşü,

<sup>45</sup> Pulaşlı, (n 11) 341; Doğukan Algan, Genel Kurul Kararının Yürütmesinin (Tedbiren) Geri Bırakılması (TTK m.449) (1.Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2019) 45-51

<sup>46</sup> Domaniç, (n 10) 920

<sup>47</sup> Pekcanitez, Atalay, Özkes, (n 4) 570

<sup>48</sup> Poroy, Tekinalp, Ersin Çamoğlu, (n 5) N. 749

<sup>49</sup> Moroğlu, "Hükümsüzlük" (n 13) 310

<sup>50</sup> İbid 312

yönetim kurulu üyelerinin nasıl dinleneceğine ilişkin bir düzenleme olmaması<sup>51</sup> sebebiyle duruşmaya çağırılarak sözlü veya yazılı şekilde alınacaktır<sup>52</sup>.

Mahkeme; sermaye artırımı kararının yürütülmesinin geri bırakılması talebinden sonra yönetim kurulu üyelerinin değişmesi durumunda, eski yönetim kurulu üyelerinin dinlenilmesine karar verebilecektir<sup>53</sup>.

## B. SERMAYE ARTIRIM KARARININ YÜRÜTÜLMESİNİN GERİ BIRAKILMASI KARARININ HUKUKİ NİTELİĞİ

Sermaye artırımı kararının yürütülmesinin geri bırakılması kararının verilebilmesi için HMK'daki şartları açıklamadan önce bu kararın hukuki niteliğini tartışmak gerekecektir. Sermaye artırımı kararının yürütülmesinin geri bırakılması talebi ile mevcut uyuşmazlık hakkında mahkemeden sermaye artırımı kararının yönetim kurulu tarafından icrası engellenmek istenmektedir. Bu talebin hukuki niteliği doktrinde tartışmalıdır. Çünkü bu talep ile mahkeme, davanın esasına girmeden muhtemel bir zararı önlemek için mevcut uyuşmazlığa konu olan sermaye artırımı kararının icrasını engelleyebilecektir. Böylece mahkeme, sermaye artırımı kararının yürütülmesinin geri bırakılması kararını vererek sermaye artırımı kararı için geçici hukuki koruma yoluna gidecektir. Ancak bu geçici hukuki korumanın ayrı bir geçici hukuki koruma mı yoksa özel nitelikte bir ihtiyati tedbir olacağı tartışılmalıdır. Bilindiği üzere HMK, geçici hukuki korumalar kavramını üst başlık olarak düzenlemiştir. Böylece geçici hukuki koruma üst başlık olarak ifade edilecek, her bir hukuki koruma yolu ise hakkın türü ve amacına göre sınıflandırılacaktır<sup>54</sup>.

Bu kararın özel bir geçici hukuki koruma niteliğine haiz olduğu kabul edildiğinde, sermaye artırımı kararının yürütülmesinin geri bırakılması kararı HMK m. 397'de düzenlenen bir ihtiyati tedbir olarak tanımlanamayacak ve bu hükümlere dayanarak böyle bir karar verilemeyecektir. Böylece mahkemeden, sermaye artırımı kararının yürütülmesinin geri bırakılması kararı için ihtiyati tedbir verilmesi şeklinde bir talepte bulunulamayacak,

<sup>51</sup> Eriş, (n 3) 497; Gönen Eriş, Ticari İşletme ve Şirketler ( 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2017) 3040

<sup>52</sup> Moroğlu, "Hükümsüzlük" (n 3) 310; "TTK'nın 449.maddesi gereğince yönetim kurulu üyelerinin görüşlerinin alınması için yönetim kurulu üyelerine (... ve ...) tebliğden itibaren 7 gün içerisinde beyanda bulunmaları için meşruhatlı davetiye gönderilmiş, yönetim kurulu üyelerince 16/12/2019 tarihli dilekçe ile görüş bildirdikleri görülmüştür." İstanbul BAM, 13. HD, 614/492, 17.4.2020 (www.lexpera.com.tr)

<sup>53</sup> İbid 310

<sup>54</sup> Pekcamtez, Özekes, Akkan, (n 5) 2446

mahkemenin de bu kararı ihtiyati tedbir kararı olarak vermemesi gerekecektir.<sup>55</sup> Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurul Kararı “*Keza, diğer özel hükümlerde açıkça farklı bir geçici hukuki korumadan bahsedilmişse, bu durumda da o çerçevede bir karar verilmeli, ihtiyati tedbir kararı verilmemelidir (Pekcanitez/Atalay/Özekes, a.g.e., s. 877)*” şeklindedir<sup>56</sup>. Hakeza, mahkemenin sermaye artırım kararının yürütülmesinin geri bırakılması talebini reddetmesi halinde bu red kararına karşı kanun yolu öngörülemezdir. Doktrindeki bir başka görüş ise diğer kanunlarda geçen geçici hukuki korumaların ya ihtiyati tedbir niteliğinde ya da delil tespiti niteliğinde olduğunu ifade etmiştir<sup>57</sup>.

Genel kurul kararının yürütülmesinin geri bırakılmasına ilişkin talep konusu hakkın türü para alacağını oluşturmadığından, bu talebin ihtiyati haciz olmadığı kolaylıkla ifade edilebilecektir<sup>58</sup>. Doktrinde bir görüş; tedbirin türüne ilişkin bir değerlendirme yapmadan genel kurul kararının yürütülmesinin geri bırakılması talebini, ihtiyati tedbir olarak kabul etmektedir<sup>59</sup>. Nitekim Yargıtay’ın bir kararında da bu talebin ihtiyati tedbir olduğu ifade edilmiştir<sup>60</sup>. Ancak başka bir görüş ise bu talebi, tedbirin amacı bakımından bir tasnif yaparak, eda tedbiri altında tanımlamıştır<sup>61</sup>. Amaç yönünden yapılan başka bir tasnif ise bu talebin düzenleme amaçlı olduğu yönündedir<sup>62</sup>.

Görüldüğü üzere doktrinde ve Yargıtay uygulamasında, sermaye artırım kararının yürütülmesinin geri bırakılması kararının ayrı bir geçici hukuki koruma olmadığı ihtiyati tedbir hükümlerine tabi olması gerektiği ifade edilmiştir. Bazı yazarlar ihtiyati tedbir olduğunu kabul edip ihtiyati tedbir türleri arasında bir tasnife gitmiştir. Doktrinde eda tedbiri ve düzenleme tedbiri tasnifi arasında ihtilaf bulunmakta olup düzenleme tedbirlerinin eda tedbiri başlığı altında değerlendirilmesi gerektiği savunulmaktadır<sup>63</sup>. Bu tartışma, çalışmamız kapsamında

---

<sup>55</sup> İbid 2453

<sup>56</sup> Yargıtay HGK, E.2013/21-1791 K. 2013/1676, 20.12.2013 ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr))

<sup>57</sup> Kuru, (n 3) 657

<sup>58</sup> Algan, (n 43) 23

<sup>59</sup> Domaniç, (n 10) 919; Ejder Yılmaz, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi (4. Baskı, Yetkin Yayıncılık, 2021) 740; Haluk Nami Nomer, Kişi Birliklerinde Genel Kurul Kararlarının Geçersizliğine İlişkin Esaslar (1. Baskı, Beta Yayınevi, 2008) 199-200; Kuru, (n 3) 659; Moroğlu, “Sermaye Artırımı” (n 3) 324; Kırca, Şehirli Çelik, Manavgat, (n 37) 242; Algan (n 45) 24

<sup>60</sup> 11. HD, E.2013/10626 K.2013/15144, 09.09.2013; İstanbul BAM, E. 2017/143 K. 2017/162, 20.04.2017 ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr))

<sup>61</sup> Evrim Erişir, Geçici Hukuki Korumanın Temelleri ve İhtiyati Tedbir Türleri (1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2013) 388; Pekcanitez, Özekes, Akkan, Taş Korkmaz, (n 39) 2510-2511

<sup>62</sup> Saim Üstündağ, İhtiyati Tedbirler (1. Baskı, Fakülteler Matbaası, 1981) 32-33; Nevhis Deren-Yıldırım N, Haksız Rekabet Hukuku ile Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukukun’da İhtiyati Tedbirler (2. Baskı, Alkım Yayınevi, 2002) 94; Yılmaz (n 3) 78

<sup>63</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Erişir, (n 61) 497-507

olmadığından sadece sermaye artırım kararının yürütülmesinin geri bırakılması kararının özel bir ihtiyati tedbir türü olarak kabul edilmesi gerektiğini ifade edeceğiz.

## C. HUKUK MUHAKEMLERİ KANUNUNDAKİ ŞARTLAR

### 1. Tedbir Talebinin Konusu

Sermaye artırım kararının yürütülmesinin geri bırakılmasını talep eden taraf, bu sermaye artırım kararının uygulanması ile ciddi bir zararın doğacağını ya da hakkın elde edilmesinin zorlaşacağını veya imkânsız olacağını ifade etmelidir. Bu sebeple mahkeme, bu talep için karar verirken sermaye artırım kararı öncesi hakların elde edilip edilemeyeceğini incelemelidir<sup>64</sup>. Böylece, davanın açıldığı ilk günkü menfaatin korunması amacı ile telafisi imkânsız zararların doğması önlenecek ve hakkın elde edilmesi sağlanacaktır<sup>65</sup>.

Sermaye artırım kararının uygulanmasıyla, hem pay sahipleri hem de anonim şirket açısından çok ciddi etkiler doğmaktadır. Örneğin; pay sahipleri, artırım kararının iptal edilmesi sonucu taahhüt ettiği sermayeyi faiziyle geri alacaktır. Ayrıca, sermaye artırım sonucu ortaya çıkan yeni payları satın alan şirkette pay sahibi olmayan üçüncü kişilerin aldığı paylar silineceğinden, şirketin bu kişilerden aldığı bedeller iade edilecektir.<sup>66</sup>

### 2. Yaklaşık İspat

Mahkeme; ihtiyati tedbir talep eden tarafın, iddiasını yaklaşık ispat ölçütünde ispatlaması halinde bu talebi kabul edecektir<sup>67</sup>. Bu sebeple tedbir talep eden tarafın, sermaye artırım kararının yürütülmesinin geri bırakılması talebinin kabul edilmesi için mahkemede oluşacak kanaati güçlendirecek delilleri dilekçe ekinde sunması veya mahkemede delillerin dosyaya getirtilmesini istemesi gerekmektedir<sup>68</sup>.

<sup>64</sup> İstanbul BAM 13. HD, E. 2019/1473 K. 2019/1212, 18.9.2019 (www.lexpera.com.tr)

<sup>65</sup> Pekcanitez, Atalay, Özkes, (n 3) 565

<sup>66</sup> Poroy, Tekinalp, Çamoğlu, (n 3) 1416d

<sup>67</sup> Pekcanitez, Atalay, Özkes, (n 3) 571

<sup>68</sup> Algan, (n 45) 136

Anonim şirket genel kurul kararları, AYŞ<sup>69</sup> m. 26 gereği toplantı tutanağına kaydedilmektedir. Böylece, genel kurul kararlarına karşı açılan tüm hükümsüzlük davalarında en önemli delil toplantı tutanağı olmaktadır<sup>70</sup>. Buna ek olarak ileri sürülen vakıaya has olmak üzere, ticari defterler de delil olarak kabul edilecektir<sup>71</sup>. Son olarak keşif, bilirkişi ve kanuni şartları yerine getirmek şartıyla tanık delillerine başvurulabilecektir<sup>72</sup>. Nitekim yargı kararlarında da, tüm ticari defter ve kayıtların incelenmeden sadece dosya üzerinden bir tedbir kararının verilemeyeceği ifade edilmiştir<sup>73</sup>.

Doktrinde, hükümsüzlük haline göre ispat derecelendirmesi yapan yazarlar bulunmaktadır. Bir görüşe göre batıl genel kurul kararlarına karşı doğrudan yürütülmesinin geri bırakılması kararı verilmelidir<sup>74</sup>. İptal edilebilir genel kurul kararlarında; tedbir talep eden kişinin, kötü niyetli olduğu veya iddialarının açık bir şekilde gerçeği yansıtmadığının anlaşılmasıyla bu talep reddedilmelidir<sup>75</sup>. Ancak kabul edilmelidir ki her somut olaya göre mahkemenin karar vereceği tedbir değerlendirmesinde menfaat dengesi gözetilmelidir. Çünkü genel kurul tarafından alınan sermaye artırımı kararı, haklı bulunursa, dava sonuçlanana kadar verilecek tedbir sebebiyle icra edilemeyecektir<sup>76</sup>. Eğer yönetim kurulu, bu tedbir kararına rağmen sermaye artırımı kararını uygularsa HMK m. 398 uyarınca disiplin hapsi ile cezalandırılacaktır<sup>77</sup>.

### 3. Menfaat Dengesi

Mahkeme, menfaat dengesini gözetirken her iki tarafın da menfaatini koruyan titiz bir inceleme yapmalıdır. Bu denge gözetilirken; bir yandan hak iddia edenin hakkına kavuşabilmesi sağlanmalı, diğer yandan ise tam bir yargılama yapılmadığı ile kararın haksız olacağı ihtimali göz önünde bulundurularak aleyhine tedbir kararı verilecek kişinin hakkı, ölçüsüz bir şekilde aşılmamalıdır<sup>78</sup>. Anonim şirketin esas sermayesinin artırılması kararı; başta şirketin kendisinin olmak üzere, pay sahiplerinin ve son olarak üçüncü kişilerin menfaatini

<sup>69</sup> Resmî Gazete Tarihi: 28.11.2012 Resmî Gazete Sayısı: 28481, “Anonim Şirketlerin Genel Kurul Toplantılarının Usul Ve Esasları İle Bu Toplantılarda Bulunacak Bakanlık Temsilcileri Hakkında Yönetmelik”

<sup>70</sup> İbid 135

<sup>71</sup> İbid 136

<sup>72</sup> İbid 136

<sup>73</sup> 11. HD, E. 2013/18476 K. 2013/616, 14.1.2013 (www.lexpera.com.tr)

<sup>74</sup> Pulaşlı, (n 10) 926

<sup>75</sup> Pulaşlı, (n 10) 926

<sup>76</sup> Pekcanitez, Atalay, Özekes, (n 4) 574

<sup>77</sup> İbid 576

<sup>78</sup> Pekcanitez, Özekes, Akkan, Taş Korkmaz, (n 39) 2444



etkilemektedir. Bu sebeple mahkemenin önüne gelecek uyuşmazlıkta, kanımızca ilk önce hükümsüzlüğü talep edilen genel kurul kararının hükümsüzlük iddiasının gerekçesi incelenmelidir.

Kanımızca; yokluk yaptırımına tabi olacak bir karara karşı, yaklaşık ispat şartı yerine getirildikten sonra tedbir kararı verilmesi gerekmektedir. Ancak butlan ve iptal edilebilirlik hallerine tabi bir karara karşı tedbir kararı, somut olayın koşullarına göre incelenecektir.

Yeni bir yatırım yapmak, şirket borçlarını ödemek veya başka bir sebeple sermaye artırımına gitmek isteyen bir anonim ortaklıkta; bu kararın yürütülmesinin geri bırakılması, şirketin sermaye artırma amacını tehlikeye düşürebilmektedir. Yeni yatırımlar yapılarak, şirketin kazancının geciktirilmesi şirketin ekonomik durumunu olumsuz etkileyebilecektir. Ayrıca, sermaye artırım kararının durdurulması şirketin alacaklarını da etkilemiş olacaktır. Buna karşılık, sermaye artırım kararının, pay sahiplerini doğrudan etkileyeceği de unutulmamalıdır.

Uygulamada sermaye artırım kararının, alacaklıların menfaatinden ziyade çoğunluğun dışında kalan pay sahiplerinin menfaatini ciddi bir şekilde etkilediği görülmektedir<sup>79</sup>. Çünkü anonim şirketin pay sahipleri, kendi payları oranınca genel kurulda oy kullanabilmektedir. Sermaye artırım kararı sonucunda çıkarılacak yeni payları ekonomik zayıflık nedeniyle alamayan pay sahiplerinin oy oranı düşmüş olacaktır. Şirketin yönetim kurulunun belirlenmesi için pay çoğunluğunun kâfi geldiği bir durumda, çoğunluğu oluşturan pay sahipleri çoğunluğun dışında kalmış<sup>80</sup> pay sahiplerini, şirketin yönetiminden uzaklaştırmış olacaklardır<sup>81</sup>.

Sermayeye oranla az bir paya sahip olan pay sahiplerinin oy haklarının azalmasının yanı sıra kâr payı oranları da düşmüş olacaktır. Bu sebeple, uygulamada sermaye artırım kararına karşı açılan iptal davalarında çoğunlukla dürüstlük kuralına aykırılık gerekçe gösterilmektedir<sup>82</sup>. Dürüstlük kuralına aykırılık incelemesi yapılırken gözetilmesi gereken ölçüt, anonim şirketin menfaatine uygun bir artırım yapıp yapılmadığı olacaktır. Çoğunluk pay sahiplerinin menfaati gözetilerek verilen bir sermaye artırım kararı alınmamışsa dahi anonim şirketin menfaatine olmayan sermaye artırım kararı dürüstlük kuralına aykırı olacaktır<sup>83</sup>. Genel kurul tarafından alınan sermaye artırım kararının, anonim şirketin menfaatleri

<sup>79</sup> Soykan, (n 12) 651-652

<sup>80</sup> İbid 584

<sup>81</sup> Poroy, Tekinalp, Çamoğlu, (n 3) N. 1335

<sup>82</sup> Soykan, (n 12) 585

<sup>83</sup> İbid 585

doğrultusunda alınıp alınmadığı ve bu kararın çoğunluk pay sahiplerinin kendi çıkarları lehine olup olmadığı somut olayın koşullarına göre belirlenecektir<sup>84</sup>.

Yargı kararlarında sermaye artırımı kararının hangi amaçla yapıldığını incelenmiştir<sup>85</sup>. Bu incelemede, bilirkişi tarafından iktisadi bir değerlendirme yapılarak anonim şirketin ne kadar finansmana ihtiyaç duyduğu izah edilmiştir<sup>86</sup>. Ancak ifade edilmelidir ki yapılacak yerindelik incelemesi, anonim şirketin ticari ilişkisi bağlamında değil sadece iktisadi açıdan sermaye artırımına ihtiyacının olup olmamasına ilişkindir<sup>87</sup>. Aksi halde yönetim kurulu üyelerinin kanunen belirlenen görevi aşılmış olacak ve şirketin hangi kaynağı ne doğrultuda kullanacağı belirlenmiş olacaktır<sup>88</sup>.

Gerçekten de, sermaye artırımı kararının her bir pay sahibinin menfaatine olması beklenemeyecektir. Pay sahipleri anonim şirkete katılırken, çoğunluğun kararlarına tabi olacağını kabul etmişlerdir<sup>89</sup>. Bu yüzden pay sahipleri, pay değerlerinin artmasını gerekçe göstererek sermaye artırımı kararına karşı çıkamayacaklardır<sup>90</sup>. Nitekim bir başka yargı kararında; davacının zararının, sermaye artırımı kararının iptal edilmesi halinde giderilebileceği, ancak ihtiyati tedbir kararının verilmesi halinde davalının zararının giderilemeyeceği ve davalının zararının dolaylı olarak davacıyı da etkileyeceği belirtilmiştir. Ayrıca tedbir talep eden davacıya, muhtemel ve yakın bir tehlikenin varlığını ispatlayamaması nedeniyle ihtiyati tedbir kararı verilmesinin yerinde olmadığı ifade edilmiştir<sup>91</sup>.

Son olarak özetlemek gerekirse “*vasitanın gayeye uygunluğu*” ölçütü üzerinden bir menfaat dengesi gözetilmelidir. Bu ilke anonim şirketin sermaye artırımı kararıyla amaçladığı menfaatin, başka vasıtalarla elde edilip edilemeyeceğini incelemektedir<sup>92</sup>. Burada gerçekleştirilmek istenen amaç ile sermaye artırımı kararı arasındaki uygunluk ortaya konulmalıdır.

---

<sup>84</sup> İbid 586

<sup>85</sup> 11. HD, E.2013/11622 K. 2013/16502, 25.09.2013 (www.lexpera.com.tr)

<sup>86</sup> Soykan, (n 12) 586-588; Paslı, (n 26) 51-52, 54-56

<sup>87</sup> Soykan, (n 12) 593; Paslı, (n 26) 56

<sup>88</sup> Soykan, (n 12) 593

<sup>89</sup> Soykan, (n 12) 605

<sup>90</sup> Poroy, Tekinalp, Çamoğlu, (n 3) N. 1333-1334

<sup>91</sup> İstanbul BAM, 12. HD, E. 2018/668 K. 2018/ 684, 7.6.2018 (www.lexpera.com.tr)

<sup>92</sup> Algan, (n 45) 41

#### 4. Teminat

İhtiyati tedbir kararı verilmesi; aleyhine tedbir kararı verilen kişinin haklarını ihlal edebilecek nitelikte olduğundan, dava sonucunda aleyhine tedbir kararı verilen kişinin muhtemel zararlarını karşılamak maksadıyla teminat gösterilmesi gerekmektedir. Bu yüzden mahkeme, sermaye artırımı kararının yürütülmesinin geri bırakılması talebinin tedbir niteliğini haiz olması nedeniyle teminata karar vermelidir<sup>93</sup>. Buna karşılık aleyhine tedbir kararı verilen kişi, muhtemel zararların önlenmesi amacıyla teminat göstererek tedbir kararının kalkmasını talep edebilecektir<sup>94</sup>. Böylece anonim şirket, tedbir kararına karşı teminat yatırarak tedbirin kaldırılmasını isteme hakkına sahiptir<sup>95</sup>.

Bu teminat, daha önce TTK m. 448/3 uyarınca şirketin muhtemel zararlarını karşılaması amacıyla teminat yatırılmasına karar verilmesi durumunda dahi yatırılmalıdır<sup>96</sup>. Ancak genel kurul kararının iptal edilmesi maksadıyla dava açan kişi, daha önce bir teminat yatırmışsa ayrıca bir teminat yatırmasına gerek olmadığı da savunulmuştur<sup>97</sup>.

#### 5. Davanın Esasını Çözecek Nitelikte Bir Tedbir Kararının Verilip Verilemeyeceği

Uygulamada genel kurul kararlarının yürütülmesinin geri bırakılması kararı, yargılamanın esasını çözer nitelik arz ediyor gerekçesiyle reddedilebilmektedir<sup>98</sup>. Konumuz açısından bir inceleme yapılırsa, sermaye artırımı kararına karşı açılan iptal davalarında da böyle bir sorun ortaya çıkabilecektir. Bu sebeple, sermaye artırımı kararına karşı açılan iptal veya butlan davaları açısından da davanın esasının çözer mahiyette bir tedbir kararının verilip verilemeyeceği incelenmelidir.

Hakim görüşe göre; mahkeme, asıl davanın sonucunu öne çekerek, davanın esasına dair veya fiili olarak davanın esasını çözer nitelikte bir tedbir kararı veremeyecektir<sup>99</sup>. Bu görüş davanın esasını çözer mahiyette karar verilebilmesi için özel bir kanuni bir düzenleme olmasını

<sup>93</sup> Domaniç, (n 10) 497; Yılmaz, (n 57) 1679; Moroğlu, Hükümsüzlük (n 3) 305; Oğuz İmregün, Anonim Şirketlerde Pay Sahipleri Arasında Umumi Heyet Kararlarından Doğan Menfaat İhtilafları ve Bunları Telif Çareleri, (1. Baskı, İsmail Akgün Matbaası, 1962) 145; Halil Arslanlı, Anonim Şirketler II (1. Baskı, İstanbul Matbaası, 1959) 83

<sup>94</sup> Pekcanitez, Atalay, Özekes, (n 3) 581

<sup>95</sup> İbid 920

<sup>96</sup> Moroğlu, "Hükümsüzlük" (n 13) 312

<sup>97</sup> Pekcanitez, , Atalay, Özekes, (n 39) 486

<sup>98</sup> Eriş, İşletme (n 51) 3042

<sup>99</sup> Abdurrahim Karılı, Medeni Muhakeme Hukuku, ( 6. Baskı, Alterantif Yayınları, 2015) 678; Baki Kuru, Burak Aydın, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı ( 5. Baskı, Yetkin Yayıncılık, 2020) 466; Yılmaz, (n 57) 1670

savunmaktadır<sup>100</sup>. Nitekim Yargıtay'ın bazı kararları dava sonucunun öne alınmasının mümkün olmadığını ifade etmiştir<sup>101</sup>. Ancak, “*gecikme sebebiyle bir sakınca veya ciddi bir zararın doğabileceği nazara alınarak, ihtiyati tedbir verilmesi şartları oluştuğu u halde, yerinde olmayan yazılı gerekçeyle(ileride açılacak olan davada asıl istemin kabulü hükmünün çıkmasıyla sağlanacak durumu şimdiden oluşturacak nitelikte ihtiyati tedbir kararı verilemeyeceği gerekçesiyle) ihtiyati tedbir talebinin reddine karar verilmesi doğru görülmemiş*<sup>102</sup>” ifadesiyle, ihtiyati tedbir incelemesinin sınırlarını genişleten ve hakların korunmasını ön plana çıkaran yüksek mahkeme kararları da bulunmaktadır.

Doktrindeki bir diğer görüş HMK m. 391/1'in “... *her türlü tedbire karar verilebilir.*” şeklindeki düzenlemesi uyarınca, mahkemenin davanın esasını çözebilecek nitelikte bir tedbir kararı verebileceğini savunmaktadır<sup>103</sup>. Bu görüş tedbir talebinin tamamlayıcı merasime tabi olduğunu ifade ederek ilk görüşün endişelerine cevap vermektedir<sup>104</sup>. Ayrıca bir başka görüş ise esas yargılama sonucunda ihtiyati tedbir kararından dönülebileceğini ve buna bağlı kalınmak zorunda olunmadığını belirtmiştir<sup>105</sup>. Bu sebeple tedbir talebinin esasa girilemeyeceği gerekçesi ile reddedilemeyeceğini, ihtiyati tedbir sebeplerinin bulunup bulunmadığının incelenmesi gerektiğini savunmuştur<sup>106</sup>.

Kural olarak, muhtemel ve yakın bir zararın varlığı yaklaşık ispat ölçüsünde ispat edildiğinde, mahkemenin tedbir kararını vermesi gerekmektedir. Bu konuda tedbir talebinin davanın esasına uygun bir şekilde verilip verilmeyeceği sorusu sorulacaktır. Tedbir kararının, davanın esasına ilişkin olamayacağı görüşü kabul edildiği takdirde hâkimin tedbir kararı verme yetkisi kanımızca kısıtlanmış olacaktır. Bu doğrultuda özellikle dürüstlük kuralına aykırılık sebebiyle sermaye artırımı kararına karşı açılan iptal davalarında, ihtiyati tedbir uygulanamayacaktır. Bu durum ise geçici hukuki korumanın amaçladığı hukuki menfaatlerin korunmasına aykırılık teşkil edecektir. Kanımızca muhtemel ve yakın bir zararın varlığı, yaklaşık ispat ölçüsünde tedbir talep eden tarafından ispatlanabiliyorsa; hâkim, davanın esasına ilişkin bir değerlendirme yapmış olsa bile ihtiyati tedbir kararını vermelidir.

<sup>100</sup> Kuru, Aydın, Usûl (n 99) 559

<sup>101</sup> 18. HD, 5256/7653, 06.05.2013; 11. HD,1308/2751, 27.2.2015 (www.lexpera.com.tr)

<sup>102</sup> 11. HD, E. 2013/17628 K. 2013/366, 10.01.2013 (www.lexpera.com.tr)

<sup>103</sup> Erişir, (n 61) 387-389; Pekcanitez, Atalay, Özekes, (n 3) 574

<sup>104</sup> Erişir, (n 61) 396.

<sup>105</sup> Yavuz Alagonya, Makaleler (6. Baskı, Beta Basım, 2012) 370

<sup>106</sup> Alagonya, (n 105) 374

## SONUÇ

Bu çalışmamızda, TTK ve HMK kapsamında anonim şirket genel kurul sermaye artırım kararının yürütülmesinin geri bırakılması kararının niteliğini ve bu kararın verilebilmesi için gereken şartları inceledik. İncelememiz, sermaye artırım kararının yürütülmesinin geri bırakılması kararının özel bir geçici hukuki koruma mı yoksa ihtiyati tedbir mi olduğu konusundadır. Bu tanımlamanın önemi, doktrinde yer alan tartışmalar bağlamında da kendini göstermiştir. TTK m.449 hükmünün lafzı ile bu tartışmanın başladığını ifade edebiliriz. Yukarıda ifade ettiğimiz gibi sermaye artırım kararının yürütülmesinin geri bırakılmasının talep edilebilmesini dava açılması şartına bağlamak; bu kararın, ayrı bir geçici hukuki koruma olarak savunulabilmesini güçlendirmektedir. Ancak bazı yazarlar TTK'nın bu hükmüne rağmen dava açılmadan bu kararın verilebilmesini mahkemeden talep edilebileceğini savunmuşlardır. Kimi yazarlar da bu tartışmaya girmeyip bu kararı nitelendirmeyi seçmiş ve bu kararın özel bir ihtiyati tedbir türü olacağını ifade etmişlerdir.

Kabul etmek gerekecektir ki, sermaye artırım kararının yürütülmesinin geri bırakılmasının kendine has hükümleri bulunmaktadır. Özellikle uygulamada çok sık karşılaştığımız dava dosyalarını da düşündüğümüzde konunun ehemmiyeti kendisini gösterecektir. Bu sebeple uygulamada bu kadar önem arz eden bir “kararın” daha açık bir kanuni düzenlemeye ihtiyacının olduğu aşikardır. Diğer yandan, sermaye artırım kararları başta anonim şirket olmak üzere pay sahiplerini doğrudan ilgilendirdiğinden, bu karara karşı istenebilecek herhangi bir “geri bırakma kararı” talebi ciddi bir inceleme gerektirecektir. Doktrindeki bazı görüşler gibi, davanın esasını çözecek nitelikte bir kararın tedbir konusu olamayacağı savunulursa, sermaye artırım kararının iptali davalarında hiçbir zaman ihtiyati tedbir talep edilemeyecektir. Bu durumun kabul edilmesi, uygulamada telafisi güç zararların doğmasının önünü açacaktır. Bu sebeple bu kararın istisnai bir karar olduğu kabul edilmeli kararın niteliği tanımlanmalıdır.

Kanımızca bu kararın farklı bir geçici hukuki koruma olmasından ziyade özel nitelikli bir ihtiyati tedbir türü olduğunu kabulü gerekmektedir. Böylece ihtiyati tedbirin genel özelliklerinden farklı uygulamalar olabilecektir. İlk olarak sermaye artırım kararına karşı iptal davası açılmadan, sermaye artırım kararının yürütülmesinin geri bırakılmasının kabul edilemeyeceği ifade edilmelidir. Çünkü bu kararın üzerinde durduğu menfaat dengesi düşünüldüğünde, mevcut bir kararı ortadan kaldırmaya yönelik ciddi bir irade gerekecektir. Bu sebeple iptal davası açılmadan “geri bırakma” kararının alınmaması gerekecektir.

Sonrasında ise yönetim kurulu üyelerinin dinlenilmesi şartı açıkça hukuki dinlenilme hakkının istisnası olarak kabul edilmelidir. Ayrıca bu kararın; davanın esasını çözecek nitelikte olduğu kabul edilerek mahkeme tarafından incelenmemesi, geçici hukuki koruma perspektifinden bakılmadığını bize gösterecektir. Yukarıda ifade ettiğimiz gibi mahkeme, geçici hukuki koruma kararından dönebileceği için bu konu hakkında verdiği karar tam hukuki koruma kapsamında olmayacaktır. Bu durum sermaye artırımı kararına karşı yürütülmesinin geri bırakılması kararının verilebileceğini bize gösterecektir.

## KAYNAKÇA

- Alagonya Y, Makaleler, Davanın Esasını Çözümleyecek veya Böyle Bir Sonuç Doğuracak Biçimde İhtiyat Tedbir Kararları Hakkında, ( 6. Baskı, Beta Basım, 2012) 357,382
- Algan D, Genel Kurul Kararının Yürütmesinin (Tedbiren) Geri Bırakılması (TTK m.449) (1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2019)
- Arsanlı H, Anonim Şirketler II, (1. Baskı, İstanbul Matbaası, 1959)
- Aydın A, ‘Kanuni Yedek Akçelerin Tamamının İç Kaynaklardan Esas Sermaye Artırımında Kullanılması Mümkün müdür?’ (2014) 30 (2) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 79,88
- Çamoğlu E, Yönetim Kurulunun Hukuki Sorumluluğu (3. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2010)
- Deren-Yıldırım N, Haksız Rekabet Hukuku ile Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukukun’da İhtiyati Tedbirler (2. Baskı, Alkım Yayınevi, 2002)
- Domanıç H, Türk Ticaret Kanunu Şerhi (2. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2010)
- Eriş G, Anonim Şirketler Hukuku, (1. Baskı, Seçkin Yayınevi, 1995)
- Eriş G, Ticari İşletme ve Şirketler, (3. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2017)
- Erişir E, Geçici Hukuki Korumanın Temelleri ve İhtiyati Tedbir Türleri (1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2013)
- İmregün O, Anonim Ortaklıklar, (3. Baskı, Gün Matbaası, 1968)
- İmregün O, Anonim Şirketlerde Pay Sahipleri Arasında Umumi Heyet Kararlarından Doğan Menfaat İhtilafları ve Bunları Telif Çareleri, (1. Baskı, İsmail Akgün Matbaası, 1962)
- Karslı A, Medeni Muhakeme Hukuku, (6. Baskı, Alterantif Yayınları, 2015)
- Kendigelen A, Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, (4. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2017)

- Kırca İ, Şehirli Çelik F. H, Manavgat Ç, Anonim Şirketler Hukuku II (1. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi Yayınları, 2013)
- Kuru B, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, (1. Baskı, Legal Yayınevi, 2016)
- Kuru B, Aydın B, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı (5. Baskı, Yetkin Yayıncılık, 2020)
- Moroğlu, E, Anonim Ortaklıkta Sermaye Artırımı (3. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2015)
- Moroğlu E, Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü (8. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2017 )
- Moroğlu E, Esas Sermaye Artırımının Hukuki Niteliği, Makaleler (1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2010)
- Moroğlu E, Esas Sermaye Artırımı İçin Eski İştirak Taahhütlerinin Ortaklığa Tamamen Ödenmiş Olma Şartı, Makaleler (1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2010)
- Moroğlu E, Anonim Ortaklıkta Genel Kurulun Toplantıya Daveti Merasimine Aykırılığın Genel Kurul Kararına Etkisi, Makaleler (1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2010)
- Moroğlu E, Anonim Ortaklıkta Sermaye Artırımı (4. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2018)
- Nomer Haluk N, Kişi Birliklerinde Genel Kurul Kararlarının Geçersizliğine İlişkin Esaslar (1. Baskı, Beta Yayınevi, 2008)
- Paslı A, Yargıtay Kararları Işığında Sermaye Artırımı. Yürürlüğünün 5. Yılında ve Yargıtay Kararları Işığında Türk Ticaret Kanununun Sempozyumu(Tebliğler ve Tartışmalar) (1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2018) 51,81
- Pekcanitez H, ‘Anonim Ortaklıklarda Denetçiler Tarafından Açılacak Davalar’ (1987) 3 (1) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 439,495
- Pekcanitez H, Atalay O, Özkes M, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı (9. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2021)
- Pekcanitez H, Özkes M, Akkan M, Korkmaz H, Pekcanitez Usul- Medeni Usul Hukuku ( 16. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2018)
- Pulaşlı H, Şirketler Hukuku Şerhi (3. Baskı, Adalet Yayınları, 2018)
- Pulaşlı H , Şirketler Hukuku Genel Esaslar (6. Baskı, Adalet Yayınları, 2020)
- Pulaşlı H, ‘Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının Sakatlığı Ve Müeyyidesi’ (2014) 71 (2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi , 335,345
- Tekinalp Ü, Sermaye Ortaklıkları Yeni Hukuku (5. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2020)

- Tekinalp Ü, Poroy R, Çamoğlu E, Ortaklıklar Hukuku II (15. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2020)
- Tekinalp Ü, Poroy R, Çamoğlu E, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku (10. Baskı, Arıkan Yayınları, 2005)
- Teoman Ö, İcra Edilmiş Bir Anonim Ortaklık Genel Kurul Kararının Uygulanmasının Durdurulması Konusunda Mahkemece İhtiyati Tedbir Kararı Verilip Verilemeyeceği Tüm Makalelerim, Cilt I-II (2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2012)
- Sanem Yılmaz Z, Sermaye Şirketlerin Geçici Hukuki Korumalar (1. Baskı, Adalet Yayınevi, 2010)
- Soykan İ. C, Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Ortaklıklarda Sermaye Taahhüdü Yoluyla Sermaye Artırımı (1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2019)
- Üstündağ S, İhtiyati Tedbirler (1. Baskı, İstanbul Matbaası, 1981)
- Yılmaz E, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi (4. Baskı, Yetkin Yayınları, 2021)







NKÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, 2022(1), 55-86

DOI 10.51562/nkuhukuk.2022313

<https://dergipark.org.tr/tr/pub/nkuhukuk>

Başvuru:18.03.2022

Kabul:06.05.2022

## NKÜ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

### VESAYET ALTINDAKİ KİŞİNİN VASİ RIZASI GEREKTİRMEKSİZİN BİZZAT YAPABİLECEĞİ İŞLEMLER

*Araş. Gör. Sedat SEZGİN\*\**

#### ÖZ

Türk Medeni Kanunu madde 453 hükmü uyarınca vesayet altındaki ayırt etme gücüne sahip küçük veya kısıtlı, vesayet makamının izniyle bir meslek veya sanatın yürütülmesine ilişkin gerekli olağan hukuki işlemleri bizzat yapabilmektedir. İlgili hüküm gereğince kişiye istisnai olarak olağan hukuki işlemler açısından tam ehliyete sahipmiş gibi ticari ve mesleki faaliyette bulunabilme yetkisi tanınmıştır. Bu izin yalnızca vesayet makamınca verilebilir. İzin verilmesinde herhangi bir şekil şartı bulunmamaktadır. İzin verilmediği müddetçe yapılan işlemler vesayet altındaki kişi bakımından askıda hükümsüzlük yaptırımına tabidir. Bununla birlikte izin vesayet altındaki kişinin Türk Medeni Kanunu madde 449 hükmünde belirtilmiş olan yasak işlemleri yapmasına yetki vermez. Türk Medeni Kanunu madde 16 hükmü gereğince vesayet altındaki sınırlı ehliyetsiz kişiye vasiinin rızası olmaksızın karşılıksız kazandırmalarda bulunulabilir. Bu işlemler vesayet altındaki sınırlı ehliyetsiz kişiye her ne kadar büyük ekonomik avantajlar sağlıyor olsa dahi herhangi bir yükümlülük getiriyorsa işlemin geçerliliği vasiinin rıza göstermesine bağlıdır. Türk Medeni Kanunu madde 455 hükmü gereğince vesayet altındaki sınırlı ehliyetsiz kişi vasisi tarafından kendisine bırakılmış olan serbest malların yönetimine ilişkin tüm işlemleri (işlem borçlandırıcı nitelikte olsa dahi) bizzat gerçekleştirebilir.

**Anahtar Kelimeler** Vesayet, Rıza, İşlem, Sınırlı Ehliyetsiz, Fiil Ehliyeti

\*\* Araş. Gör. Sedat SEZGİN, Kırklareli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Roma Hukuku ABD., Bağlarbaşı Mah. Kısmet Sok. No:11 D: 3 Maltepe/İstanbul, Tel. No. 0553 379 57 24, s.sezgin1907@gmail.com, ORCID 0000-0002-3372-924X



## TRANSACTIONS THAT THE PERSON UNDER GUARDIANSHIP CAN MAKE PERSONALLY WITHOUT THE CONSENT OF THE GUARDIAN

*Res. Asst. Sedat SEZGİN<sup>\*\*</sup>*

### ABSTRACT

Pursuant to the provision of article 453 of the Turkish Civil Code, a minor or a limited person who has the power to distinguish under guardianship can personally carry out the necessary ordinary legal proceedings regarding the execution of a profession or art, with the permission of the guardianship authority. Pursuant to the relevant provision, the person is exceptionally authorized to engage in commercial and professional activities as if he were fully competent in terms of ordinary legal transaction. This permission can only be given by the guardianship authority. There are no formal requirements for granting the permit. Unless permission is given, transactions made are subject to pending invalidity sanction in terms of the person under guardianship. However, permission does not authorize the person under guardianship to perform prohibited actions as specified in article 449 of the Turkish Civil Code. Pursuant to article 16 of the Turkish Civil Code, unrequited gains can be made to a limited incompetent person under guardianship without the consent of the guardian. Even if these transactions bring great economic advantages to the limited incompetent person under the guardianship, the validity of the transaction depends on the consent of the guardian. In accordance with the provision of article 455 of the Turkish Civil Code, a limited incompetent person under guardianship can personally perform all transactions regarding the management of free goods left to him by his guardian (even if the transaction is of a debiting nature).

**Keywords** Guardianship, Consent, Transaction, Limited Incapacity, Capacity To Act.

---

<sup>\*\*</sup> Res. Asst. Sedat SEZGİN, Kırklareli University Faculty of Law, Department of Roman Law, s.sezgin1907@gmail.com, ORCID 0000-0002-3372-924X

### **Extended Summary**

Guardianship is a legal institution that ensures the protection of the economic and personal interests of minors and persons who are not under custody, is subject to public law as a rule, and results in the limitation of legal action capacity of individuals. The capacity to act of persons under guardianship has been differentiated in proportion to the benefit and protection provided. The legal capacity of persons under guardianship is narrower than those who are not under guardianship. As a rule, in the Turkish Civil Code, the consent of their legal representatives is sought for transactions carried out on the assets of persons under guardianship. The requirement of consent in the transactions carried out is important both in terms of protecting the interests of the persons under guardianship and ensuring public order. Because, there is a partial decrease in the "intellectual awareness" feature of a fully qualified person in people who are placed under guardianship for various reasons. However, in accordance with the principle of proportionality, which is one of the basic principles of the guardianship institution, a balance should be established between the limitation of the person's ability to act and the benefit obtained as a result of the limitation. Especially in terms of personal development, some transactions must be carried out by the person under guardianship. Pursuant to the provision of article 453 of the Turkish Civil Code, a minor or a limited person who has the power to distinguish under guardianship can take the necessary ordinary legal actions regarding the execution of a profession or art with the permission of the guardianship authority. The point that should be understood from the concept of profession is the jobs that the person professionally offers to the society in order to earn a livelihood, based on education, as a result of his knowledge. In terms of what should be understood from the concept of art, it is the works that a person performs as a result of his subjective ability since birth. Permission regarding the execution of a profession or art by the limited incompetent person under the guardianship is given by the guardianship authority. The permission given by the guardianship authority does not cover the prohibited transactions regulated in Article 449 of the Turkish Civil Code. Because the Turkish Civil Code article 449, without any exception, refers to the transactions that are prohibited by the person under guardianship or their legal representative. In addition, as clearly stated in Article 453 of the Turkish Civil Code, the permission granted for the execution of a profession or art is related to the execution of ordinary transactions. Making important donations and establishing a foundation is not an ordinary transaction in terms of professional or artistic conduct. In terms of being a guarantor, it seems possible to qualify the transaction as ordinary. However, it

does not seem possible to accept through interpretation that the transactions specified under the title of prohibited transactions by the legislator lose their status as prohibited transactions due to the enlargement of the capacity as a result of the permission given by the guardianship authority. Because the permission granted to the person by the guardianship authority is inherently exceptional in nature. Acceptance that the nature of the prohibited transaction is eliminated by making an exception through the interpretation of prohibited transactions, since no exception has been accepted by the legislator under the heading of prohibited transactions and the permission given for the practice of profession or art is exceptional in nature, literal (no exceptions regarding prohibited transactions) purposeful (the acceptance of the fact that the prohibited transactions can be carried out by the limited incompetent for the purpose of carrying out a profession or art, causing a conflicting situation for the protection of the person under guardianship and the guardianship law has a public law character) and systematic (Turkish Civil Code article 449 provision title is directly defined as "prohibited transactions" is not appropriate in terms of interpretation methods and legal methodology (the application of the exception to other rules by analogy with the interpretation method without any reference to the relevant provision creates a contradiction with the principles of argumentation and justification). Transactions with the quality of gratuitous gain can be made by the limited incompetent person under guardianship. There are four types of gain. These; It means increasing the asset of the person under guardianship, decreasing the asset passive, preventing the increase in the asset passive or "preventing the decrease in the asset". Because, in case of preventing the decrease in the asset, a gain is obtained in terms of limited incompetence.

## GİRİŞ

Vesayet, velayet altında bulunmayan küçükler ve kısıtlıların, ekonomik ve kişisel menfaatlerinin korunmasını sağlayan, kural olarak kamu hukukuna tabi olan ve kişilerin hukuki işlem ehliyetinin sınırlandırılması sonucunu doğuran bir hukuki kurumdur. Vesayet altındaki kişilerin fiil ehliyetleri, sağlanan menfaat ve koruma ile orantılı olarak farklılaştırılmıştır. Bu kişilerin hukuki işlem ehliyeti, vesayet altında olmayan kişilere nazaran daha dar kapsamlıdır. Türk Hukuku'nda kural olarak vesayet altındaki kişilerin malvarlığı üzerinde gerçekleşen borçlandırıcı işlemlerde yasal temsilcilerinin rızası aranmaktadır. Yapılan işlemlerde rıza şartının aranması hem vesayet altındaki kişilerin menfaatlerinin korunması hem de kamu düzeninin sağlanması açısından önem arz etmektedir. Zira çeşitli nedenlere dayanılarak vesayet altına alınan kişilerin, tam ehliyetli bir kişinin sahip olduğu “düşünsel farkındalık” özelliğinde kısmi nitelikte bir azalma bulunmaktadır. Bununla birlikte vesayet kurumunun temel ilkelerinden biri olan orantılılık ilkesi gereğince kişinin işlem ehliyetinin sınırlandırılması ile sınırlandırılma sonucunda elde edilen menfaat arasında bir denge kurulmalıdır. Özellikle kişisel gelişim açısından bazı işlemlerin bizzat vesayet altındaki kişi tarafından gerçekleştirilmesi gereklidir. Çalışmamızın konusunu vesayet altındaki kişilerin bizzat gerçekleştirebileceği işlemler oluşturmaktadır. Belirtmek isteriz ki değerlendirmelerimiz genel olarak vesayet altındaki sınırlı ehliyetsizlere ilişkindir. Zira tam ehliyetsiz kişilerin ayırt etme gücünün bulunmaması nedeniyle herhangi bir hukuki işlem veya fiilin bizzat gerçekleştirilmesi mümkün değildir. Bununla birlikte çalışmamızda vesayet altındaki tam ehliyetsiz kişiler açısından da özellik gösteren durumlar ele alınmıştır.

### I. AYIRT ETME GÜCÜNE SAHİP VESAYET ALTINDAKİ KİŞİNİN BİR MESLEK VEYA SANAT YÜRÜTÜMÜ

#### A. GENEL OLARAK

Türk Medeni Kanunu<sup>1</sup> m. 453 hükmü uyarınca vesayet altındaki ayırt etme gücünü haiz küçük veya kısıtlı, vesayet makamının izniyle bir meslek veya sanatın yürütülmesine ilişkin gerekli olağan hukuki işlemleri yapabilmektedir<sup>2</sup>. İlgili madde hükmü ile vesayet altına alınmış

<sup>1</sup> Türk Medeni Kanunu, Kanun Numarası: 4721 Kabul Tarihi: 22.11.2001 RG: 08.12.2001/4607

<sup>2</sup> Aslı Açıkgöz, Dar Anlamda Vesayeti Gerektiren Haller ve Vesayet Altına Almanın İşlem Ehliyeti Bakımından Sonuçları (1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2017) 237; M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler) (15. Baskı, Filiz Kitabevi 2015) 93-100; Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, Türk Medeni Hukuku İkinci Cilt Aile Hukuku (18. Baskı, Beta Yayınevi 2016) 523; Belma Kayran, ‘Türk Medeni Kanunda Vesayet Hukuku’ (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2012) 66; Avaz Mustafayev, ‘Gerçek Kişilerin Fiil Ehliyeti (Türkiye ve Azerbaycan Hukukuyla

kişiyeye sağlanan işlem ehliyeti, ticari hayatın güvenilir bir şekilde devamlılığını korumakla beraber aynı zamanda vesayet altındaki kişinin zihinsel gelişimine fayda sağlar<sup>3</sup>. Zira vesayet hukukunda kabul edilen orantılılık ilkesi<sup>4</sup> gereğince kişinin korunması için getirilen işlem ehliyeti kısıtlaması, koruma amacından uzaklaşarak ticari özgürlüğü tamamen ortadan kaldırmamalıdır.

TMK m. 453 hükmüyle kişiyeye istisnai olarak tam ehliyete sahipmiş gibi ticari ve mesleki faaliyette bulunabilme yetkisi tanınmıştır. Tanınan yetki ile vesayet altındaki sınırlı ehliyetsiz kişinin işlem ehliyeti genişlemektedir<sup>5</sup>.

## B. MESLEK VE SANAT KAVRAMLARI

Vesayet altındaki sınırlı ehliyetsizin işlem ehliyetinin genişletilmesindeki amaç kişinin tarımsal, sanatsal veya bilimsel nitelikteki bir işi bağımsız olarak yürütmesinin sağlanmasıdır<sup>6</sup>. Vesayet altındaki kişiyeye sağlanan bir meslek veya sanatı icra etme yetkisi TMK m. 453 hükmünde açıkça bağımsızlık unsurundan bahsedilmemiş olsa da bir işverene bağılı olarak çalışılması sonucunda kazanç elde edilmesini kapsamaz<sup>7</sup>. Vesayet altındaki kişinin bağımlı olarak çalışabilme yetkisi serbest mallara ilişkin olarak TMK m. 455 hükmünde düzenlenmiştir<sup>8</sup>.

Meslek ve sanat kavramları arasındaki farklılık doktrinde meslek kavramı açısından sanatsal nitelikte olmayan, devamlılık arz eden ve kişisel bir emek gösterilerek yapılan işler (örneğin doktorluk, avukatlık, şarkıcılık), sanat kavramı açısından ise geniş çerçevede herhangi bir işletme kapsamında yapılan, özel bir kabiliyet gerektiren ve mesleki nitelikte olmayan işler

---

Karşılaştırmalı Olarak' (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2013) 194; Kerem Öz, 'Türk- Alman Hukukunda Küçüğün Bir Meslek veya Sanatı Kendi Başına Yürütmesi ve Bu Durumun Hukuki İşlem Ehliyeti Üzerinde Etkileri' (2014) 2 (4) Uluslararası Antalya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 59, 85; Sami Akkurt, Kemal Erdoğan ve Hüseyin Tokat, Medeni Hukuk (Seçkin Yayıncılık, 2021) 224; Zafer Zeytin ve Ömer Ergün, Türk Medeni Hukuku (5. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2020) 240; Mehmet Ayan ve Nurşen Ayan, Kişiler Hukuku (8. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2016) 68; Ali Em, Vesayet Hukuku ve Davaları (2. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2020) 41; Süleyman Yılmaz, ve Abdülkerim Yıldırım, Medeni Hukuk-I (Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku-Aile Hukuku) (Seçkin Yayıncılık 2020) 126-127; İhsan Erdoğan ve A. Dilşad Keskin, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku (3. Baskı, Gazi Kitabevi 2020) 256; Kemale Leyla Aslan Bingöl, Medeni Hukuk Dersi Sorular ve Cevaplar (4. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2020) 181; Osman Gökhan Antalya ve Murat Topuz, Medeni Hukuk (3. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2019) 256 dn. 42

<sup>3</sup> Açıkgöz (n 2) 237

<sup>4</sup> Orantılılık ilkesi vesayet altına alınmış kişinin korunması amacıyla yapılan müdahalelerin elde edilmesi beklenen amaç çerçevesinde ölçülü olmasıdır. Detaylı bilgi için bkz. ibid 42

<sup>5</sup> Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, "Kişiler" (n 2) 100; Açıkgöz, (n 2) 237

<sup>6</sup> Mustafayev, (n 2) 195; Açıkgöz, (n 2) 238

<sup>7</sup> Öz, (n 2) 87; Mustafayev, (n 2) 195

<sup>8</sup> Detaylı bilgi için bkz. Başlık III

(örneğin marangozluk, ayakkabı tamirciliği) olarak açıklanmıştır<sup>9</sup>. Türk Dil Kurumu meslek kavramını belli bir eğitim sonucunda elde edilen bilgi ve birikime dayalı olarak yapılan iş, sanat kavramını ise duygu, tasarı ve güzellik gibi çeşitli durumların anlatımında kullanılan yöntemler olarak tanımlamaktadır<sup>10</sup>. Kanaatimizce meslek kavramından anlaşılması gereken husus kişinin bilgi birikimi sonucunda eğitime dayalı elde ettiği tecrübelerini geçim sağlamak amacıyla profesyonel olarak topluma sunduğu işlerdir. Sanat kavramından anlaşılması gereken husus açısından ise kişinin doğumundan itibaren sahip olduğu öznel kabiliyet sonucunda biricik nitelikte gerçekleştirdiği işler olarak yorumlanmasının yerinde olduğunu düşünüyoruz.

### C. MESLEK VEYA SANAT YÜRÜTÜMÜ İÇİN VESAYET MAKAMININ İZİNİ

TMK m. 453 hükmü ile vesayet altındaki kişinin işlem ehliyetinin genişlemesine sebebiyet veren bir meslek veya sanatın yürütümü, vesayet makamının iznine bağlıdır. Vesayet makamı kavramından anlaşılması gereken TMK m. 397/II hükmüne binaen Sulh Hukuk Mahkemesi'dir. Bu nedenle vesayet altındaki kişiye sağlanan bir meslek ve sanatın yürütümü yetkisi Sulh Hukuk Mahkemesi tarafından verilen izin kapsamındadır. Vasi tarafından izin verilmesinin hukuki açıdan bir sonucu bulunmaz<sup>11</sup>. Mahkeme izin kararını, vesayet altındaki sınırlı ehliyetsizin ilgili işlemleri gerçekleştirebilmesi açısından kabiliyetinin bulunmasını tespit ettikten sonra verilen iznin kişinin menfaatine katkı sağlayacağı yönünde kanaate varması halinde vermelidir.

Vesayet makamı tarafından verilen izin kanun koyucu tarafından herhangi bir şekli şarta bağlanmadığından mütevellit açık veya örtülü olarak verilebilir. Örneğin kişinin mesleki faaliyetlere başlamasından haberdar olan vesayet makamının itirazda bulunmaması örtülü izin olarak değerlendirilir<sup>12</sup>.

Doktrindeki bir görüş izin kararının Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından verilmesi halinde Sulh Hukuk Mahkemesi tarafından alınmış gibi sonuç doğuracağını ifade etmektedir<sup>13</sup>. Kanaatimizce görüşe katılmak mümkün değildir. Zira TMK m. 453 hükmünde iznin vesayet makamı tarafından verilmesi gerektiği açıkça belirtilmiştir. TMK m. 397/II gereğince vesayet makamı Sulh Hukuk Mahkemesi'dir. HMK<sup>14</sup> m. 2 ve HMK m. 4 hükümleri gereğince Asliye

<sup>9</sup> Açıkgöz, (n 2) 239; Öz, (n 2) 86

<sup>10</sup> <https://sozluk.gov.tr/>

<sup>11</sup> Öz, (n 2) 87; Açıkgöz, (n 2) 241

<sup>12</sup> Öz, (n 2) 87; Açıkgöz, (n 2) 242

<sup>13</sup> Açıkgöz, (n 2) 241

<sup>14</sup> Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Kanun Numarası: 6100 Kabul Tarihi: 12.01.2011 RG: 04.02.2011/27836



Hukuk ve Sulh Hukuk Mahkemeleri arasında görev ilişkisi bulunur. Mahkemeler arası görev ayrımı HMK m. 1 gereğince kamu düzenine ilişkindir. Bu nedenle Asliye Hukuk Mahkemesi, Sulh Hukuk Mahkemesi'nin görevlendirilmiş olduğu bir hususta karar veremez. Kanaatimiz Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından bir meslek veya sanatın yürütümüne ilişkin verilen iznin vasi tarafından verilen izne benzer olarak herhangi bir hukuki sonuç doğurmayacağı yönündedir.

Sulh Hukuk Mahkemesi tarafından verilen izin, durumun vesayet altındaki kişinin aleyhine gelişmesi sonucunda Sulh Hukuk Mahkemesi tarafından geri alınabilir niteliktedir. İznin geri alınması mahkemelerin keyfi karar verme yasağına tabi olmasından mütevellit geçerli hukuki gerekçelere bağlı olmalıdır. İznin geri alınması kararı geçmişe etkili olmakla birlikte iyiniyetli üçüncü kişiler ile yapılan hukuki işlemleri etkilemez. Doktrindeki katıldığımız görüş, geri alma kararının ilan edilmediği müddetçe verilen izin kapsamında yapılan hukuki işlemlere ilişkin üçüncü kişilerin iyiniyetlerinin korunduğu yönündedir<sup>15</sup>. Kanaatimizce kararın ilanından önce üçüncü kişilerin iyiniyetlerinin korunmasının hukuki gerekçesi TMK m. 410/II hükmünün kıyasen uygulanmasıdır.

Vesayet altındaki kişinin Sulh Hukuk Mahkemesi izni olmaksızın mesleki ve sanatsal faaliyetlerde bulunması durumunda tarafı olduğu hukuki işlemlerin akıbeti TMK m. 465 hükmü gereğince vasinin rızası olmaksızın gerçekleştirilen işlem hükmündedir. Bu nedenle doktrinde vesayet altındaki sınırlı ehliyetsizin vasi rızası bulunmadan gerçekleştirdiği hukuki işlemlere ilişkin belirtilen askıda hükümsüzlük<sup>16</sup> yaptırımını, meslek veya sanatın icrasında vesayet makamının izin kararı bulunmaksızın vesayet altındaki sınırlı ehliyetsiz tarafından bizzat gerçekleştirilen hukuki işlemlere de uygulanır. Askıda hükümsüzlük yaptırımının kabulü sonucunda, vesayet makamı bir meslek veya sanatın bizzat vesayet altındaki sınırlı ehliyetsiz tarafından yürütümüne ilişkin izin vermediği müddetçe yapılan hukuki işlemler üçüncü kişiler

<sup>15</sup> Açıkgöz, (n 2) 242; Azerbaycan Hukuku'nda TMK m. 410/II benzeri bir hüküm bulunmamasının sonucunda üçüncü kişilerin iyiniyetleri karar tarihinden itibaren korunmaz. Detaylı bilgi için bkz. Mustafayev, (n 2) 247

<sup>16</sup> Askıda Hükümsüzlük-Tek Taraflı Bağlamazlık kavramları hakkında detaylı bilgi için bkz. Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, Medeni Hukuk (23. Baskı, Beta Yayınevi 2017) 133; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, "Kişiler" (n 2) 94; Antalya ve Topuz, (n 2) 258; Akkurt, Erdoğan ve Tokat, (n 2) 220; Zeytin ve Ergün, (n 2) 239; Açıkgöz, (n 2) 224; Akıntürk ve Ateş, "Aile" (n 2) 523; Kayran, (n 2) 69; Ayan ve Ayan, "Kişiler" (n 2) 73; Em, (n 2) 40; Yılmaz ve Yıldırım, (n 2) 126; Şaban Kayıhan ve Mustafa Ünlütepe, Medeni Hukuk Bilgisi (4. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2017) 175; Erdoğan ve Keskin, (n 2) 254; Mustafayev, (n 2) 244; Bu durumun Alman- Türk hukuku açısından incelenmesi açısından Alman Medeni Kanunu paragraf 107 önemli yer tutar. Detaylı bilgi için bkz. Öz (n 2) 80-82

açısından bağlayıcılığını korur. İzin verilmesi ile yapılan işlemler baştan itibaren geçerlilik kazanır. Şayet izin verilmezse işlemler kesin hükümsüz olur<sup>17</sup>.

#### D. İZİN KAPSAMINDA YAPILABİLECEK İŞLEMLER

Vesayet makamı tarafından verilen izin kişinin yalnızca bağımsız bir meslek veya sanat alanında yaptığı çalışmalara ilişkin olup kişinin iznin kapsamı dışında yapmış olduğu işlemlere etkisi bulunmaz. Bu nedenle izin kapsamı dışında kalan işlemlere ilişkin sınırlı ehliyetsizlerin hukuki işlem ehliyetine dair genel kurallar uygulanır. Ayrıca TMK m. 453 uyarınca verilen izin kişinin tacir sıfatıyla hareket ederek ticari işletme kurma ve yönetme yetkisi vermez<sup>18</sup>.

Verilen iznin kapsamı, TMK m. 453 hükmü gereğince bir meslek veya sanatın yürütümü için gerekli olan tüm olağan işlemleri içerir. Bu noktada gerekli olağan işlemlerin kapsamında nelerin bulunduğu önem kazanmaktadır. Doktrinde işletmenin devamlılığını sağlamak amacıyla gerekli malların alımı-satımına ilişkin sözleşmeler yapmak, vergi ödemelerinde bulunmak, hizmet ve kira sözleşmeleri düzenlemek, sigorta sözleşmelerine taraf olmak gibi çeşitli hukuki ilişkiler olağan işlemler olarak örneklendirilmiştir<sup>19</sup>.

Doktrinde, verilen izin kapsamında kişinin TMK m. 449 hükmünde belirtilen yasak işlemleri<sup>20</sup> (kefil olmak, vakıf kurmak, önemli bağışlamalarda bulunmak) gerçekleştirme yetkisinin bulunup bulunmadığına ilişkin tartışmalı görüşler bulunmaktadır. Birinci görüş verilen izin sonucunda, vesayet altındaki kişinin ehliyetinin genişlemesi sebebiyle yasak işlemleri yapılabileceği yönündedir<sup>21</sup>. İkinci görüş ise yasak işlemlere ilişkin getirilen mutlak sınırlamanın temelinde sınırlı ehliyetsizi koruma amacı bulunmasından mütevellit verilen iznin yasak işlemleri kapsamadığı yönündedir<sup>22</sup>. Kanaatimizce birinci görüşe katılmak mümkün değildir. Zira TMK m. 449 hükmü herhangi bir istisna getirmeksizin vesayet altındaki kişi veya yasal temsilcisi tarafından yapılması yasak olan işlemleri ifade eder. Ayrıca TMK m. 453

<sup>17</sup> Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, “Kişiler” (n 2) 94-95; Akıntürk ve Ateş, “Medeni” (n 16) 133; Akıntürk ve Ateş, “Aile” (n 2) 523-524; Açıkgöz, (n 2) 226; Kayran, (n 2) 69; Mustafayev, (n 2) 246

<sup>18</sup> Açıkgöz, (n 2) 244

<sup>19</sup> Açıkgöz, (n 2) 245; Öz, (n 2) 87

<sup>20</sup> Yasak işlemlere ilişkin detaylı bilgi için bkz. Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, “Kişiler” (n 2) 101; Kayıhan ve Ünlütepe, “Bilgi” (n 16) 178 vd.; Akıntürk ve Ateş, “Medeni” (n 16) 134; Akıntürk ve Ateş, “Aile” (n 2) 524; Yılmaz ve Yıldırım, (n 2) 127; Antalya ve Topuz, (n 2) 256; Aslan Bingöl, (n 2) 181; Zeytin ve Ergün, (n 2) 239; Ayan ve Ayan, “Kişiler” (n 2) 74; Em, (n 2) 40; Akkurt, Erdoğan ve Tokat, (n 2) 224; Öz, (n 2) 89; Kayran, (n 2) 67; Mustafayev, (n 2) 247-248; Azerbaycan hukukunda vesayet altındaki kişilere ilişkin yasak işlemler başlığı altında bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte Azerbaycan Mülki Mecellesi m. 30 gereğince 16 yaş doldurulmadan kooperatif üyesi olunamaz.; Erdoğan ve Keskin, (n 2) 257 dn. 617; Yazar yasak işlemlerin doğrudan hak ehliyetinin kısıtlanmasına ilişkin olduğunu ifade etmiştir

<sup>21</sup> Öz, (n 2) 89; Açıkgöz, (n 2) 246

<sup>22</sup> Ayan ve Ayan, “Kişiler” (n 2) 69

hükmünde açıkça belirtildiği üzere bir meslek veya sanatın yürütümü için verilen izin olağan işlemlerin yapılmasına ilişkindir. Ayrıca önemli bağışlamalarda bulunmanın ve vakıf kurmanın, mesleki veya sanatsal yürütüm açısından olağan işlem niteliğinde olmadığını düşünüyoruz. Kefil olmak açısından ise işlemin olağan olarak nitelendirilmesi mümkün gözükmemektedir. Bununla birlikte kanun koyucu tarafından yasak işlemler başlığı altında belirtilen işlemlerin, vesayet makamı tarafından verilen izin sonucunda ehliyetin genişlemesine bağlı olarak yasak işlem niteliğini kaybetmesinin yorum yoluyla kabulü doğru değildir. Zira vesayet makamı tarafından kişiye tanınan izin, niteliği itibarıyla kendiliğinden istisnai niteliktedir. Kanun koyucu tarafından yasak işlemler başlığı altında herhangi bir istisnanın kabul edilmemiş olması ve bizatihi meslek veya sanatın yürütümüne ilişkin verilen iznin istisnai nitelikte olması nedenleriyle yasak işlemlere ilişkin yorum yoluyla istisna yaratılarak yasak işlem niteliğinin ortadan kalktığı kabulü, lafzi (yasak işlemlere ilişkin herhangi bir istisna bulunmaması), gai (yasak işlemlerin sınırlı ehliyetsiz tarafından bir meslek veya sanatın yürütümü amacıyla gerçekleştirilebilmesinin kabulünün vesayet altındaki kişinin korunması amacıyla çelişkili bir duruma sebebiyet vermesi ve vesayet hukukunun kamu hukuku karakterli olması) ve sistematik (TMK m. 449 hükmü başlığının doğrudan “yasak işlemler” şeklinde olması) yorum yöntemleri ve hukuk metodolojisi (istisnanın, ilgili hükme herhangi bir atfı olmaksızın yorum yöntemi ile kıyasen başka kurallara uygulanmasının argümantasyon ve temellendirme ilkeleri ile çelişki yaratması) açısından yerinde değildir.

#### E. VESAYET ALTINDAKİ KİŞİNİN MESLEK VEYA SANAT YÜRÜTÜMÜNDEN DOĞAN HUKUKİ SORUMLULUĞU VE DAVA EHLİYETİ

Vesayet makamı tarafından verilen izin kapsamında gerçekleştirilen bir meslek veya sanatın yürütümü faaliyeti için gerekli olan malların yönetim yetkisi doğrudan vesayet altındaki kişiye ait olmaktadır<sup>23</sup>. Bu nedenle ilgili malların kullanımı yetkisi, yapılan iş sonucunda elde edilen gelirler, mallara ilişkin gerekli olduğu takdirde sigortalatma yükümlülüğü, yapılan giderler ve diğer kanuni yükümlülükler kendisine vesayet makamı tarafından izin verilmiş vesayet altındaki sınırlı ehliyetsiz kişiye aittir. Söz konusu mallar ile sınırlı olmak şartıyla vesayet altındaki kişinin tasarruf yetkisi de mevcuttur<sup>24</sup>. İzin kapsamında yapılan işlerden

<sup>23</sup> Açıkgöz, (n 2) 247; Akıntürk ve Ateş, “Medeni” (n 16) 134; Akıntürk ve Ateş, “Aile” (n 2) 523; Mustafayev, (n 2) 195; Yılmaz ve Yıldırım, (n 2) 127

<sup>24</sup> Yargıtay 12. HD. E. 1980/4848, K. 1980/6601, T. 22.9.1980 “*Sulh Mahkemesince bir meslek veya sanatla uğraşmaya sarahaten veya zimnen izin verilen vesayet altındaki kişi bu sanat ve meslekin icabından olan her tasarrufu yapma hakkını haizdir. Bu gibi tasarruflardan dolayı dava ve takipte bulunabileceği gibi kendisine*

doğan borçlara ilişkin hukuki sorumluluk TMK m. 453 gereğince vesayet altındaki kişinin tüm malvarlığı değerleri üzerinde ve herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın doğar<sup>25</sup>. Kanaatimizce durum kişisel yönetim yetkisinin bir sonucudur. Zira kişi, işin yürütümü açısından tam ehliyete benzer bir ehliyete muktedir olmaktadır. Bunun sonucunda da hukuki sorumluluğun tüm malvarlığı kapsamında sınırsız olarak doğması olağandır. Tüm malvarlığı üzerinde hukuki sorumluluğunun bulunması sebebiyle kişi hakkında doğrudan dava ve icra takibi mümkündür<sup>26</sup>. Kendisine veya kendisi tarafından yöneltilen dava ve icra takip prosedürlerine ilişkin usuli ve esasi işlemler de vesayet altındaki kişi tarafından bizzat gerçekleştirilebilir.

Kişinin verilen izin kapsamındaki işlemleri gerçekleştirmesi hususunda tam ehliyete benzer bir durumun oluşması kişinin fiil ehliyeti açısından tam ehliyete sahip olduğu anlamına gelmez. Zira durumun oluşması doğrudan vesayet makamının iznine tabidir. Ayrıca vesayet makamı gerekli görürse işlemlere dair sınırlı ehliyetsiz tarafından bir açıklama yapılmasını talep edebilir ve durumun vesayet altındaki kişi aleyhine olduğunu tespit ettiği takdirde izni geri alabilir<sup>27</sup>.

## II. VESAYET ALTINDAKİ KİŞİLERE YAPILAN KARŞILIKSIZ KAZANDIRMALAR

### A. SINIRLI EHLİYETSİZLERE YAPILAN KARŞILIKSIZ KAZANDIRMALAR

Karşılıksız kazanımlar (ivazsız iktisaplar) kişiye hiçbir yükümlülük getirmeksizin sağlanan hak ve menfaatlerdir<sup>28</sup>. TMK m. 16/I hükmü gereğince ayırt etme gücüne sahip küçük veya kısıtlı, bir hukuki işlem veya fiil kendisi açısından karşılıksız kazanma durumu yaratıyorsa yasal temsilci rızası olmaksızın işlem veya fiili bizzat gerçekleştirebilme yetkisini haizdir. Sınırlı ehliyetsiz tarafından karşılıksız kazanmanın oluşabilmesi için hukuki işlem veya fiilin, sınırlı ehliyetsizin malvarlığı açısından herhangi bir yükümlülük oluşturmaması gerekir. Bu

*husumet tevcihî de mümkündür. İİK. 57. maddesinin 2. fıkrası hükmü bu görüşü teyit eder.* Erişim T. 09.05.2021, [www.hukukturk.com](http://www.hukukturk.com)

<sup>25</sup> Açıkgöz, (n 2) 248; Akıntürk ve Ateş, “Aile” (n 2) 523; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, “Kişiler” (n 2) 100; Öz, (n 2) 87; Zeytin ve Ergün, (n 2) 240; Ayan ve Ayan, “Kişiler” (n 2) 68; Em, (n 2) 41; Erdoğan ve Keskin, (n 2) 256; Aslan Bingöl, (n 2) 181

<sup>26</sup> Akıntürk ve Ateş, “Medeni” (n 16) 135; Açıkgöz, (n 2) 249; Akıntürk ve Ateş, “Aile” (n 2) 526; Mustafayev, (n 2) 196; Akkurt, Erdoğan ve Tokat, (n 2) 225; Ayan ve Ayan, “Kişiler” (n 2), 77; Yılmaz ve Yıldırım, (n 2) 128; Erdoğan ve Keskin, (n 2) 258

<sup>27</sup> Açıkgöz, (n 2) 242

<sup>28</sup> Akıntürk ve Ateş, “Medeni” (n 16) 133; Mustafayev, (n 2) 165; Erdoğan ve Keskin, (n 2) 610; Antalya ve Topuz, (n 2) 255

nedenle işlem veya fiilin sınırlı ehliyetsizin malvarlığı aktifini azaltmaması veya pasifini artırmaması gerekir<sup>29</sup>.

Yapılan hukuki işlem veya fiilin sınırlı ehliyetsiz açısından bir yükümlülük meydana getirmesi durumunda karşılıksız bir kazanımdan söz etmek mümkün değildir. Zira hukuki işlem veya fiilin ekonomik açıdan kişiye avantaj oluşturması önem arz etmez. Karşılıksız kazanım durumunun tespiti ekonomik avantajlar üzerinden yapılmaz. Önemli olan husus sınırlı ehliyetsiz açısından hukuki işlem veya fiilin bir hukuki yükümlülük oluşturmamasıdır<sup>30</sup>. Karşılıksız kazanımın varlığı durumunda hukuki işlem veya fiil bizzat vesayet altındaki sınırlı ehliyetsiz tarafından gerçekleştirilebilir. Ayrıca karşılıksız kazanımları yasal temsilci de sınırlı ehliyetsiz adına gerçekleştirme yetkisini haizdir<sup>31</sup>.

Yükümlülük ifadesinden anlaşılması gereken husus vesayet altındaki kişi tarafından ivaz olarak verme, yapma veya yapmama borcunun oluşmasıdır. Bu nedenle vesayet altındaki kişi sinallagmatik nitelikteki bir sözleşmeyi<sup>32</sup> hiçbir koşulda bizzat gerçekleştiremez<sup>33</sup>. Zira sinallagmatik sözleşmelerde sözleşme tarafları arasında karşılıklı bir edim yükümlülüğü bulunmaktadır<sup>34</sup>.

Piyasa değerinin çok altında yapılan bir satış sözleşmesinin vesayet altındaki sınırlı ehliyetsiz açısından ekonomik avantaj meydana getirdiği açık olmakla birlikte vesayet altındaki sınırlı ehliyetsiz tarafından miktarı ne kadar düşük olursa olsun bir bedel ödeme yükümlülüğü doğurduğu için yasal temsilci rızası olmaksızın vesayet altındaki sınırlı ehliyetsiz tarafından bizzat yapılabilecek bir hukuki işlem değildir. Verilen örnekteki özellikleri haiz bir sözleşmenin bizzat vesayet altındaki sınırlı ehliyetsiz kişi tarafından yapılması durumunda yasal temsilci rıza göstermediği müddet açısından askıda hükümsüzlük yaptırımını uygulanır.

<sup>29</sup> Akıntürk ve Ateş, “Aile” (n 2) 522; Erdoğan, Akkurt ve Tokat, (n 2) 222; Ayan ve Ayan, “Kişiler” (n 2) 67; Antalya ve Topuz, (n 2) 255; Aslan Bingöl, (n 2) 57; Yılmaz ve Yıldırım, (n 2) 126; Kayıhan ve Ünlütepe, “Bilgi” (n 16) 177; Açıkgöz, (n 2) 254; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, “Kişiler” (n 2) 99; Mustafayev, (n 2) 165; Erdoğan ve Keskin (n 2) 610; Kayran (n 2) 66; Azerbaycan Mülki Mecellesi m. 29-30’da da TMK’na benzer bir şekilde sınırlı ehliyetsizlerin yasal temsilci rızası olmaksızın karşılıksız kazanım işlemlerine taraf olabileceği hüküm altına alınmıştır. Detaylı bilgi için bkz. Mustafayev, (n 2) 222 vd

<sup>30</sup> Açıkgöz, (n 2) 254; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, “Kişiler” (n 2) 99; Mustafayev, (n 2) 166; Erdoğan ve Keskin, (n 2) 610; Öz, (n 2) 83

<sup>31</sup> Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, “Kişiler” (n 2) 100; Kayıhan ve Ünlütepe, “Bilgi” (n 16) 178

<sup>32</sup> Sinallagmatik sözleşmeler hakkında detaylı bilgi için bkz. M. Kemal Oğuzman ve M. Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I (15. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2017) 333 vd

<sup>33</sup> Açıkgöz, (n 2) 255

<sup>34</sup> Oğuzman ve Öz, (n 32) 333

Doktrinde kazanımın vesayet altındaki sınırlı ehliyetsizin malvarlığı aktifinde bir artışın meydana gelmesi, malvarlığı pasifinin azalması veya malvarlığı pasifinin artmasının engellenmesi şeklinde oluşabileceği yönünde bir görüş bulunmaktadır<sup>35</sup>. Doktrindeki görüşe katılmakla birlikte kanaatimizce kazanım dört türlü oluşabilir. Bunlar; vesayet altındaki kişinin malvarlığı aktifinin artırılması, malvarlığı pasifinin azaltılması, malvarlığı pasifinin artmasının engellenmesi veya “malvarlığı aktifinin azalmasının önlenmesidir”. Zira malvarlığı aktifinin azalmasının önlenmesi durumunda da sınırlı ehliyetsiz açısından bir kazanım elde edilir.

Karşılıksız kazanma niteliğini haiz bir işlemin gerçekleştirilmesinden sonra ortaya çıkan durum vasıtasıyla bir takım yükümlülükler doğurması işlemin yapıldığı anda karşılıksız kazanım niteliğini haiz olduğunu etkilemez. Bu noktada önemli olan husus işlemin gerçekleştirildiği anda vesayet altındaki sınırlı ehliyetsiz kişi açısından bir yükümlülük oluşturulmamasıdır<sup>36</sup>. Örneğin kişiye bağışlanan taşınmaz için sonradan vergi ödeme yükümlülüğünün oluşması bağışlama işleminin karşılıksız kazandırma niteliğini haiz olması ve bu nedenle vesayet altındaki kişi tarafından bizzat gerçekleştirilebilen bir işlem olması özelliklerini etkilemez.

Doktrinde karşılıksız kazanım hallerine verilen örnekler; vesayet altındaki sınırlı ehliyetsiz kişinin bağışlanan sıfatını haiz olduğu, şart veya yükümlülüğe bağlı olmayan bağışlama sözleşmesi-bağışlama vaadi<sup>37</sup>, vesayet altındaki sınırlı ehliyetsiz kişinin alacaklı sıfatına sahip olduğu kefalet sözleşmesi, vesayet altındaki sınırlı ehliyetsiz kişiye herhangi bir karşı edim borcu yüklemeyen garanti sözleşmesi, borç ikrarı kabulü, vesayet altındaki sınırlı ehliyetsiz kişiye herhangi bir şart veya yükümlülük getirmeyen vasiyetin kabulü, vesayet altındaki sınırlı ehliyetsiz kişinin üçüncü kişi sıfatını haiz olduğu üçüncü kişi lehine sözleşmeden doğan alacak hakkının talebi, vesayet altındaki sınırlı ehliyetsiz kişinin herhangi bir yükümlülük getirmemesi şartıyla ibra sözleşmesinde borcu ibra edilen taraf olması, borcun nakli, vesayet altındaki sınırlı ehliyetsiz kişinin temlik edilen sıfatını haiz olmak şartıyla alacağın temliki, taşınır bir malın sahiplenilmesi, taşınmaz bir malın işgali şeklindedir<sup>38</sup>. Ayrıca vesayet altındaki kişi yalnızca kendisi lehine sonuç doğuracak irade beyanlarını (örneğin

<sup>35</sup> Açıkgöz, (n 2) 255

<sup>36</sup> Açıkgöz (n 2) 258; Erdoğan ve Keskin, (n 2) 610 dn. 611

<sup>37</sup> Akıntürk ve Ateş, “Aile” (n 2) 522; Akıntürk ve Ateş, “Medeni” (n 16) 133; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, “Kişiler” (n 2) 100; Mustafayev, (n 2) 168; Açıkgöz, (n 2) 256; Erdoğan, Akkurt ve Tokat, (n 2) 223; Antalya ve Topuz, (n 2) 255; Ayan ve Ayan, “Kişiler” (n 2) 67; Yılmaz ve Yıldırım, (n 2) 126; Kayıhan ve Ünlütepe, “Bilgi” (n 16) 178; Erdoğan ve Keskin, (n 2) 255; Öz, (n 2) 83

<sup>38</sup> Açıkgöz, (n 2) 256-25; Mustafayev, (n 2) 173-175; Ayan ve Ayan, “Kişiler” (n 2) 67-68

bağışlamadan dönme, ayıp ihbarı, temerrüt ihbarı) bizzat gerçekleştirebilir<sup>39</sup>. Alacağın zamanaşımına uğramaması için zamanaşımını kesen işlemler<sup>40</sup> de vesayet altındaki kişi tarafından bizzat yapılabilir<sup>41</sup>.

Belirtmek isteriz ki kanun koyucu tarafından TBK<sup>42</sup> m. 287 hükmü gereğince vasiye vesayet altındaki sınırlı ehliyetsiz kişiye yapılan bağışlamalara itiraz etme hakkı tanınmıştır. TBK m. 287 hükmü gereğince vasi yapılan bağışlamaya itiraz ederse bağışlama ortadan kalkar.

Verdiğimiz örnekler dışında vesayet altındaki kişinin bizzat mirasın kabulü işlemi yapması mümkün değildir. Zira TMK m. 463 hükmünde mirasın kabulü denetim makamının iznine bağlı olarak yapılabilen bir beyandır.

Vesayet altındaki sınırlı ehliyetsiz kişiye yapılan bir taşınmaz bağışının ipotekli olması durumunda vasi izninin gerekli olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır<sup>43</sup>. Kanaatimizce ipotek hakkının taşınmaz maliki açısından paraya çevirme işlemlerine katlanma yükümlülüğü oluşturması sebebiyle vasinin rızası aranmalıdır. Zira önemli olan husus çalışmamızda da belirttiğimiz üzere karşılıksız kazanma açısından vesayet altındaki kişiye ekonomik bir fayda sağlanması değildir. Dikkat edilmesi gerekli olan nokta, kişinin herhangi bir yükümlülük altına girmemesidir. Her ne kadar ipotekli taşınmazın paraya çevrilmesi durumunda da ipotek altına alınmış miktarın dışındaki bedelin vesayet altındaki kişi açısından bir ekonomik avantaj getirmesi ve malvarlığı aktifinin artmasına sebebiyet verdiği açık olsa dahi ipotekli taşınmazın kabulü ile malvarlığı pasifinde bir artışın gerçekleştiği de gözlemlenir. Zira vesayet altındaki sınırlı ehliyetsiz bir katlanma borcu altına girer Bu nedenle ipotekli taşınmazın bağışlanan sıfatına bağlı olarak vesayet altındaki kişi tarafından bizzat kabulünün tek taraflı bağlamazlık yaptırımına tabi olduğu kanaatindeyiz.

Vesayet altındaki sınırlı ehliyetsiz kişinin karşılıksız kazanma işlemlerine ilişkin dava ehliyeti bulunmaz. Zira ilgili işlemin dava konusu olduğu bir durumda davanın vesayet

<sup>39</sup> Mustafayev, (n 2) 176; Kayıhan ve Ünlütepe, “Bilgi” (n 16), 178; Açıkgöz, (n 2) 257; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, “Kişiler” (n 2) 99

<sup>40</sup> TBK m. 154 “Aşağıdaki durumlarda zamanaşımı kesilir: 1. Borçlu borcu ikrar etmişse, özellikle faiz ödemiş veya kısmen ifada bulunmuşsa ya da rehin vermiş veya kefil göstermişse. 2. Alacaklı, dava veya def'i yoluyla mahkemeye veya hakeme başvurmuşsa, icra takibinde bulunmuşsa ya da iflas masasına başvurmuşsa.”

<sup>41</sup> Açıkgöz (n 2) 258

<sup>42</sup> Türk Borçlar Kanunu, Kanun Numarası: 6098 Kabul Tarihi : 11/1/2011 RG: 04.02.2011/27836

<sup>43</sup> Birinci görüş bu tarz bir bağışlamanın bir yükümlülük getirmesi sebebiyle yasal temsilci rızasıyla yapılması gerektiği yönündedir. Diğer görüş ise taşınmazın değerinden ipotek değerinin düşülmesi durumunda taşınmaz değerinin ipotek değerinin üzerinde olmasına bağlı olarak bu tarz bir bağışlamanın vesayet altındaki kişi bakımından herhangi bir yükümlülük oluşturmayacağı yönündedir. Tartışmalar için bkz, Açıkgöz, (n 2) 259; Mustafayev, (n 2) 170

altındaki kişi aleyhine sonuçlanma riski bulunur. Aleyhe sonuçlanan bir dava sonucunda kişinin malvarlığında bir azalma meydana gelmesi muhtemeldir ve bu nedenle karşılıksız kazanımlara ilişkin davalarda vesayet altındaki kişinin korunması amacıyla dava ehliyetinin bulunmadığının kabulü gerekir<sup>44</sup>.

#### B. TAM EHLİYETSİZLER AÇISINDAN ÖZELLİK GÖSTEREN DURUMLAR

TMK m. 16 gereğince vesayet altındaki sınırlı ehliyetli kişilerin karşılıksız kazanımlara ilişkin işlemleri bizzat yapabilme yetkisi bulunmakla birlikte TMK'nın çeşitli hükümlerinde bazı fiillerin tam ehliyetli kişiler açısından bir nevi karşılıksız kazanım durumu oluşturduğu görülmektedir. Örneğin TMK m. 775 hükmünde düzenlenen taşınır bir malın işleme (hukuki taşıyıcı) sonucunda mülkiyetinin kazanımı vesayet altındaki tam ehliyetli kişiler açısından da mümkündür<sup>45</sup>. Zira işleme sonucunda taşınırın aslen mülkiyetin kazanımı, maddi bir fiile (realakt) bağlanmaktadır<sup>46</sup> ve vesayet altındaki kişi açısından herhangi bir yükümlülük getirmez. TMK m. 776 hükmünde düzenlenen karışma ve birleşme hükümleri de hukuki sonucun maddi bir fiile (realakt) bağlanması nedeniyle vesayet altındaki tam ehliyetli kişilere uygulanması mümkündür. Ayrıca TMK m. 772 hükmünde düzenlenen define niteliğini haiz taşınırın bulunması durumunda elde edilen kazanımlara ilişkin, TMK m. 712 hükmünde düzenlenen kazandırıcı zamanaşımı sebebiyle taşınır mülkiyetinin kazanımına ilişkin, TMK m. 19 hükmünde düzenlenen yerleşim yerinin tespitine ilişkin, TMK m. 348'de düzenlenen velayetin kaldırılmasına ilişkin ayırt etme gücü aranmadığı için ilgili hükümler vesayet altındaki tam ehliyetli kişiler açısından da sonuç doğurabilecek niteliktedir<sup>47</sup>. Lakin TMK m. 767 (taşınır bir malın sahiplenilmesi), TMK m. 778 (taşınır bir malın mülkiyetinin terki) TMK m. 977 (zilyetliğin kazanılması) ve TMK m. 707 (taşınmaz bir malın işgali) hükümleri kişi iradesine bağlı olarak hukuki sonuç doğurduğundan mütevellit vesayet altındaki tam ehliyetli kişiler açısından uygulanması mümkün değildir<sup>48</sup>.

Doktrinde TMK m. 769 hükmünün vesayet altındaki ayırt etme gücüne sahip olmayan kişiye uygulanabilirliği açısından iki farklı görüş bulunmaktadır. Birinci görüş maddi bir fiile bağlı olarak hukuki sonucun oluşması sebebiyle TMK m. 769 hükmünün ayırt etme gücü

<sup>44</sup> Mustafayev, (n 2) 167; Açıkgöz, (n 2) 261; Ayan ve Ayan, "Kişiler" (n 2) 77

<sup>45</sup> M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku (20. Baskı, Filiz Kitabevi 2017) 756; Açıkgöz, (n 2) 253; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, "Kişiler" (n 2) 80; Mustafayev, (n 2) 284; Yılmaz ve Yıldırım, (n 2) 128; Erdoğan ve Keskin, (n 2) 252

<sup>46</sup> Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, "Eşya" (n 45) 756; Mustafayev, (n 2) 284; Erdoğan ve Keskin, (n 2) 252

<sup>47</sup> Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, "Kişiler" (n 2) 80; Açıkgöz, (n 2) 253

<sup>48</sup> Açıkgöz, (n 2) 254; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, "Eşya" (n 45) 754; Mustafayev, (n 2) 284



olmayan kişiler açısından da uygulanabileceği yönündedir<sup>49</sup>. Diğer görüş TMK m. 769 hükmünün tam ehliyetsiz kişiler açısından uygulanamayacağını, hükmün uygulanabilmesi için ayırt etme gücünün varlığının şart olduğunu ifade etmiştir<sup>50</sup>. Biz ikinci görüşe katılıyoruz. Zira kayıp eşyaların bulunması durumunda gerekli ilan ve ihbar yükümlülüğünü içeren TMK m. 769 hükmünün uygulanabilmesi açısından kayıp eşya üzerinde kişinin hakimiyet kurması, eşyayı bulduğu yönünde bir iradesinin -ayırt etme gücünün- bulunması ve buna bağlı olarak ilan ve bildirim yükümlülüğüne sahip olduğunu kavraması gereklidir. Lakin tam ehliyetsiz kişilerin kayıp eşya üzerinde “hakimiyet kurarak kayıp eşya bulduğuna dair bir iradesinin bulunduğu” ve buna bağlı olarak “ilan ve bildirim yükümlülüğünün oluştuğunun” kabulü, tam ehliyetsiz kişilerin “ayırt etme gücüne sahip olduğu” anlamına gelir ve tam ehliyetsiz kişilerin ayırt etme gücüne sahip olmadığının kabulü ile çelişir.

### III. VESAYET ALTINDAKİ SINIRLI EHLİYETSİZ KİŞİNİN SERBEST MALLARINI YÖNETMESİ

TMK m. 455 hükmü gereğince vesayet altındaki sınırlı ehliyetsiz kişi serbest mal niteliğini haiz malvarlığı unsurlarının yönetimine ilişkin gerekli hukuki işlemleri borç altına sokacak mahiyette olsa dahi bizzat yapabilme ehliyetine sahiptir<sup>51</sup>. Kanuni düzenleme ile vasi iznine bağlı olarak sınırlı ehliyetsizin serbest mallar üzerindeki bizzat tasarruf yetkisini kazanması kişinin fiil ehliyetinin genişlemesi sonucu doğurmaktadır<sup>52</sup>.

Vesayet altında sınırlı ehliyetsizin fiil ehliyetinin genişlemesi sonucunu doğuran iznin verilmesinde çeşitli amaçlar bulunur. Düzenleme ile örneğin küçüğün para yönetimine ilişkin maddi-manevi beceri kazanması, savurganlık nedenine bağlı olarak vesayet altına alınmış kişinin malvarlığı unsurlarına dair idare yetkisinin gelişiminin teşviki sağlanmıştır<sup>53</sup>. Bu noktada kanuni düzenlemenin temelinde vesayet altındaki sınırlı ehliyetsizin serbest mallara ilişkin yönetim yetkisi ile bağlantılı olarak bir nevi insiyatif alması sağlanmaktadır. Serbest

<sup>49</sup> Açıkgöz, (n 2) 253

<sup>50</sup> Mustafayev, (n 2) 284; Ayrıca detaylı bilgi için bkz. Mehmet Ayan, Eşya Hukuku II Mülkiyet (9. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2016) 582

<sup>51</sup> Yılmaz ve Yıldırım, (n 2) 126; Akıntürk ve Ateş, “Medeni” (n 16) 134; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, “Kişiler” (n 2) 101; Açıkgöz, (n 2) 287; Akıntürk ve Ateş, “Aile” (n 2) 523; Aslan Bingöl, (n 2) 181; Antalya ve Topuz (n 2) 256 dn. 42; Erdoğan ve Keskin (n 2) 256; Kayran (n 2) 66; Em (n 2) 41; Mustafayev (n 2) 198; Öz (n 2) 88; Erdoğan, Akkurt ve Tokat, (n 2) 224; Alman Medeni Kanunu m. 110 hükmünde sınırlı ehliyetsize verilen harçlıkların serbest mal niteliğini haiz olduğu belirtilmiştir. Ayan ve Ayan, “Kişiler” (n 2) 68

<sup>52</sup> Öz, (n 2) 83; Açıkgöz, (n 2) 292; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, “Kişiler” (n 2) 100-101

<sup>53</sup> Mustafayev, (n 2) 178 dn. 179; Açıkgöz, (n 2) 287

mallara ilişkin tasarruf yetkisinin doğrudan vesayet altındaki sınırlı ehliyetsize bırakılması ile vasinin ilgili serbest mallara ilişkin idare yükümlülüğü kalkar ve temsil yetkisi bulunmaz<sup>54</sup>.

TMK m. 455 hükmünün geçerli olarak uygulanabilmesi için öncelikle vesayet altındaki sınırlı ehliyetsiz kişiye malvarlığı değerlerinin bir bölümünün vasi tarafından kendisinin tasarrufuna bırakılmış olması gereklidir<sup>55</sup>. İzin herhangi bir şekle tabi değildir. Sözlü, yazılı, açık veya örtülü olarak izin verilebilir. Ayrıca izin belirli mallara ilişkin sınırlı olabilir veya şarta bağlanabilir<sup>56</sup>. Verilen iznin yetki ve usulde paralellik çerçevesinde vasi tarafından geri alınması da mümkündür.

Vesayet altındaki sınırlı ehliyetsizin tasarrufuna bırakılacak malvarlığı unsurlarına ilişkin herhangi bir kanuni sınırlama bulunmamaktadır<sup>57</sup>. Lakin vesayet kurumunun temel amacı olarak vesayet altındaki kişinin korunması ilkesi göz önüne alındığında, vesayet makamı tarafından, vesayet altındaki sınırlı ehliyetsiz kişi aleyhine bir durum yaratacak büyüklükteki malvarlığı değerlerinin bizzat tasarrufuna bırakılmasına ilişkin bir sınırlama getirilebileceğinin kabulü gereklidir. Zira vasi izni ile vesayet altındaki sınırlı ehliyetsiz kişinin tüm malvarlığı değerlerinin bizzat kendi tasarrufuna bırakılması, vasinin malvarlığı değerlerinin yönetimi görevine ilişkin özen yükümlülüğüne aykırı bir davranış olur.

Doktrinde serbest mallara ilişkin cep harçlığı, yaş günü, bayram, çeşitli törenler nedeniyle verilen harçlıklar, yemek parası, seyahat masrafı, olağan hediyeler gibi örnekler verilmiştir<sup>58</sup>. Saydığımız örneklerin bizzat vasi tarafından vesayet altındaki sınırlı ehliyetsize teslimi gerekli olmayıp doğrudan üçüncü kişiler tarafından sağlanması da mümkündür. Ayrıca vasi iznine bağlı olarak vesayet altındaki sınırlı ehliyetsizin bizzat fiziksel veya düşünsel alandaki çalışmalarına bağlı olarak elde ettiği kazançlar da serbest mal niteliğindedir<sup>59</sup>. Bununla birlikte çalışma izninin vasi tarafından verilmiş olması gerekli olup, izin bulunmaksızın yapılan çalışmalara ilişkin elde edilen kazanımlar serbest mal olarak değerlendirilmez. Bu noktada TMK m. 455 ile TMK m. 453 arasındaki yakın ilişki dikkatle değerlendirilmelidir. Çalışmamızda belirttiğimiz üzere TMK m. 453 hükmü ile vesayet altındaki sınırlı ehliyetsize sağlanan izin bir meslek veya sanatın yürütümüne ilişkin olup bağımsız niteliktedir<sup>60</sup>. Lakin

<sup>54</sup> Kayran, (n 2) 61; Açıkgöz, (n 2) 290; Akıntürk ve Ateş, “Aile” (n 2) 520

<sup>55</sup> Açıkgöz, (n 2) 288

<sup>56</sup> ibid 290

<sup>57</sup> ibid 288

<sup>58</sup> Öz, (n 2) 88; Açıkgöz, (n 2) 288

<sup>59</sup> Mustafayev, (n 2) 198; Açıkgöz, (n 2) 289

<sup>60</sup> Detaylı bilgi için bkz. Başlık I-B

TMK m. 455 hükmü bir mesleğin veya sanatın icrası kapsamında olmayan, bağımlı nitelikte ve genellikle geçici bir süreliğine belirli bir işin görülmesine ilişkindir<sup>61</sup>. Gündelik hizmetçilik, saat başı ders verme veya müşterilere mal tedariki TMK m. 455 hükmüne ilişkin örnek olarak verilebilen işlerdir<sup>62</sup>. TMK m. 455 hükmünün TMK m. 453 hükmünden bir diğer farkı da iznin doğrudan vasi tarafından verilmesidir. TMK m. 453 hükmünde belirtildiği üzere izin vesayet makamı tarafından verilmelidir. Ayrıca TMK m. 455 gereğince vesayet altındaki kişinin yapmış olduğu tasarruflara bağlı olarak hukuki sorumluluğu yalnızca kendi tasarrufuna bırakılmış serbest mallarla sınırlıdır<sup>63</sup>. Bununla birlikte TMK m. 453 hükmü çerçevesinde yapılan tasarruflardan doğan hukuki sorumluluk ise vesayet altındaki sınırlı ehliyetsizin tüm malvarlığı üzerinde doğar<sup>64</sup>. Belirtmek isteriz ki TMK m. 453 hükmüne bağlı olarak elde edilen kazanımların idaresine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Fakat TMK m. 455 hükmü ile ilişkili olarak elde edilen kazanımların yönetim ve idaresi doğrudan vesayet altındaki sınırlı ehliyetsiz kişiye bırakılmıştır<sup>65</sup>.

TMK m. 455 hükmü çerçevesinde vesayet altındaki sınırlı ehliyetsizin vasi iznine bağlı olarak kendisine bırakılmış serbest mallara ilişkin tasarruf edebilmesi için gerekli olan diğer şart ise ilgili serbest mallara ilişkin vesayet altındaki sınırlı ehliyetsiz kişinin “serbestçe tasarruf imkanına” sahip olmasıdır<sup>66</sup>. Şayet kişiye belirli bir amaca veya şarta yönelik bir malvarlığı unsurunun teslimi söz konusu ise TMK m. 455 hükmü uygulanmaz. Zira vesayet altındaki sınırlı ehliyetsiz kişinin serbest mallara ilişkin olarak “serbestçe” tasarruf edebilme yetkisi bulunmalıdır. Örneğin aylık faturaların ödenmesi hususunda kişiye belirli bir miktarda para bırakılmış ise serbest tasarruf yetkisinden söz edilemez<sup>67</sup>.

Vesayet altındaki sınırlı ehliyetsiz kişinin bizzat tasarrufuna bırakılmış serbest mallara ilişkin dava ve taraf ehliyeti ile icra takip yetkisi bulunur. Bu durum kişiye serbest mallara ilişkin bizzat tasarrufta bulunabilme yetkisi verilmesinin bir sonucudur<sup>68</sup>. Zira dava ve icra takip işlemlerine ilişkin bizzat yetkisinin bulunmamasının kabulü ile yönetim bakımından serbest

<sup>61</sup> Öz, (n 2) 87-88; Açıkgöz, (n 2) 289

<sup>62</sup> Açıkgöz, (n 2) 290

<sup>63</sup> ibid 291

<sup>64</sup> Detaylı bilgi için bkz. Başlık I-E

<sup>65</sup> Kayran, (n 2) 66; Em, (n 2) 41; Açıkgöz, (n 2) 291

<sup>66</sup> Açıkgöz, (n 2) 288

<sup>67</sup> ibid 289

<sup>68</sup> Akıntürk ve Ateş, “Aile” (n 2) 526; Mustafayev, (n 2) 261; Erdoğan, Akkurt ve Tokat, (n 2) 225; Ayan ve Ayan, “Kişiler” (n 2) 77; Yılmaz ve Yıldırım, (n 2) 128; Erdoğan ve Keskin, (n 2) 258-259; Açıkgöz, (n 2) 293

tasarruf yetkisinin bulunduğu malvarlığı unsurlarının kanun koyucunun düzenleme ile sağladığı serbest tasarruf yetkisi ile doğrudan çelişkili bir durum ortaya çıkarır.

#### IV. VESAYET ALTINDAKİ KİŞİNİN KİŞİYE SIKI SIKIYA BAĞLI HAKLARI KULLANIMI

##### A. GENEL OLARAK KİŞİYE SIKI SIKIYA BAĞLI HAKLAR

Kişiyeye sıkı sıkıya bağlı haklar doktrinde hakkın kullanımı kararının yalnızca hak sahibi tarafından alındığı ve hakkın kullanım kararının mutlaka hak sahibinin şahsi iradesiyle alındığı haklar olarak tanımlanmıştır<sup>69</sup>. Kişiyeye sıkı sıkıya bağlı hakların bulunması irade özerkliği ve kişinin karar verme özgürlüğünün güvence altına alınması isteğinin bir sonucudur<sup>70</sup>. Kişiyeye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanımına karar verme yetkisinin başkasına tanınması kural olarak mümkün değildir. Zira kişiyeye sıkı sıkıya bağlı haklar kişilik ile yakından ilgilidir ve hakkın kullanımı kararının başkası tarafından alınması kişilik kavramı ile çelişir<sup>71</sup>. Kişiyeye sıkı sıkıya bağlı hakların şahsen kullanım zorunluluğundan anlaşılması gerekli olan husus hakkın kullanım kararının bizzat hak sahibi tarafından alınması gerekliliğidir<sup>72</sup>. Kararın alınmasına ilişkin kişinin şahsi iradesinin gerekliliği dışında kararın verilmesinden sonra hukuki sonuca yönelik gerekli işlemlerin (örneğin davanın sürdürülmesi) bizzat kararı veren kişi tarafından yapılması gerekli değildir<sup>73</sup>.

Kişiyeye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanımı konusunda kararın alınması aşamasında temsil mümkün değildir. Kararın temsilci aracılığıyla alınması yasal temsil düşmanlığının

<sup>69</sup> Yazarlar şahsen kullanılacak haklar olarak ifade etmektedir; M. Kemal Oğuzman ve Nami Barlas, *Medeni Hukuk* (21. Baskı, Vedat Kitapçılık 2015) 166; Akıntürk ve Ateş, “Medeni” (n 16) 134; Antalya ve Topuz, (n 2) 217, 256; Şaban Kayıhan ve Mustafa Ünlütepe, *Medeni Hukuka Giriş ve Türk Medeni Kanunu’nun Başlangıç Hükümleri* (4. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2019) 275; Erdoğan, Akkurt ve Tokat, (n 2) 107; Erdoğan ve Keskin, (n 2) 140; Mehmet Ayan, Nurşen Ayan, *Medeni Hukuka Giriş* (12. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2016) 109; Kayıhan ve Ünlütepe, (n 69) 177; Ekrem Kurt, ‘Türk Hukukunda Kişiyeye Sıkı Sıkıya Bağlı Haklar ve Hukuki Sonuçları’, (2016) 15 (2) İKÜHFD, 121, 124; Zürich Mahkemesinin bir kararında kişiyeye sıkı sıkıya bağlı hakların söz konusu niteliği şu şekilde açıklanmıştır: “*Münhasıran şahsa bağlı haklar insana şahsiyeti icabı tanınan; yani kişinin tamamen ve münhasıran kendisinden sadır oldukları için kullanılmalrı da onun kararına bağlı bulunması gereken haklar olup bunların bir temsilci vasıtasıyla kullanılması kişiliğın mahiyetine telif kabul etmez; Mustafayev* (n 2) 202 dn 272. ; Kişiyeye sıkı sıkıya bağlı haklara ilişkin detaylı bilgi için bkz. Serap Helvacı, ‘Kişilik İşlemi Hakları (Münkasıran Şahsa Bağlı Haklar)’ (Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 1993)

<sup>70</sup> Açıkğöz, (n 2) 261

<sup>71</sup> Kurt, (n 69) 124; Oğuzman ve Barlas, (n 69) 166; Kayıhan ve Ünlütepe, “Medeni” (n 69) 275

<sup>72</sup> Oğuzman ve Barlas, (n 69) 166; Kurt, (n 69) 129; Kayıhan ve Ünlütepe, “Medeni” (n 69) 275; Mustafayev, (n 2) 203; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, “Kişiler” (n 2) 96; Akıntürk ve Ateş, “Medeni” (n 16) 134; Erdoğan ve Keskin, (n 2) 140; Ayan ve Ayan, “Medeni” (n 69) 109; Kayıhan ve Ünlütepe, “Bilgi” (n 16), 177

<sup>73</sup> Helvacı, (n 69) 83-84; Oğuzman ve Barlas, (n 69) 166; Kurt, (n 69) 129; Mustafayev, (n 2) 203; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, “Kişiler” (n 2) 96; Ayan ve Ayan, “Medeni” (n 69) 109; Kayıhan ve Ünlütepe, “Medeni” (n 69) 277; Antalya ve Topuz, (n 2) 217

oluşmasına sebebiyet verir<sup>74</sup>. Bu durum velayet veya vesayet altındaki sınırlı ehliyetsiz kişiler açısından da geçerlidir. TMK m. 16 hükmünde belirtildiği üzere veli veya vasi, küçük ve kısıtlıya ilişkin kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanılması kararını alma yetkisini haiz değildir. Zira TMK m. 16'nın ikinci cümlesinde kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanımında yasal temsilcilerin izninin gerekli olmadığı belirtilmiştir<sup>75</sup>.

Kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar kural olarak başkasına devredilemez ve mirasçılara intikal etmez<sup>76</sup>. Bununla birlikte kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanımı mali bir sonuca yönelik ise ve karşı taraf bu sonucu kabul etmişse istisnaen devri mümkündür<sup>77</sup>. Ayrıca hak sahibi tarafından hakkın ileri sürülmesi durumunda hak sahibinin ölümü sonrasında mirasçılar tarafından hukuki sonuca ilişkin gerekli işlemler yapılabilir<sup>78</sup>.

## B. VESAYET ALTINDAKİ SINIRLI EHLİYETSİZ KİŞİLER AÇISINDAN KİŞİYE SIKI SIKIYA BAĞLI HAKLARIN KULLANIMI

TMK m. 16 hükmü sınırlı ehliyetsiz kişilerin, kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanımı açısından yasal temsilcilerinin rızasının gerekli olmadığını ifade etmektedir. Bu nedenle kural olarak kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar vesayet altındaki sınırlı ehliyetsiz tarafından bizzat kullanılabilir. Bununla birlikte doktrinde kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanımı (ve hakkın kullanımından vazgeçilmesi) açısından ikili bir ayrıma gidilmektedir<sup>79</sup>. Birinci ayırım bazı kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların yalnızca vesayet altındaki sınırlı ehliyetsiz tarafından kullanılabilmesi yönündedir. İkinci ayırım ise kanundan doğan zorunluluk gereği bazı kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanımı açısından yasal temsilcisi katılımı ve/veya vesayet makamı izni ile kullanılabilmesine ilişkindir.

TMK hükümleri içerisinde hangi hakların kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar olduğuna ilişkin bir bilgi bulunmamaktadır. Doktrinde yalnızca vesayet altındaki sınırlı ehliyetsiz tarafından

<sup>74</sup> Açıkgöz, (n 2) 262; Mustafayev, (n 2) 273; Yasal temsil düşmanlığı hakkında detaylı bilgi için bkz. Helvacı, (n 69) 80 vd

<sup>75</sup> Bu kuralın TMK da istisnaları bulunmaktadır. Örneğin TMK m. 118 hükmünde belirtildiği üzere nişanlanma yasal temsilcinin rızasına bağlı olarak küçük veya kısıtlı açısından bağlayıcılık kazanır. Ayrıca bkz. TMK m. 126-127

<sup>76</sup> Oğuzman ve Barlas, (n 69) 168; Kurt, (n 69) 124; Mustafayev, (n 2) 201; Zeytin ve Ergün, (n 2) 66; Ayan ve Ayan, "Medeni" (n 69) 108; Kayıhan ve Ünlütepe, "Bilgi" (n 16), 177; Kayıhan ve Ünlütepe, "Medeni" (n 69) 275; Erdoğan ve Keskin, (n 2) 140; Antalya ve Topuz, (n 2) 217

<sup>77</sup> TMK m. 25 hükmünde manevi tazminat açısından karşı tarafın kabulü sonucunda devri mümkündür

<sup>78</sup> Kurt, (n 69) 125; Oğuzman ve Barlas, (n 69) 168; Mustafayev, (n 2) 206; Antalya ve Topuz, (n 2) 219. Örneğin TMK m. 159 hükmünde evlenmenin butlanı davası açısından mirasçıların açılmış olan davayı devam ettirebilme yetkisi belirtilmiştir. Ayrıca bkz. TMK m. 25, TMK m. 121

<sup>79</sup> Detaylı bilgi için bkz. Helvacı, (n 69) 21 vd; Mustafayev, (n 2) 211 vd; Kurt, (n 69) 128 vd; Açıkgöz, (n 2) 272, 274; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, "Kişiler" (n 2) 97, 98

kullanılabilecek kişiye sıkı sıkıya bağlı haklara ilişkin örnekler verilmiştir. Bu haklar; kişilik hakkını koruyan tespit ve men davaları, kişinin bedeni üzerinde gerçekleştirilen çeşitli ameliyatlara ve tıbbi müdahaleler<sup>80</sup>, TMK m. 24-25 hükümlerine dayanılarak açılan manevi tazminat davası<sup>81</sup>, ismin korunmasına ilişkin davalar, zina yapan eşin affı, vasiyetname

<sup>80</sup> Yargıtay 18. HD. bir kararında vesayet altındaki sınırlı ehliyetsiz organ bağışlaması hususunda irade açıklamasında bulunmak üzere vasiye yetki verilemeyeceğini hüküm altına almıştır. Yargıtay 18. HD. E. 2013/16178, K. 2014/3998, T. 6.3.2014 “*en temel insan hakkı olan yaşam hakkı ve vücut bütünlüğüne ilişkin olarak Anayasa’da, tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı, rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tabi tutulamayacağı, Türk Medeni Kanunu’nda ise, ancak yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılınması ve naklinin mümkün olacağı, biyolojik madde verme borcu altına girmiş olandan da edimini yerine getirmesinin istenemeyeceği, maddi ve manevi tazminat isteminde bulunulamayacağı açıkça düzenlenmiştir. Yukarıda açıklanan mevzuatın emredici hükümleri dikkate alındığında Ereğli Sulh Hukuk Mahkemesi’nin 23/1/2013 gün 2010/453 Esas 575 Karar sayılı hükmü ile kısıtlı Ş.YARGITAY’dan kardeşi E.YARGITAY’a böbrek nakli hususunda irade beyanında bulunmak ve bu doğrultuda gerekli işlemleri yapmak üzere vasi T.YARGITAY’ye izin ve yetki verilmesine ilişkin karar usul ve yasaya aykırıdır.*” Erişim T. 16.05.2021, [www.hukukturk.com](http://www.hukukturk.com); Kurt (n 69) 138 Kurt, botoks uygulamasının sınırlı ehliyetsizler açısından da yasal temsilci rızası aranmaksızın gerçekleştirilebileceğini ifade etmektedir. Kanaatimizce görüşe katılmak mümkün değildir. Zira botoks uygulamasının tedavi amacı gütmeksizin yalnızca estetik kaygılarla yapılması durumunda oluşturduğu mali külfetlerle birlikte botoks işleminin icrası sırasında ve işlemin tamamlandıktan sonraki sürece bağlı olarak getirdiği riskler göz önüne alındığında yasal temsilci rızasının gerekli olduğunun kabul edilmemesi sınırlı ehliyetsiz korunması ilkesiyle çelişir. Ayrıca Tababet ve Şuabatı San’atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun, Kanun Numarası : 1219, Kabul Tarihi : 11.04.1928 RG: 14.04.1928/863 Madde 70 “*Tabipler, diş tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evveleminde muvafakatını alırlar. Büyük ameliyei cerrahiyeler için bu muvafakatın tahriri olması lazımdır. (Veli veya vasisi olmadığı veya bulunmadığı veya üzerinde ameliye yapılacak şahıs ifadeye muktedir olmadığı takdirde muvafakat şart değildir.) Hilafında hareket edenlerden alakadların şikayetine bağlı olmak şartıyla on liradan iki yüz liraya kadar hafif cezai nakdi alınır.*” hükmü gereğince yasal temsilci rızasının alınması kanuni bir gerekliliktir. Ayrıca belirtmek isteriz ki çocuğa aşı yapılması hususunda kural olarak yasal temsilci rızası gereklidir. Lakin Yargıtay kararında da belirtildiği üzere rızanın haklı bir gerekçe gösterilmeksizin verilmemesi çocuğun üstün yararı ile çelişir. Yargıtay 2. HD. E. 2014/26980, K. 2015/6339, T. 1.4.2015 “*çocuğa uygulanacak aşının, gelecekteki hastalıklardan çocuğu birey olarak korumak ve toplum sağlığı açısından gerekli olan Sağlık Bakanlığınca belirlenen "genişletilmiş bağışıklık programı" uyarınca yapılması zorunlu aşılarından olduğu görülmektedir. Böyle bir durumda çocuğun yasal temsilcileri uygulanacak aşı ile ilgili olarak aydınlatıldıkları halde, hiç bir haklı gerekçe ileri sürmeksizin buna rıza göstermiyorlarsa çocuğun menfaatine aykırı olan bu tavra hukuki sonuç bağlanamaz. Diğer bir ifadeyle ana ve babanın rıza göstermemeleri çocuğun üstün yararına açıkça aykırı ise rıza aranmaz. Olayda ana baba çocuğa aşı uygulanmasına karşı çıkmışlar, buna rızalarının bulunmadığını bozmadan sonraki yargılama sırasında ifade etmişlerdir. Ne var ki; bu beyanlarını haklı gösterecek bir sebep ve delil göstermedikleri gibi dosyada da, yapılması istenilen aşının çocuğun üstün yararına aykırı olacağına ilişkin bir bulgu ve olgu bulunmamaktadır. Aşının, çocuğun gelecekteki bireysel sağlığı yanında, toplum sağlığı açısından da yapılması zorunlu olduğu dosyadaki raporlardan anlaşıldığına göre, isteğin kabulüne karar verilmesi gerekirken salt ana ve babanın rıza göstermedikleri gerekçesine dayanılarak talebin reddi usul ve yasaya aykırı bulunmuştur.*” Erişim T. 16.05.2021, [www.hukukturk.com](http://www.hukukturk.com); Ayrıca belirtmek isteriz ki gebeliğin sona erdirilmesi hususunda Nüfus Planlaması Hakkında Kanun m. 6 hükmü gereğince vasiinin rızası (ve sulh hakiminin izni) gereklidir. Nüfus Planlaması Hakkında Kanun m. 6 “*.. müdahale, gebe kadının iznine, küçüklerde küçüğün rızası ile velinin iznine, vesayet altında bulunup da reşit veya mümeyyiz olmayan kişilerde reşit olmayan kişinin ve vasiinin rızası ile birlikte sulh hakiminin izin vermesine bağlıdır. Ancak akıl maluliyeti nedeni ile şuur serbestisine sahip olmayan gebe kadın hakkında rahim tahliyesi için kendi rızası aranmaz..*”

<sup>81</sup> Yargıtay 4. HD. E. 1995/5439, K. 1995/6448, T. 21.9.1995 “*Davacı, davalı tarafından ırzına geçilmesi ve alıkonulması nedeniyle uğradığı maddi ve manevi zararının ödetilmesini talep ve dava etmektedir. Dava, şahsiyet hakkına hukuka aykırı olarak tecavüz iddiasına dayanmaktadır. Şahsiyet hakkı hukuka aykırı olarak tecavüze uğrayan ve bu suretle maddi ve manevi zarara maraz kalan kimse temyiz kudreti bulunan küçük veya mahcup ise, tazminat davasını (münhasıran şahsa merbut hak olması itibarıyla) kanuni temsilcisinin iznine tabi olmaksızın kendisi açabilir*” Erişim T. 16.05.2021, [www.hukukturk.com](http://www.hukukturk.com)

yapmak<sup>82</sup>, soybağının reddi, babalık davası, evliliğin nispi butlanı ve iptali, nişanı bozma, vesayet kaldırılması talebi, vasi hakkında şikayette bulunma haklarıdır<sup>83</sup>. Ayrıca Çocuk Hakları Sözleşmesi m. 12 gereğince kendilerini ifade etme hakkının da kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğunun da kabulü gerekir<sup>84</sup>. Doktrinde nişanlanma hakkı açısından tartışmalı görüşler bulunmaktadır<sup>85</sup>. Kanaatimizce nişanlanma hakkı TMK m. 118/II gereğince yasal temsilcinin rıza göstermesi şartına bağlı olarak vesayet altındaki sınırlı ehliyetsiz kişi tarafından kullanılabilir bir haktır. Kanun lafzında açıkça yasal temsilcinin rıza göstermesi şartından bahsedilmiş olması nedeniyle nişanlanma hakkının bizzat vesayet altındaki sınırlı ehliyetsiz iradesi ile kullanımı mümkün değildir. Bununla birlikte nişanlanma hakkının yasal temsilcinin rızasına bağlı olarak kullanılabilir bir hak olması, hakkın kişiye sıkı sıkıya bağlılık özelliğini değiştirmez. Örneğin yasal temsilci vesayet altındaki sınırlı ehliyetsiz adına bir nişanlanma işlemi gerçekleştiremez. Önemli olan husus vesayet altındaki sınırlı ehliyetsiz kişinin nişanlanma yönündeki irade açıklamasının yasal temsilci tarafından rıza gösterilerek tamamlanmasıdır. Rızanın bulunmaması durumunda ise askıda hükümsüzlük yaptırımını ile karşılaşılr<sup>86</sup>. Bu nedenle yasal temsilci rızasının bulunmadığı bir nişanlanmanın vesayet altındaki sınırlı ehliyetsiz kişinin “nişanlanma açısından” herhangi bir hukuki sorumluluğu bulunmaz. Lakin haksız fiil ve hakkaniyet sorumluluğu çerçevesinde çeşitli sonuçların oluşması mümkündür. Örneğin tam ehliyetli gibi davranılarak karşı taraf aldatılmışsa haksız fiil hükümleri uygulanır<sup>87</sup>. Ayrıca nişanın bozulması sebebiyle oluşan zararın tazmini açısından vesayet altındaki kişinin hakkaniyet sorumluluğu oluşabilir<sup>88</sup>.

Vesayet altındaki sınırlı ehliyetsizin bazı kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanabilmesi için ise yasal temsilci katılımı ve/veya vesayet makamı/denetim makamı izni gereklidir. Bunun

<sup>82</sup> TMK m. 502 hükmü gereğince vasiyetname yapabilme ehliyeti on beş yaşın doldurulması ve ayırt etme gücünü haiz olmaktır

<sup>83</sup> Oğuzman ve Barlas, (n 69) 166; Açıkgöz, (n 2) 272-273; Akıntürk ve Ateş, “Aile” (n 2) 522; Oğuzman, Selici ve Oktay-Özdemir, “Kişiler” (n 2) 97; Akıntürk ve Ateş, “Medeni” (n 16) 134; Mustafayev, (n 2) 211-212; Kurt, (n 69) 133; Erdoğan, Akkurt ve Tokat, (n 2) 107, 223; Ayan ve Ayan, “Medeni” (n 69) 109; Yılmaz ve Yıldırım, (n 2) 127; Kayıhan ve Ünlütepe, Bilgi (n 16), 177; Kayıhan ve Ünlütepe, Medeni (n 69) 276

<sup>84</sup> Çocuk Hakları Sözleşmesi m. 12 “Her çocuk, görüşlerini serbestçe ifade etme, kendisini ilgilendiren her konuda görüşlerinin dikkate alınmasını isteme hakkına sahiptir. Herkesin çocukları dinleme, onların fikirlerini öğrenme ve onlara saygı gösterme sorumluluğu vardır”

<sup>85</sup> Detaylı bilgi için bkz. Açıkgöz, (n 2) 281 vd. Bu noktada Akıntürk ve Ateş’in görüşüne katıldığımızı belirtmek isteriz. Akıntürk ve Ateş nişanlanma hakkının kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğunu lakin nişanlanmadan doğabilecek mali yükümlülükler nedeniyle kanun koyucu tarafından yasal temsilci rızasına tabi tutulduğunu belirtmektedir. Bu nedenle nişanlanmanın yasal temsilci rızası olmadıkça sınırlı ehliyetsizi bağlamayacağını kabul etmektedir(görüşe ilişkin detaylı bilgi için bkz. Akıntürk ve Ateş, “Aile” (n 2) 31

<sup>86</sup> Akıntürk ve Ateş, “Aile” (n 2) 32

<sup>87</sup> Açıkgöz, (n 2) 285

<sup>88</sup> ibid 284

haklar doktrinde şu şekilde belirtilmiştir: Evlenme<sup>89</sup>, boşanma<sup>90</sup>, ergin kılınma, isim değişikliği, yaşın düzeltilmesi, evlat edinme veya edinilme, çocuğun tanınması, miras sözleşmesi yapma/geri alma, mirasın kabulü/reddi, mal rejimi sözleşmesi yapma, vatandaşlığa girme veya vatandaşlıktan çıkma, Dernekler Kanunu<sup>91</sup> m. 3/III gereğince on beş yaşını bitiren ayırt etme gücünü haiz çocuklar açısından gelişimlerine katkıda bulunması amacıyla çocuk derneği kurma veya üyelik Dernekler Kanunu m. 3/IV gereğince on iki yaşını bitirmiş çocukların çocuk derneklerine üyeliği (yönetim ve denetim kurullarında görev almamak koşuluyla) TMK m. 405-406 hükümlerine dayanılarak kısıtlılığını isteme haklarıdır<sup>92</sup>. Örnekler açısından sınırlı sayı prensibi geçerlidir<sup>93</sup>. Zira örnekler TMK m. 16 gereğince vesayet altındaki sınırlı ehliyetsizin kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları bizzat gerçekleştirebileceği kuralına istisna teşkil etmektedir ve istisnaların kıyası mümkün olmamakla birlikte ayrıca dar yorumlanması gereklidir. Kural olarak yasal temsilci tarafından verilmesi gereken izne ilişkin bir şekil şartı bulunmamaktadır. Lakin evlenme hususunda verilecek izin<sup>94</sup> TMK m. 136 gereğince yazılı olması gerekir. Ayrıca Dernekler Kanunu m. 3 gereğince de yasal temsilci tarafından iznin yazılı olarak verilmesinin gerektiği ifade edilmiştir.

<sup>89</sup> TMK m. 153 hükmü gereğince ayırt etme gücüne sahip sınırlı ehliyetsizin yasal temsilci rızası olmaksızın evlenmesi durumunda yasal temsilci evliliğin iptalini talep edebilir.

<sup>90</sup> Yargıtay 2. HD. E. 1994/1417, K. 1994/1882, T. 22.2.1994 “Boşanma münhasıran şahsa bağlı haklardan ise de, Hukuk sistemimiz ancak dava yolu ile boşanmaya imkan verdiğiinden boşanma davasının münhasıran bu şahsi hakkın kullanılması niteliğinde kabul etmek mümkün değildir. Davaya bağlı olarak veya karşılık dava sebebiyle davanın taraflarına bir kısım mali külfetin yönelmesi muhtemeldir. İşte bu sebeple mümeyiz mahcurlar dahi boşanma davasını bizzat (MK. 405) (YARGITAY 2. H.D.nin 8.10.1985 günlü ve 7164/7948 sayılı kararı) takip edemezler. Hele kendilerini vekil ile temsil ettirmeleri söz konusu olduğunda mutlaka akti ilişkinin vasileri tarafından kurulması zorunludur. (MK. 16.) (YARGITAY 2. H.D.nin 23.10.1992 tarihli 8875/10177 ve 9.12.1992 tarihli 11697/12235 sayılı kararları)... MUHALEFET ŞERHİ Medeni Kanununun 16. maddesi uyarınca sezgin olan küçüklerle kısıtlular yasal temsilcilerinin onayı olmadıkça kendi işlemlerinden dolayı sorumlu tutulamazlar. Ancak karşılıksız edimler kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanılmasında yasal temsilcinin onayı gerekmez. (MK. md. 16/1-2) Küçük veya kısıtlı kişiye sıkı sıkıya bağlı bu hakları bizzat kullanabilir. Kişiye bağlı hakların dava yolu ile kullanılmasında da durum aynıdır. (Bak. Prof. Dr. Köprülü, Bülent Medeni Hukuk 1, 2. Kitap 1984 Sh. 228) (Bu kuralın ayrıcalıkları MK. 12, 90, 91, 254, 258. maddeleriyle sınırlı olarak belirtilmiştir.) bu itibarla mahkumiyeti nedeniyle kısıtlanan ancak sezgin olan davacının şahsa sıkı sıkıya bağlı olan boşanma davası hakkını kullanmasına vasinin iznine gerek yoktur. Bu itibarla sayın çoğunluğun bozma görüşlerine katılmıyorum.” Erişim T. 16.05.2021, [www.hukukturk.com](http://www.hukukturk.com)

<sup>91</sup> Dernekler Kanunu, Kanun Numarası: 5253, Kabul Tarihi: 04.11.2004 RG: 23.11.2004/25649

<sup>92</sup> Açıköz, (n 2) 274-276; Akıntürk ve Ateş, “Aile” (n 2) 522; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, “Kişiler” (n 2) 98; Mustafayev, (n 2) 214; Kurt, (n 69) 163 vd.; Erdoğan, Akkurt ve Tokat, (n 2) 224; Zeytin ve Ergün, (n 2) 87; Ayan ve Ayan, “Kişiler” (n 2) 69-70; Ayan ve Ayan, “Medeni” (n 69) 109; Yılmaz ve Yıldırım, (n 2) 127; Kayıhan ve Ünlütepe, “Bilgi” (n 16), 177; Kayıhan ve Ünlütepe, “Medeni” (n 69) 276; Erdoğan ve Keskin, (n 2) 256; Antalya ve Topuz, (n 2) 218; Helvacı, (n 69) 57, 91 Helvacı yasal temsilci rızasının aranmasının sebebinin bu tür işlemler açısından vesayet altındaki kişinin korunması amacının üstün tutulması şeklinde açıklamaktadır

<sup>93</sup> Açıköz, (n 2) 277

<sup>94</sup> Evlenme için verilen iznin nişanlama için de verilmiş olduğunun kabulü gerekir. Zira nişanlanma TMK m. 118 gereğince bir evlilik vaadidir. Doğrudan evliliğe ilişkin verilen iznin bir evlilik vaadi olan nişanlanmayı da kapsadığının kabulü gereklidir. Lakin nişanlanma için verilen izin, evlilik açısından verilmiş sayılmaz. Zira nişanlanma evliliğin gerçekleştirilmesine yönelik bir cebri sonuç doğurmaz



Vesayet altındaki sınırlı ehliyetsizin kişiye sıkı sıkıya bağlı haklara ilişkin davalarda dava ehliyetleri bulunmaktadır<sup>95</sup>. Bu nedenle dava takip ve ilamın icrasına ilişkin işlemleri bizzat gerçekleştirebilirler.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı gereğince vesayet altındaki sınırlı ehliyetsizlerin kişiliğine karşı işlenmiş olan suçlardan dolayı dava ve şikayet hakkı bulunmaktadır<sup>96</sup>.

### C. VESAYET ALTINDAKİ TAM EHLİYETSİZ KİŞİLER AÇISINDAN KİŞİYE SIKI SIKIYA BAĞLI HAKLARIN KULLANIMI

TMK m. 16 hükmünün uygulama alanının sınırlı ehliyetsiz kişileri kapsamaması sebebiyle tam ehliyetsiz kişilerin TMK m. 16 hükmü çerçevesinde kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları bizzat veya yasal temsilcisi aracılığı ile kullanması mümkün değildir. Ayrıca kanunda gösterilen istisnalar dışında tam ehliyetsiz kişilerin hukuki işlemleri TMK m. 15 hükmü gereğince hukuki bir sonuç doğurmaz. Doktrinde bizim de katıldığımız görüşe göre tam ehliyetsiz kişi tarafından yapılan işlemler kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olur<sup>97</sup>. Kesin hükümsüzlük yaptırımı TMK m. 15 hükmünde herhangi bir ayrıma gidilmemesi sebebiyle kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanımını açısından da geçerlidir. Bu nedenle tam ehliyetsiz kişilerin kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları bizzat kullanması hukuki bir sonuç doğurmaz. Lakin TMK m. 145 hükmü gereğince tam ehliyetsiz bir kişinin yapmış olduğu evliliğin<sup>98</sup> yaptırımı kesin hükümsüzlük değil mutlak butlandır. Bu nedenle TMK m. 156 hükmü gereğince hakim tarafından butlan kararı verilmediği müddetçe evlilik geçerli bir evliliğin sonuçlarını doğurur. Tam ehliyetsiz kişi tarafından

<sup>95</sup> Açıkgoz, (n 2) 281; Akıntürk ve Ateş, "Aile" (n 2) 522; Akıntürk ve Ateş, "Medeni" (n 16) 135; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, "Kişiler" (n 2) 96; Kurt, (n 69) 129; Erdoğan, Akkurt ve Tokat, (n 2) 225; Helvacı, (n 69) 58

<sup>96</sup> 15.4.1942 gün ve 14/9 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı (naklen YCGK. E. 2004/44, K. 2004/58, T. 2.3.2004 "CYUY 'nın 344/2. maddesinde; "Mağdurun kanuni temsilcisi varsa şahsi dava açmak ona aittir." hükmüne yer verilmiştir. 15.4.1942 gün ve 14/9 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında da; "Temyiz kudretine sahip küçükler, (kanuni temsilcilerinin rızası olsun olmasın) doğrudan doğruya kişiliklerine karşı işlenmiş olan suçlardan dolayı dava ve şikayet hakkına sahiptir..... Kanuni temsilcilerin görevi, sezgin küçükler dava ve şikayette bulunmadıkları takdirde onların yerine geçerek yararlarını korumaktan ibarettir." denilmekte, Ceza Genel Kurulunun 18.12.1971 gün ve 43-50 sayılı kararında da, sezgin küçüklerin kanuni temsilcilerinin rızası olsun olmasın şikayetten vazgeçebileceği belirtilmekte, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu 'nun, 13. maddesinde, "Yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkes, bu Kanuna göre ayırt etme gücüne sahiptir" hükmüne yer verilmiş, 16. maddesinde ise, ayırt etme gücüne sahip küçüklerin kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarını kullanmada yasal temsilcilerinin rızasının gerekli olmadığı belirtilmiştir." Erişim T. 16.05.2021, [www.hukukturk.com](http://www.hukukturk.com)

<sup>97</sup> Oğuzman ve Barlas, (n 69) 219; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, "Kişiler" (n 2) 77; Açıkgoz, (n 2) 180; Akıntürk ve Ateş, "Medeni" (n 16) 135; Kayran, (n 2) 63; Mustafayev, (n 2) 274; Helvacı, (n 69) 62; Kayıhan ve Ünlütepe, "Bilgi" (n 16) 181

<sup>98</sup> Evlenme hakkının kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğu hakkında bkz. Başlık IV-B

yapılan işlemlerin kesin hükümsüzlük yaptırma tabi olmasının bir diğer istisnası ise ölüme bağlı tasarruflara<sup>99</sup> ilişkindir. Zira ölüme bağlı tasarrufların tam ehliyetsiz kişi tarafından yapılması durumunda TMK m. 557 hükmü gereğince iptali gereklidir. İptal davasının TMK m. 559 hükmü gereğince hak düşürücü süreler içerisinde açılmaması durumunda tam ehliyetsiz kişi tarafından yapılan ölüme bağlı tasarruf geçerliliğini korur.

Kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların tam ehliyetsiz kişiler tarafından kullanılamaması durumunda bu tür hakların yasal temsilci tarafından tam ehliyetsiz kişi adına kullanılabilir olup olmaması önem taşımaktadır. Kanaatimiz kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların tam ehliyetsiz kişinin kişisel bir menfaatinin bulunması şartına bağlı olarak yasal temsilci tarafından tam ehliyetsiz kişi adına kullanımının mümkün olduğu yönündedir. Zira önemli olan husus tam ehliyetsiz kişinin “korunmasıdır”. Bu nedenle her somut olay açısından durumun değişkenlik gösterebileceğini düşünüyoruz. Lakin TMK hükümlerinden “yalnızca kişi tarafından kullanılabilirliği” anlaşılan hükümler açısından “yalnızca kişi tarafından kullanılması gerektiğinin” kabulü zorunludur. Örneğin evliliğin kurulmasına ilişkin iradi açıklamanın “yalnızca kişi tarafından kullanılması gerektiği” TMK m. 142 hükmünden anlaşılmaktadır<sup>100</sup>.

Kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların yasal temsilci tarafından dahi tam ehliyetsiz kişi adına kullanılamayacağı kabul edilirse kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların “varlığının” tam ehliyetsiz kişiler açısından “yokluğu” problemi ortaya çıkacaktır. İstisnası bulunmaksızın bütün kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların tam ehliyetsiz kişiler açısından “yokluğunun kabulü” tam ehliyetsiz kişilerin “kişi olmadığının kabulü” anlamına gelecektir. Bu nedenle doktrinde üzerinde uzlaşıya varılmış olan yasal temsilci tarafından tam ehliyetsiz kişi adına bazı kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanımının mümkün olduğu görüşüne katılıyoruz<sup>101</sup>. Zira yasal temsilcinin tam ehliyetsiz kişi adına istisnası bulunmaksızın tüm kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanamaması tam ehliyetsiz kişinin korunması ve menfaatinin gözetilmesi açısından gereklidir. Önemli olan husus hangi kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların yasal temsilci tarafından tam ehliyetsiz kişi adına kullanılabilir olup olmadığına ilişkindir. Bu noktada doktrinde çeşitli görüşler bulunmaktadır<sup>102</sup>. Doktrinde kabul edilen ağırlıklı görüş kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların mutlak

<sup>99</sup> Ölüme bağlı tasarrufların kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan birisi olduğu hakkında bkz. Başlık IV-B

<sup>100</sup> TMK m. 142 “Evlendirme memuru, evleneceklerden her birine birbiriyle evlenmek isteyip istemediklerini sorar. Evlenme, tarafların olumlu sözlü cevaplarını verdikleri anda oluşur. Memur, evlenmenin tarafların karşılıklı rızası ile kanuna uygun olarak yapılmış olduğunu açıklar.”

<sup>101</sup> Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, “Kişiler” (n 2) 83; Açıkgöz, (n 2) 266; Kurt, (n 69) 132; Helvacı, (n 69) 85; Erdoğan, Akkurt ve Tokat, (n 2) 216; Ayan ve Ayan, “Kişiler” (n 2) 79; Ayan ve Ayan, “Medeni” (n 69) 110; Kayıhan ve Ünlütepe, Medeni (n 69) 276; Erdoğan ve Keskin, (n 2) 251; Antalya ve Topuz, (n 2) 218

<sup>102</sup> Tartışmalar için bkz. Açıkgöz, (n 2) 263-271; Mustafayev, (n 2) 297-298; Erdoğan ve Keskin, (n 2) 251

ve nispi olarak ayırma tutulması ve nispi kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların yasal temsilci tarafından tam ehliyetsiz adına kullanılabileceği yönündedir<sup>103</sup>. İlgili görüş nispi kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar olarak kişilik haklarının ihlalden doğan maddi/manevi tazminat taleplerini, ergin kılınmayı, tanımaya itirazı ve evlat edinmeyi belirtmiştir. Belirtilen haklar dışında kalan kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar (nişanlanma, evlenme, nişanın bozulması, bazı evliliğin feshi nedenleri, boşanma, soybağının reddi, tanıma, babalık davası açma, ölüme bağlı tasarruflarda bulunma) ise mutlak niteliğini haiz olduğundan mütevellit tam ehliyetsiz veya yasal temsilci tarafından hiçbir koşulda kullanılamayacaktır. Kanaatimizce görüşe katılmak mümkün değildir. Zira tam ehliyetsiz kişinin kişisel nitelikteki menfaatleri ile açıkça çelişen bir durumda kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanımının sınırlanması eşitlik ilkesine aykırılık oluşturur. Bu nedenle her somut olaya özgü olarak tam ehliyetsiz kişinin menfaatinin değerlendirilmesinin gerekli olduğunu düşünüyoruz. Menfaat kelimesinden anlaşılması gerekli olan husus kişisel nitelikteki menfaatler olup malvarlığı açısından bir menfaatin oluşması değildir. Lakin belirtmek isteriz ki kanunda tam ehliyetsiz kişiler tarafından gerçekleştirilmesi yasaklanan kişiye sıkı sıkıya bağlı işlemlerin<sup>104</sup> yasal temsilcisi tarafından da gerçekleştirilmesi mümkün değildir. Bu durumda somut olay değerlendirilmesi yapılırken öncelikle araştırılması gereken husus kanuni bir yasağın mevcut olup olmadığına ilişkindir. Kanundan doğan bir yasağın bulunmaması durumunda ise işlemin gerçekleşmesi sonucunda tam ehliyetsiz kişi açısından elde edilecek yarar ile işlemin gerçekleşmemesi sonucunda tam ehliyetsiz kişi açısından oluşacak zarar arasında kişisel nitelikteki menfaat dengesinin kurulması gerektiği kanaatindeyiz. Örneğin zina sebebine dayalı olarak tam ehliyetsiz adına yasal temsilci tarafından boşanma davası açılmasının kabulü gereklidir. Zira önemli olan husus tam ehliyetsiz kişinin hukuki güvenliğinin sağlanması ve ayırt etme gücünün bulunmaması nedeniyle karşılaştığı risklere karşı korunmasıdır. Bu nedenle kanaatimiz kanuni yasağın bulunmadığı her durum açısından tam ehliyetsiz kişi adına yasal temsilcinin dava hakkının bulunduğu kabulüdür. Dava hakkının kullanılması ile hakim tarafından somut olayın değerlendirilmesi yapılmalı ve tam ehliyetsiz kişi açısından kişisel nitelikteki menfaat dengesinin sağlanıp sağlanmadığı irdelenmelidir.

Bazı kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar açısından mevzuat yasal temsilcinin tam ehliyetsiz adına dava açabilmesine izin vermiştir. Örneğin yaş düzeltme davasının yasal temsilci

<sup>103</sup> Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, “Kişiler” (n 2) 83; Kurt, (n 69) 132; Helvacı, (n 69) 87-88; Erdoğan ve Keskin, (n 2) 251

<sup>104</sup> Örneğin TMK m. 125 hükmü gereğince evlenme ve TMK m. 502 hükmü gereğince vasiyetname düzenlenmesi için ayırt etme gücünün bulunması gerekir

tarafından açılması Nüfus Hizmetleri Kanunu<sup>105</sup> m. 36 gereğince mümkündür. Ayrıca soybağının reddi davası tam ehliyetsizin altsoyu, annesi, babası tarafından TMK m. 291 hükmü gereğince açılabilir. Kanunda açıkça bir düzenleme bulunmamasına rağmen Yargıtay uygulaması bazı boşanma sebeplerinin tam ehliyetsiz kişi adına yasal temsilci tarafından açılabileceği yönündedir<sup>106</sup>. Kanaatimiz Yargıtay uygulamasının yerinde olduğudur.

## SONUÇ

Türk Medeni Kanunu m. 453 hükmü uyarınca vesayet altındaki ayırt etme gücünü haiz küçük veya kısıtlı, vesayet makamının izniyle bir meslek veya sanatın yürütülmesine ilişkin gerekli olağan hukuki işlemleri yapabilmektedir.

Meslek kavramından anlaşılması gereken husus kişinin bilgi birikimi sonucunda eğitime dayalı elde ettiği tecrübelerini geçim sağlamak amacıyla profesyonel olarak topluma sunduğu işlerdir. Sanat kavramından anlaşılması gereken husus açısından ise kişinin doğumundan itibaren sahip olduğu öznel kabiliyet sonucunda biricik nitelikte gerçekleştirdiği işlerdir.

Vesayet altındaki sınırlı ehliyetsiz kişi tarafından bir meslek veya sanatın yürütümüne ilişkin izin Sulh Hukuk Mahkemesi tarafından verilir. İzin kararı Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından verilemez. Zira TMK m. 453 hükmünde iznin vesayet makamı tarafından verilmesi gerektiği belirtilmiştir. TMK m. 397/II gereğince vesayet makamı Sulh Hukuk Mahkemesi'dir. HMK m. 2 ve HMK m. 4 hükümleri gereğince Asliye Hukuk ve Sulh Hukuk Mahkemeleri arasında görev ilişkisi bulunur. Mahkemeler arası görev ayrımı HMK m. 1 gereğince kamu düzenine ilişkindir. Bu nedenle Asliye Hukuk Mahkemesi, Sulh Hukuk Mahkemesi'nin görevlendirilmiş olduğu bir hususta karar veremez. Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından bir meslek veya sanatın yürütümüne ilişkin verilen izin vasi tarafından verilen izne benzer olarak herhangi bir hukuki sonuç doğurmaz.

Sulh Hukuk Mahkemesi tarafından verilen izin TMK m. 449 hükmünde düzenlenen yasak işlemleri kapsamaz. Zira TMK m. 449 hükmü herhangi bir istisna getirmeksizin vesayet

---

<sup>105</sup> Nüfus Hizmetleri Kanunu, Kanun Numarası : 5490, Kabul Tarihi : 25.04.2006 RG: 29.04.2006/26153 m. 36 “...Nüfus kayıtlarına ilişkin düzeltme davaları, düzeltmeyi isteyen şahıslar ile ilgili resmî dairenin göstereceği lüzum üzerine Cumhuriyet savcılarının tarafından yerleşim yeri adresinin bulunduğu yerdeki görevli asliye hukuk mahkemesinde açılır...”

<sup>106</sup> Hayata kast ve pek kötü veya onur kırıcı davranış sebebiyle boşanma davasının yasal temsilci tarafından tam ehliyetsiz kişi adına açılacağına ilişkin Yargıtay 2. HD. 3.6.1964, E. 2642, K. 3059 (naklen Açıkgoz (n 2) 269); Suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme nedeniyle boşanma davasının yasal temsilci tarafından tam ehliyetsiz kişi adına açılacağına ilişkin Yargıtay 2. HD. 3.3.1947, E. 5923, K. 1219 (naklen Açıkgoz (n 2) 269)

altındaki kişi veya yasal temsilcisi tarafından yapılması yasak olan işlemleri ifade eder. Ayrıca TMK m. 453 hükmünde açıkça belirtildiği üzere bir meslek veya sanatın yürütümü için verilen izin olağan işlemlerin yapılmasına ilişkindir. Önemli bağışlamalarda bulunmanın ve vakıf kurmanın mesleki veya sanatsal yürütüm açısından olağan işlem niteliğinde değildir. Kefil olmak açısından ise işlemin olağan olarak nitelendirilmesi mümkün gözükmemektedir. Bununla birlikte kanun koyucu tarafından yasak işlemler başlığı altında belirtilen işlemlerin, vesayet makamı tarafından verilen izin sonucunda ehliyetin genişlemesine bağlı olarak yasak işlem niteliğini kaybetmesinin yorum yoluyla kabulü mümkün gözükmemektedir. Zira vesayet makamı tarafından kişiye tanınan izin, niteliği itibarıyla kendiliğinden istisnai niteliktedir. Kanun koyucu tarafından yasak işlemler başlığı altında herhangi bir istisnanın kabul edilmemiş olması ve bizzat meslek veya sanatın yürütümüne ilişkin verilen iznin istisnai nitelikte olması nedenleriyle yasak işlemlere ilişkin yorum yoluyla istisna yaratılarak yasak işlem niteliğinin ortadan kalktığı kabulü, lafzi (yasak işlemlere ilişkin herhangi bir istisna bulunmaması), gai (yasak işlemlerin sınırlı ehliyetsiz tarafından bir meslek veya sanatın yürütümü amacıyla gerçekleştirilebilmesinin kabulünün vesayet altındaki kişinin korunması amacıyla çelişkili bir duruma sebebiyet vermesi ve vesayet hukukunun kamu hukuku karakterli olması) ve sistematik (TMK m. 449 hükmü başlığının doğrudan “yasak işlemler” şeklinde olması) yorum yöntemleri ve hukuk metodolojisi (istisnanın, ilgili hükme herhangi bir atfı olmaksızın yorum yöntemi ile kıyasen başka kurallara uygulanmasının argümantasyon ve temellendirme ilkeleri ile çelişki yaratması) açısından yerinde değildir.

Vesayet altındaki sınırlı ehliyetsiz kişi tarafından bizzat karşılıksız kazanım niteliğini haiz işlemler yapılabilir. Kazanım dört türlü oluşabilir. Bunlar; vesayet altındaki kişinin malvarlığı aktifinin artırılması, malvarlığı pasifinin azaltılması, malvarlığı pasifinin artmasının engellenmesi veya “malvarlığı aktifinin azalmasının önlenmesidir”. Zira malvarlığı aktifinin azalmasının önlenmesi durumunda da sınırlı ehliyetsiz açısından bir kazanım elde edilir.

Bağışlanan taşınmazın ipotekle yükümlü olması durumunda karşılıksız bir kazanımdan söz edilemez. İpotek hakkının taşınmaz maliki açısından paraya çevirme işlemlerine katlanma yükümlülüğü oluşturması sebebiyle vasiinin rızası aranmalıdır. Zira önemli olan husus karşılıksız kazanıma açısından vesayet altındaki kişiye ekonomik bir fayda sağlanması değildir. Dikkat edilmesi gerekli olan nokta, kişinin herhangi bir yükümlülük altına girmemesidir. Her ne kadar ipotekli taşınmazın paraya çevrilmesi durumunda da ipotek altına alınmış miktarın dışındaki bedelin vesayet altındaki kişi açısından bir ekonomik avantaj getirmesi ve malvarlığı

aktifinin artmasına sebebiyet verdiği açık olsa dahi ipotekli taşınmazın kabulü ile malvarlığı pasifinde bir artışın gerçekleştiği de gözlemlenir. Zira vesayet altındaki sınırlı ehliyetsiz bir katlanma borcu altına girer Bu nedenle ipotekli taşınmazın bağışlanan sıfatına bağlı olarak vesayet altındaki kişi tarafından bizzat kabulü tek taraflı bağlamazlık yaptırımına tabidir.

TMK m. 769 hükmü tam ehliyetsiz kişiler açısından uygulanamaz. Kayıp eşyaların bulunması durumunda gerekli ilan ve ihbar yükümlülüğünü içeren TMK m. 769 hükmünün uygulanabilmesi açısından kayıp eşya üzerinde kişinin hakimiyet kurması, eşyayı bulduğu yönünde bir iradesinin -ayırt etme gücünün- bulunması ve buna bağlı olarak ilan ve bildirim yükümlülüğüne sahip olduğunu kavraması gereklidir. Lakin tam ehliyetsiz kişilerin kayıp eşya üzerinde “hakimiyet kurarak kayıp eşya bulduğuna dair bir iradesinin bulunduğu” ve buna bağlı olarak “ilan ve bildirim yükümlülüğünün oluştuğunun” kabulü, tam ehliyetsiz kişilerin “ayırt etme gücüne sahip olduğu” anlamına gelir ve tam ehliyetsiz kişilerin ayırt etme gücüne sahip olmadığının kabulü ile çelişir.

Vesayet altındaki sınırlı ehliyetsiz kişiler kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kural olarak bizzat kullanabilir. Bununla birlikte kuralın çeşitli istisnaları bulunur. Örneğin botoks uygulamasının tedavi amacı gütmeksizin yalnızca estetik kaygılarla yapılması durumunda oluşturduğu mali külfetlerle birlikte botoks işleminin icrası sırasında ve işlemin tamamlandıktan sonraki sürece bağlı olarak getirdiği riskler göz önüne alındığında yasal temsilci rızasının gerekli olduğunun kabul edilmemesi sınırlı ehliyetsizin korunması ilkesiyle çelişir. Ayrıca Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun m. 70 gereğince yasal temsilci rızasının alınması kanuni bir gerekliliktir. Çocuğa aşı yapılması hususunda da kural olarak yasal temsilci rızası gereklidir. Lakin rızanın haklı bir gerekçe gösterilmeksizin verilmemesi çocuğun üstün yararı ile çelişir.

Nişanlanma hakkı kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olmasına rağmen TMK m. 118/II gereğince yasal temsilcinin rıza göstermesi şartına bağlı olarak vesayet altındaki sınırlı ehliyetsiz kişi tarafından kullanılabilir bir haktır. Kanun lafzında açıkça yasal temsilcinin rıza göstermesi şartından bahsedilmiş olması nedeniyle nişanlanma hakkının bizzat vesayet altındaki sınırlı ehliyetsiz iradesi ile kullanımı mümkün değildir. Bununla birlikte nişanlanma hakkının yasal temsilcinin rızasına bağlı olarak kullanılabilir bir hak olması, hakkın kişiye sıkı sıkıya bağlılık özelliğini değiştirmez. Yasal temsilci vesayet altındaki sınırlı ehliyetsiz adına bir nişanlanma işlemi gerçekleştiremez. Önemli olan husus vesayet altındaki sınırlı ehliyetsiz kişinin nişanlanma yönündeki irade açıklamasının yasal temsilci tarafından rıza gösterilerek

tamamlanmasıdır. Rızanın bulunmaması durumunda ise askıda hükümsüzlük yaptırımını ile karşılaşılır.

Kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların tam ehliyetsiz kişiler tarafından kullanılmaması durumunda bu tür hakların yasal temsilci tarafından tam ehliyetsiz kişi adına kullanılabilir olup olmaması önem taşımaktadır. Kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların tam ehliyetsiz kişinin kişisel bir menfaatinin bulunması şartına bağlı olarak yasal temsilci tarafından tam ehliyetsiz kişi adına kullanımını mümkündür. Zira önemli olan husus tam ehliyetsiz kişinin “korunmasıdır”. Bu nedenle her somut olay açısından durum değişkenlik gösterebilir. Lakin TMK hükümlerinden “yalnızca kişi tarafından kullanılabilirliği” anlaşılan hükümler açısından “yalnızca kişi tarafından kullanılması gerektiğinin” kabulü zorunludur. Örneğin evliliğin kurulmasına ilişkin iradi açıklamanın “yalnızca kişi tarafından kullanılması gerektiği” TMK m. 142 hükmünden anlaşılmaktadır.

Kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların yasal temsilci tarafından dahi tam ehliyetsiz kişi adına kullanılmayacağı kabul edilirse kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların “varlığının” tam ehliyetsiz kişiler açısından “yokluğu” problemi ortaya çıkacaktır. İstisnası bulunmaksızın bütün kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların tam ehliyetsiz kişiler açısından “yokluğunun kabulü” tam ehliyetsiz kişilerin “kişi olmadığının kabulü” anlamına gelecektir.

Mutlak niteliğini haiz kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların tam ehliyetsiz veya yasal temsilci tarafından hiçbir koşulda kullanılmayacağı kabulü, tam ehliyetsiz kişinin kişisel nitelikteki menfaatleri ile açıkça çelişen bir durumda kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanımının sınırlanması sebebiyle eşitlik ilkesine aykırılık oluşturur. Bu nedenle her somut olaya özgü olarak tam ehliyetsiz kişinin menfaatinin değerlendirilmesinin gereklidir. Menfaat kelimesinden anlaşılması gerekli olan husus kişisel nitelikteki menfaatler olup malvarlığı açısından bir menfaatin oluşması değildir. Lakin kanunda tam ehliyetsiz kişiler tarafından gerçekleştirilmesi yasaklanan kişiye sıkı sıkıya bağlı işlemlerin (evlenme veya vasiyet yapma işlemlerinin) yasal temsilcisi tarafından da gerçekleştirilmesi mümkün değildir. Bu durumda somut olay değerlendirilmesi yapılırken öncelikle araştırılması gereken husus kanuni bir yasağın mevcut olup olmadığına ilişkindir. Kanundan doğan bir yasağın bulunmaması durumunda ise işlemin gerçekleşmesi halinde tam ehliyetsiz kişi açısından elde edilecek yarar ile işlemin gerçekleşmemesi halinde tam ehliyetsiz kişi açısından oluşacak zarar arasında kişisel nitelikteki menfaat dengesinin kurulması gerekir. Örneğin zina sebebine dayalı olarak tam ehliyetsiz adına yasal temsilci tarafından boşanma davası açılabilir. Zira önemli olan husus tam

ehliyetsiz kişinin hukuki güvenliğinin sağlanması ve ayırt etme gücünün bulunmaması nedeniyle karşılaştığı risklere karşı korunmasıdır. Bu nedenle kanuni yasağın bulunmadığı her durum açısından tam ehliyetsiz kişi adına yasal temsilcinin dava hakkının bulunduğu kabulü gereklidir. Dava hakkının kullanılması ile hakim tarafından somut olayın değerlendirilmesi yapılmalı ve tam ehliyetsiz kişi açısından kişisel nitelikteki menfaat dengesinin sağlanıp sağlanmadığı irdelenmelidir.

### KAYNAKÇA

- Açıkgöz A, Dar Anlamda Vesayeti Gerektiren Haller ve Vesayet Altına Almanın İşlem Ehliyeti Bakımından Sonuçları (On İki Levha Yayıncılık 2017)
- Akıntürk T ve Ateş D, Türk Medeni Hukuku İkinci Cilt Aile Hukuku (18. Baskı, Beta Yayımevi 2016)
- Akıntürk T ve Ateş D, Medeni Hukuk (23. Baskı, Beta Yayımevi 2017)
- Akkurt S, Erdoğan K ve Tokat H, Medeni Hukuk, (2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021)
- Antalya O.G ve Topuz M, Medeni Hukuk (3. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2019)
- Aslan Bingöl K.L, Medeni Hukuk Dersi Sorular ve Cevaplar (4. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2020)
- Ayan M, Eşya Hukuku II Mülkiyet (9. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2016)
- Ayan M ve Ayan N, Kişiler Hukuku (8. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2016)
- Ayan M ve Ayan N, Medeni Hukuka Giriş (12. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2016)
- Em A, Vesayet Hukuku ve Davaları (2. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2020)
- Erdoğan İ ve Keskin A.D, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku (3. Baskı, Gazi Kitabevi 2020)
- Helvacı S, 'Kişilik İşlemi Hakları (Münkasıran Şahsa Bağlı Haklar)' (Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 1993)
- Kayıhan Ş ve Ünlütepe M, Medeni Hukuk Bilgisi (4. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2017)



Kayıhan Ş ve Ünlütepe M, Medeni Hukuka Giriş ve Türk Medeni Kanunu'nun Başlangıç Hükümleri (4. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2019)

Kayran B, 'Türk Medeni Kanunda Vesayet Hukuku' (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2012)

Kurt E, 'Türk Hukukunda Kişiyeye Sıkı Sıkıya Bağlı Haklar ve Hukuki Sonuçları' (2016) 15 (2) İKÜHFD, ss. 121-187.

Mustafayev A, 'Gerçek Kişilerin Fiil Ehliyeti (Türkiye ve Azerbaycan Hukukuyla Karşılaştırmalı Olarak)' (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2013)

Oğuzman M. K ve Barlas N, Medeni Hukuk, (21. Baskı, Vedat Kitapçılık 2015)

Oğuzman M. K, Seliçi Ö ve Oktay-Özdemir S, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler) (15. Baskı, Filiz Kitabevi 2015)

Oğuzman M. K ve Öz M.T, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, (15. Baskı, Vedat Kitapçılık 2017)

Oğuzman M. K, Seliçi Ö ve Oktay-Özdemir S, Eşya Hukuku (20. Baskı, Filiz Kitabevi 2017)

Öz K, 'Türk- Alman Hukukunda Küçüğün Bir Meslek veya Sanatı Kendi Başına Yürütmesi ve Bu Durumun Hukuki İşlem Ehliyeti Üzerinde Etkileri' (2014) (4) Uluslararası Antalya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 59-95.

Yılmaz S ve Yıldırım A, Medeni Hukuk-I (Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku-Aile Hukuku) (Seçkin Yayıncılık 2020)

Zeytin Z ve Ergün Ö, Türk Medeni Hukuku (5. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2020)

#### **YARARLANILAN İNTERNET KAYNAKLARI**

<https://sozluk.gov.tr>

[www.hukukturk.com](http://www.hukukturk.com)



## NKÜ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

### TRAMPA YOLU İLE KAMULAŞTIRMA

*Araş. Gör. Füsün Ceren KÜÇÜK\**

#### ÖZ

İdarelerin tek yanlı iradeleri ile özel mülkiyette bulunan taşınmazları kamulaştırmaları karşılığında taşınmaz sahiplerine kural olarak taşınmazların bedellerini nakden ve peşin olarak ödemeleri gerekmektedir. Ancak taşınmaz sahiplerinin kabul etmesi halinde trampa yolu ile kamulaştırma yapılması da mümkündür. 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 26. maddesinde trampa yolu ile kamulaştırma için gereken şartlar sayılmıştır. Buna göre idarenin vereceği taşınmaz malın değeri, kamulaştırma bedelinin yüzde yüz yirmisini aşamayacaktır. Buna rağmen kamulaştırma bedelinin, idarenin vereceği taşınmaz mal değerinden ne kadar fazla olması gerektiğine dair Kanun'da açık bir belirleme yer verilmemiştir. Trampa yolu ile kamulaştırma açısından tartışmaya değer bir başka konu ise, trampa yolu ile kamulaştırma sonucunda idarenin kamulaştırma devir ve amacına uygun hiçbir işlem, tesisat yapmaması veya taşınmaz malı olduğu gibi bırakması hallerinde mal sahibinin taşınmazını geri alması için gereken şartların neler olduğu hususudur. Kanunda geri alma konusunda trampa yolu ile kamulaştırma özelinde bir düzenlemeye yer verilmemesinin uygulamada farklı sonuçlara yol açabileceği düşüncesinden hareketle bu konuda ihtimaller dahilinde değerlendirme yapılması gerekir. Bu doğrultuda trampa yolu ile kamulaştırma öğretiden görüşler ve yargı kararları ışığında ele alınmıştır.

**Anahtar Kelimeler** Trampa, Kamulaştırma, İmar Hakkı Transferi, Takas, Mülkiyet Hakkı

\* Araş. Gör., İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı, fusunceren.kucuk@yeniyuzyl.edu.tr, ORCID 0000-0002-4620-8873



## EXPROPRIATION BY BARTER

*Res. Asst. Füsün Ceren KÜÇÜK \*\**

### ABSTRACT

Administrations as a rule have to pay in cash and in advance to the owners in exchange for expropriation by unilateral will of immovables under private ownership. However, on the condition that the owners accept it, expropriation by barter is also possible. The necessary conditions for expropriation by barter are enumerated under the article 26 of the expropriation law numbered 2942. According to this, the price of the immovable given by the administration can not exceed one hundred and twenty percent of the price of expropriation. Nevertheless, there is no explicit criterion in the law on how much more is the price of expropriation will be than the price of the immovable given by the administration. Another subject worthy of discussion on the expropriation by barter is the conditions on the regain of the immovables by the owners as a result of the administration's lack of making any procedure, installment pursuing the goal of the expropriation by barter or keeping the immovable as it is. Bearing in mind that regain issue is missing on the law about the expropriation by barter can cause various results in the application, it should be evaluated within the possibilities. In this direction, expropriation by barter is discussed under the light of doctrine and judgments.

**Keywords** Barter, Expropriation, Transfer of Development Right, Set Off, Property Right

---

\*\* Res. Asst., İstanbul Yeni Yüzyıl University Faculty Of Law, Department of Administrative Law, fusunceren.kucuk@yeniyuzyil.edu.tr, ORCID 0000-0002-4620-8873

### **Extended Summary**

After the immovable has been expropriated, the owner might retrieve its immovable if the conditions in article 23 of the Expropriation Law are fulfilled. In this context, the first condition is the finalization of the cost of expropriation. In expropriation through exchange, finalization of the cost of expropriation takes place upon an agreement concluded between the parties and such agreement is recorded in a minutes. At this point, date of finalization of expropriation must be detected. As upon expiry of the 5-year waiting period starting on this date, the right of redemption can be exercised. Lastly, the administration must not carry out any procedures that are in line with the transference and purpose of expropriation or leave the immovable as it is within this period. Another period of 1 year begins after this 5-year period expires. The right of redemption must be exercised in this 1-year period. As expropriation through exchange is not covered by the circumstances, in which redemption of expropriation shall not be implemented, that are reserved by the legislator; the right of redemption can be exercised as long as the other conditions are fulfilled. As an immovable of the administration that is not allocated to public service is given to the owner of the immovable property as the cost of expropriation in expropriation through exchange, the requirement for payment of the cost of expropriation by the owner of the immovable property together with the legal interest that runs starting from the date such cost was received must be evaluated. Such evaluation must be carried out based on two realms of possibility. In the first realm of possibility, payment of the cost of expropriation by the owner together with the legal interest that runs as of the date it has come to an agreement with the administration as both the cost of expropriation and cost of the immovable to be paid by the administration are given for expropriation through exchange might be in question. Thus, not only will the owner retrieve the immovable that has been expropriated but also it will continue to be the owner of the immovable that is the subject of exchange. The second realm of possibility, on the other hand, is based on the assumption that the legislator has made an arrangement ignoring expropriation through exchange. In this case, the owner might retrieve its immovable by way of giving the immovable that is the subject matter of exchange delivered thereto to the administration.

## GİRİŞ

Özel mülkiyette bulunan taşınmazların tamamı veya bir kısmı, kamu yararının gerektirdiği hallerde Devlet ve kamu tüzel kişileri tarafından Kamulaştırma Kanunu ile düzenlenen esas ve usuller dahilinde kamulaştırılmaktadır. Kural olarak kamu yararının ve kamu hizmetinin yerine getirilmesi amacıyla taşınmaz malikinin rızasının olup olmadığına bakılmaksızın kamulaştırma işlemi gerçekleştirilmektedir. Kamulaştırma işlemi sonucunda taşınmaz malikten alınmakta ve mülkiyet idareye geçmektedir. Bu kapsamda kamulaştırma işleminin mülkiyet hakkı ile doğrudan bağlantılı olduğu belirtilmektedir. Taşınmazının mülkiyeti kamulaştırma işlemi sonucunda idareye geçen kişilere bu taşınmazların gerçek karşılıklarının nakden ve peşin ödenmesi gerekliliği Anayasanın 46. maddesi ile güvence altına alınmıştır. Aynı şekilde Kamulaştırma Kanunu'nun 3. maddesinde de idarelerin kamulaştırma bedelini nakden ve peşin ödemeleri gerektiği düzenlenmiştir.

Çalışma konusunu oluşturan trampa yolu ile kamulaştırma, kamulaştırma bedelinin nakden ödenmesine alternatif bir yol olarak getirilmiştir. Kamulaştırmanın trampa yolu ile yapılması Kamulaştırma Kanunu'nun 26. maddesinde iki fıkra halinde düzenlenmiştir. Bu düzenleme kapsamında trampa yolu ile kamulaştırmada, kamulaştırma bedeli nakden değil, idarenin özel mülkiyetindeki taşınmazların trampa edilmesi suretiyle ödenmektedir. Kamulaştırmanın trampa yolu ile yapılması için gereken bir koşul ise taşınmazı kamulaştırılacak mal sahibinin rıza göstermesi gerekliliğidir.

Bu açıklamalar ışığında “*trampa yolu ile kamulaştırma*” başlıklı çalışma üç bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde trampa yolu ile kamulaştırmanın daha iyi anlaşılabilmesi adına trampa ve bu kavram ile ilişkili olan mübadele, mal değişim, takas ve imar hakkı transferi kavramlarına ilişkin açıklamalara yer verilecektir. İkinci olarak Türk İdare Hukuku'nda trampa kavramına yer veren bazı kanuni düzenlemeler irdelenecektir.

Çalışmanın ikinci bölümünde ilk olarak kamulaştırma süreci genel hatları ile incelenecektir. İdari ve yargısal aşamadan oluşan kamulaştırma sürecine değinildikten sonra ise üçüncü bölümde trampa yolu ile kamulaştırma incelenecektir. Trampa yolu ile kamulaştırma idari aşamadan oluşmaktadır. Bu kapsamda idari aşama, kamulaştırma sürecine kıyasen farklılık arz eden özellikler doğrultusunda değerlendirilecektir. Ayrıca bu bölümde trampa yolu ile kamulaştırma konusunda ortaya çıkan sorunlar mahkeme kararları doğrultusunda incelenecektir. Sonrasında trampa yolu ile kamulaştırma için gerekli olan şartlar Kamulaştırma Kanunu'nun 26. maddesi kapsamında incelenerek trampa yolu ile kamulaştırmadan vazgeçme

ve geri alma hakkı irdelenecektir. Son olarak ise İmar Kanunu'nun 18. maddesine 14.2.2020 tarihinde getirilen ek fıkra, trampa yolu ile kamulaştırma açısından değerlendirilecektir.

## I. TRAMPA KAVRAMINA GENEL BİR BAKIŞ

### A. TRAMPA VE TRAMPAYA BENZER KAVRAMLAR

Trampa kavramının kullanımı ilkel toplumlara kadar uzanmakta olup, özellikle iktisadi hayatın gelişmediği dönem ve yerlerde trampa usulüne sıklıkla başvurulmaktaydı. Bu usul ile kişilerin malları arasında değişim sağlanıyordu<sup>1</sup>. Adam Smith'in de belirttiği üzere gereksinim duyulan mallar trampa sayesinde değiş tokuş edilerek kişilerin ihtiyaç duyduğu malları kendilerinin üretmesine gerek kalmamaktaydı<sup>2</sup>. Trampa, paranın icadından önce kullanılmaya başlanan bir iktisadi değişim aracı olup malların değişimini belirtmek için kullanılmaktaydı<sup>3</sup>. Tüm bu açıklamalar dahilinde trampayı bir malın veya hakkın başkasına ait bir mal veya hak ile karşılıklı olarak değiştirilmesi olarak tanımlamak mümkündür<sup>4</sup>.

Hukuki anlamda trampanın temeli ise Roma Hukukuna uzanmaktadır. Roma hukukunda trampa, taraflar arasındaki malların mülkiyetinin devrini gerektirmekte idi. O dönemde "permutatio" olarak adlandırılan trampa sözleşmesi, "do ut des" yani "veriyorum, vermen için" tipine giren bir sözleşme olarak nitelendirilmekteydi<sup>5</sup>. Türk hukukunda trampa sözleşmesini düzenleyen 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun<sup>6</sup> 282-284. maddeleri arasında trampayı karşılamak için "mal değişim" kavramına yer verilmiştir. Kanunun 282. maddesinde mal değişim sözleşmesi, "*taraflardan birinin diğer tarafa bir veya birden çok şeyin zilyetlik ve mülkiyetini, diğer tarafın da karşı edim olarak başka bir veya birden çok şeyin zilyetlik ve mülkiyetini devretmeyi üstlendiği sözleşmedir.*" şeklinde tanımlanmaktadır. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere mal değişim ile trampa eş anlamlı olarak kullanılmaktadır. Bu doğrultuda taraflar arasında malların değişeceğini vurgulamak gerekmektedir<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> Mustafa Kamalak, 'Para ve Para Sistemleri' (1980) 4 (3-4) Atatürk Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, 71

<sup>2</sup> Smith A, Milletlerin Zenginliği, Çev. Haldun Derin (1. Baskı, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları 2006) 18

<sup>3</sup> Başak Balkır, 'Mal Değişim Sözleşmesinde Satış Hükümlerinin Uygulanması' (2014) (28) Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 130

<sup>4</sup> Mehmet Ali Gölcüklü, Kamulaştırma Kanunu Şerhi: Fiili ve Hukuki El Atma Davaları (Güncellenmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, Seçkin 2018) 949; Balkır, (n 6) 130; Gülnur Erdoğan, 'Trampa Sözleşmesi' (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1996) 1; Türk Hukuk Lügatı (3. Baskı, Başbakanlık Basımevi 1991) 340

<sup>5</sup> Erdoğan, (n 7) 3

<sup>6</sup> Türk Borçlar Kanunu, Kanun Numarası: 6098, Kabul Tarihi: 11.01.2011, RG. 04.02.2011, S. 27836

<sup>7</sup> Ömer Ergün, Borçlar Hukuku (Özel Hükümler) Ders Notları (1. Baskı, Seçkin 2018) 103; Salahaddin Kardeş, Milli Emlak, (5. Baskı, Adalet Yayınevi 2019) 267

Roma Hukukundaki permutatio'dan farklı olarak Türk Borçlar Kanunu'ndaki trampa sözleşmesine bakıldığında ise trampanın gerçekleşmesi için taraflardan birinin vermeyi üstlendiği bir mal veya hakka karşılık diğer tarafın da başka bir mal veya hakkı vermeyi üstlenmesi yeterli olmaktadır<sup>8</sup>.

Çalışmanın konusunu oluşturan “trampa yolu ile kamulaştırma” 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'ndan önce yürürlükte olan 6830 sayılı İstimlak Kanunu'nda “mübadele suretiyle istimlak”<sup>9</sup> olarak düzenlenmişti. Kanunda geçen mübadele kavramı malların değişimi anlamına gelmekte olup trampa ile aynı anlamda kullanılmıştır<sup>10</sup>.

Trampa kural olarak taşınmaz mallarda olduğu kadar taşınır mallar açısından da söz konusu olabilmektedir. Taşınır veya taşınmaz mallar ile trampa edilecek malların değerlerinin birbirine eşit olması çoğu zaman mümkün olmamaktadır. Bu durumlarda trampa konusu malların bedelleri arasındaki fark nakden kapatılabilmektedir<sup>11</sup>.

Trampa ile karşılaştırılması gereken bir başka kavram takas olarak karşımıza çıkmaktadır. Trampa ile takas birbirinden farklı kavramlar olmalarına rağmen birbirlerinin yerine sıklıkla kullanıldıkları belirtilmelidir. Takas sözlükte “*değişim*” olarak tanımlanmakta olup<sup>12</sup>, hukuk düzenlemelerinde özellikle de Türk Borçlar Kanunu'nda kendine yer bulmuş bir kavramdır. İlgili kanunda takas, birbirine karşı aynı cinsten edimleri borçlanan tarafları, bu karşılıklı borçları fiilen ödemek yükümlülüğünden kurtaran bir kavram olarak tanımlanmaktadır<sup>13</sup>. Trampaya yalnızca mallar konu olabilmekte iken, takasa ise mallar haricinde para da konu olabilmektedir<sup>14</sup>. Trampa kavramının takas ile aynı anlamda kullanıldığı bir örnek olarak 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun<sup>15</sup> 17. maddesi verilebilmektedir. Zira ilgili maddede koruma amaçlı imar planlarıyla kesin yapılanma yasağı getirilen sit alanlarında bulunan gerçek ve özel hukuk tüzel kişilerinin mülkiyetindeki taşınmazların malikin talebi halinde, belediye ve il özel idaresine ait taşınmazlar ile takas edileceği düzenlenmektedir. İlgili maddeden anlaşılacağı üzere yalnızca belirli taşınmazlar

<sup>8</sup> Aydın Zevkliler, K. Emre Gökyayla, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (17. Bası, Turhan Kitabevi 2017) 159

<sup>9</sup> İstimlak Kanunu, Kanun Numarası: 6830, Kabul Tarihi: 31.08.1956, RG. 08.09.1956, S. 9402

<sup>10</sup> Türk Dil Kurumu, Büyük Türkçe Sözlük <[www.tdk.gov.tr](http://www.tdk.gov.tr)> Erişim Tarihi 20.04.2020

<sup>11</sup> Gölcüklü, (n 7) 949

<sup>12</sup> Türk Dil Kurumu, Büyük Türkçe Sözlük <[www.tdk.gov.tr](http://www.tdk.gov.tr)> Erişim Tarihi 20.04.2020

<sup>13</sup> Nihat Yavuz, Borçlar Hukuku El Kitabı (1. Baskı, Adalet Yayınevi 2018) 472

<sup>14</sup> Selda Taner, 'Vergi Hukukunda Takas' (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, 2016) 13

<sup>15</sup> Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu, Kanun Numarası: 2863, Kabul Tarihi: 21.07.1983, RG. 23.07.1983, S. 18113

açısından takasa başvurulmaktadır. Son olarak maddede geçen takas kavramının trampa anlamında kullanıldığı ifade edilmelidir.

Bu başlık altında son olarak trampa ile ilişkilendirilebilecek bir kavram olarak “imar hakkı transferi” açıklanacaktır. İmar hakkı transferi, maliklerin taşınmazları üzerindeki aynı haklarının tamamından veya belirli bir kısmından sürekli olarak vazgeçmeleri karşılığında bedel almaları, bu haklarının da önceden “alan bölge” olarak belirlenmiş bölgelere aktarılması olarak tanımlanmaktadır<sup>16</sup>. Bu doğrultuda korunması gereken araziden yapılaşmaya müsait olan araziye imar hakkı transfer edilmekte iken, imar hakkını kullanamayan malike ise bunun karşılığı olarak bir bedel ödenmektedir. Böylelikle imar hakkı transferinin, mülkiyet hakkı ile doğrudan bağlantılı olduğu ifade edilmektedir<sup>17</sup>. Kural olarak imar hakkı transferi, zorunlu ve gönüllü olmak üzere iki şekilde yapılmaktadır<sup>18</sup>. İmar hakkı transferinin zorunlu yapılması kamu yararının gerektirdiği hallerde, gönüllü yapılması ise malikin rızasının varlığı halinde söz konusu olmaktadır<sup>19</sup>.

İmar hakkı transferi, ilk olarak 2004 tarihinde 2863 sayılı Kanuna 5226 sayılı Kanun<sup>20</sup> değişikliği ile getirilmiştir. Bu noktada irdelenmesi gereken temel mesele kanun koyucunun imar hakkı transferi düzenlemesi ile ne gibi bir amaç güttüğüdür. Bu amacı anlayabilmek adına kanunun gerekçesi incelenecektir. Kanun gerekçesinde, takas uygulaması ile yalnızca birebir arazi değişiminin yapıldığı ve bu uygulamanın özellikle şehirlerde beklenen sonucu vermediği belirtilmektedir. Bu nedenle koruma planlarıyla veya taşınmaz tescil kararlarıyla kamu yararı için yapılanma hakları kısıtlanmış taşınmaz maliklerine, kısıtlanan haklarının tamamen veya kısmen imar planlarıyla önceden yapılanma, yoğunluk, sosyal ve teknik altyapı kapasitesi belirlenmiş aktarım alanlarına taşınabilmesi olanağı getirilmiştir. Böylelikle kamu yararı ve özel mülkiyet arasında bir denge sağlanarak, bu alanların ihya edilmesi teşvik edilmektedir. Ayrıca aktarımdan hedeflenenin yalnızca mülkiyet hakkı olmadığı belirtilerek, bu durumda yapılanma hakkı da dikkate alınarak imar hakkı transferinin sağlanması gerektiği ifade edilmiştir. Böylelikle arsa takası odaklı olmayan bu yaklaşım ile yapılanma ve mülkiyet hakları kısmen kısıtlanan taşınmaz maliklerine kısıtlanan hak kadar bir payı menkul kıymet olarak vermek suretiyle yapılanmaya açık ve imar planında bu amaçla ayrılmış alanlara aktarılma

<sup>16</sup> Sibel Dündar, ‘İmar Hakkı Aktarımı İstanbul Üzerine Bir İnceleme’ (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Teknik Üniversitesi 2010) 57

<sup>17</sup> Ali Furkan Ünsal, ‘İmar Hakkı Aktarımı (Transferi)’ (Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi 2016) 15-16

<sup>18</sup> Çevre ve Şehircilik Bakanlığı & İlbank, İmar Hakkı Transferi Çalışmayı Sonuç Raporu (2014) 12

<sup>19</sup> Ünsal, (n 20) 20

<sup>20</sup> Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu ile Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 5226, Kabul Tarihi: 14.07.2004, RG. 27.07.2004, S. 25535



imkânı getirilmiştir<sup>21</sup>. Sonuç olarak, gerekçede sayılan nedenler doğrultusunda imar hakkı transferinin takas (trampa) uygulamasına alternatif olarak getirildiği belirtilmektedir<sup>22</sup>.

## B. TÜRK İDARE HUKUKU'NDA TRAMPA KAVRAMINA YER VEREN BAZI KANUNİ DÜZENLEMELER

Bu başlık altında Türk İdare Hukuku'nda trampa kavramına yer veren 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu<sup>23</sup>, 5393 sayılı Belediye Kanunu<sup>24</sup> ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'na değinilecektir.

### 1. 2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 1. maddesinin ilk fıkrasında genel bütçeye dahil dairelerle katma bütçeli idarelerin, özel idare ve belediyelerin trampa işlerinin bu kanunda yazılı hükümlere göre yürütüleceği düzenlenmektedir. Maddenin devamında ise birinci fıkrada sayılan daire ve idarelere bağlı döner sermayeli kuruluşlar ile özel kanunların vermiş olduğu yetkiyle kurulmuş bulunan fonların trampa işlerinin Cumhurbaşkanı tarafından çıkarılacak yönetmelikte belirtileceğine ilişkin hüküm yer almaktadır. İlgili kanunun 4. maddesinde ise trampa ve mülkiyetin gayri ayni hak tesisi, "*Borçlar Kanunu ile Türk Medeni Kanununun trampa ve mülkiyetin gayri ayni hak tesisi ile ilgili maddelerinde gösterilmiş işlemleri*" olarak tanımlanmaktadır. 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda<sup>25</sup> trampa kavramına yer verilmiş olsa da bu kanunu yürürlükten kaldıran Türk Borçlar Kanunu'nda trampa yerine "*mal değişim*" kavramına yer verilmiştir. Bu kavrama ilişkin açıklamalar ise trampa ve trampaya benzer kavramlar başlığı altında yapılmıştır.

İdarelerin trampa işlemlerini gerçekleştirmek için ihale sürecini başlatmaları gerekmektedir<sup>26</sup>. Ancak çalışmada ihale süreci anlatılmayacak, yalnızca trampa yolu ile kamulaştırma açısından önem arz eden Devlet İhale Kanunu'nun 13. maddesi ile düzenlenen ihale komisyonuna yer verilecektir. İhale komisyonları, Devlet İhale Kanunu kapsamındaki ihalelerin gerçekleştirilmesi için kurulmaktadır. İhale komisyonunda en az üç kişi görevlendirilmektedir. Bu kişiler haricinde ihale komisyonuna yardımcı olmak üzere gereği

<sup>21</sup> 5226 Sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu ile Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Gerekçesi <<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss641m.htm>> Erişim Tarihi 23.5.2020

<sup>22</sup> Ünsal, (n 20) 55

<sup>23</sup> Devlet İhale Kanunu, Kanun Numarası: 2886, Kabul Tarihi: 08.09.1983, RG. 10.09.1983, S. 18161

<sup>24</sup> Belediye Kanunu, Kanun Numarası: 5393, Kabul Tarihi: 03.07.2005, RG. 13.7.2005, S. 25874

<sup>25</sup> Borçlar Kânunu, Kanun Numarası: 818, Kabul Tarihi: 22.04.1926, RG. 29.04.1926, S. 359

<sup>26</sup> Devlet İhale Kanunu md. 1: "*Genel bütçeye dahil dairelerle katma bütçeli idarelerin, özel idare ve belediyelerin alım, satım, hizmet, yapım, kira, trampa, mülkiyetin gayri ayni hak tesisi ve taşıma işleri bu Kanunda yazılı hükümlere göre yürütülür.*"

kadar memur ve uzman da görevlendirilmektedir. Ancak bu kişiler ihale kararlarına katılamamaktadır. Kanun koyucu 13. maddede, il özel idarelerine ait ihalelerin il daimi encümenince, belediyelere ait ihalelerin ise belediye encümenince bu kanun hükümlerine göre yürütülmesi gerektiğini belirtmektedir. Böylelikle belediye ve il özel idarelerinde ayrıca ihale komisyonu kurulmamakta, bunun yerine sayılan kamu idarelerinin encümenleri ihale sürecini yürütmektedirler<sup>27</sup>.

## 2. 5393 Sayılı Belediye Kanunu

Belediyenin görev, yetki ve sorumluluklarını düzenleyen 5393 sayılı Belediye Kanunu'nda trampaya ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Bu hükümlerden biri, mahalli müşterek nitelikteki hizmetlerin yerine getirilmesi amacıyla, belediye ve mücavir alan sınırları içerisindeki taşınmazların trampa edilmesine ilişkin olup kanunun 15. maddesinde düzenlenmiştir. Aynı maddede belediyenin yetkileri arasında kamulaştırma yapmak da sayılmıştır. Belediye Kanunu'nda trampaya doğrudan yer veren 69. maddenin 1. fıkrası, *“Belediye; düzenli kentleşmeyi sağlamak, beldenin konut, sanayi ve ticaret alanı ihtiyacını karşılamak amacıyla belediye ve mücavir alan sınırları içinde, özel kanunlarına göre korunması gerekli yerler ile tarım arazileri hariç imarlı ve alt yapılı arsalar üretmek; konut, toplu konut yapmak, satmak, kiralamak ve bu amaçlarla arazi satın almak, kamulaştırma yapmak, bu arsaları trampa etmek, bu konuda ilgili diğer kamu kurum ve kuruluşları ve bankalarla iş birliği yapmak ve gerektiğinde onlarla ortak projeler gerçekleştirmek yetkisine sahiptir.”* şeklinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler kapsamında Belediyenin taşınmazlarını trampa etmesi ile kamulaştırmanın trampa yolu ile yapılmasının farklı kanuni düzenlemelere tabi olduğu ifade edilmektedir.

Kanunun 34. maddesinde ise taşınmazların trampasına ilişkin meclis kararlarını uygulamak, encümenin görev ve yetkileri arasında sayılmıştır. Bu maddeye göre, belediye encümeninin, belediyeye ait taşınmaz malları doğrudan trampa yetkisi bulunmamakta yalnızca belediye meclisinin trampa konusundaki kararını uygulama yetkisi bulunmaktadır<sup>28</sup>.

## 3. 2942 Sayılı Kamulaştırma Kanunu

Kamulaştırma Kanunu, idare hukuku açısından trampa kavramının kullanıldığı temel kanunlardan birisidir. Bu kanunda trampaya ilişkin hükümlere 8. ve 26. maddeler ile geçici

<sup>27</sup> Nurdoğan Ünal ve Mesut Erol, Gelir Getirici İşlemlerde İhale Usulü Devlet İhale Kanunu (Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin 2016) 112-114

<sup>28</sup> YHGK, E. 2008/1-284, K. 2008/294, 02.04.2008

madde 6'da yer verilmiştir. Kamulaştırmanın idari sürecinin son aşaması olan ve kanunun 8. maddesinde düzenlenen satın alma usulü başlığı altında trampa yolunun kullanılmasına ilişkin düzenlemeler yapılmıştır. Geçici 6. maddede ise kamulaştırma işlemleri tamamlanmamış veya kamulaştırılması hiç yapılmamış olmasına rağmen 9.10.1956 tarihi ile 4.11.1983 tarihi arasında fiilen kamu hizmetine ayrılan veya kamu yararına ilişkin ihtiyaca tahsis edilerek üzerinde tesis yapılan taşınmazlara veya kaynaklara kısmen veya tamamen veyahut irtifak hakkı tesis etmek suretiyle malikin rızası olmaksızın fiili olarak el konulması sebebiyle, mülkiyet hakkından doğan taleplerin bu madde kapsamında yapılacağı ve öncelikle uzlaşma usulünün uygulanacağı dava şartı olarak belirlenmiştir. Bu uzlaşmanın ise öncelikle idareye ait taşınmazın trampası, idareye ait taşınmaz üzerinde sınırlı aynı hak tanınması veya imar mevzuatı çerçevesinde başka bir yerde imar hakkı kullandırılması suretiyle veya bunların mümkün olmaması hâlinde nakdi bedel üzerinden yapılabileceği belirtilmiştir. Bu doğrultuda hem kamulaştırma sürecinde hem de kanun koyucunun belirlediği belli tarihler arasında kamulaştırma yapılmaksızın taşınmaz veya kaynaklara fiilen el konulması durumlarında taşınmaz bedelinin ödenmesi konusunda öncelikli olarak trampaya başvurulması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır.

Çalışmanın konusu trampa yolu ile kamulaştırma olduğundan bu başlıkta ayrıca kanunun 26. maddesine değinilmeyecek ve ilerleyen başlıklarda kanunun 8. maddesi ile beraber ayrıntılı olarak incelenecektir.

## II. KAMULAŞTIRMA SÜRECİ

### A. KAMULAŞTIRMA SÜRECİNİN AŞAMALARI

Kamulaştırma süreci, idari ve yargısal aşamadan oluşmaktadır. Kamulaştırma işleminin idari aşaması sırasıyla, yeterli ödenek sağlanması, kamu yararı kararının alınması ve onaylanması, kamulaştırılacak taşınmazın belirlenmesi ile taşınmaz malik ve zilyetlerinin tespiti, kamulaştırma kararı ve öncelikle satın alma usulünün denemesi olarak karşımıza çıkmaktadır. İdari aşamanın sonunda kamulaştırma satın alma usulü ile yapılamadığı takdirde ise kamulaştırmanın yargısal aşamasından söz etmek gerekecektir<sup>29</sup>.

---

<sup>29</sup> Halil Kalabalık, İdare Hukuku Dersleri C. II (Gözden Geçirilmiş, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 5. Baskı, Seçkin 2021) 412-416; Ali Ulusoy, Yeni Türk İdare Hukuku (1. Baskı, Yetkin 2019) 630-632; Oğuz Sancakdar, Lale Burcu Önüt, Eser Us Doğan, Mine Kasapoğlu Turhan ve Serkan Seyhan, İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı (Genişletilmiş ve Güncellenmiş 8. Baskı, Seçkin 2019) 642

## 1. Kamulaştırmanın İdari Aşaması

Kamulaştırma işlemlerine başlanması için idarelerin ilk olarak yeterli ödenek temin etmeleri gerekmektedir. Eğer yeterli ödenek temin edilmez ise kamulaştırma işlemlerine başlanamayacaktır<sup>30</sup>. Bu düzenleme, 2001 yılında 4650 sayılı Kanun<sup>31</sup> ile Kamulaştırma Kanunu'nun<sup>32</sup> 3. maddesine ek fıkra olarak getirilmiştir. Ancak yeterli ödenek temininden ne anlaşılması gerektiğine ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır. Bu sebeple yeterli ödeneğin kanunun 8. maddesinde yer verilen “*tahmini bedel*” niteliğinde olması yeterli olmaktadır<sup>33</sup>. Yeterli ödenek düzenlemesinin, idarenin kamulaştırma bedelini ödemedi gecikmemesi ve böylece taşınmazı kamulaştırılan kişilerin mağduriyet yaşamalarını önleme amaçlı getirildiği belirtilmektedir<sup>34</sup>. Bu doğrultuda yeterli ödenek en başta temin edilmeksizin kamu yararı kararı alınamayacağı, kamulaştırılacak taşınmazın belirlenemeyeceği ve kamulaştırma kararı alınamayacağı belirtilmektedir<sup>35</sup>.

Kamulaştırma sürecinin ikinci aşaması ise kamu yararı kararının alınması ve onaylanmasıdır. Bu kararın alınması ile birlikte kamulaştırma kararının sebep unsuru ortaya çıkmaktadır<sup>36</sup>. Kamulaştırma Kanunu'nun 5. maddesinde kamu yararı kararı verecek merciler, 6. maddesinde ise kamu yararı kararını onaylayacak merciler sayılmıştır. Kamu yararı kararı alınmasına ve/veya kamu yararı kararının onaylanmasına gerek olmayan durumlar da aynı kanunun 6. maddesinde düzenlenmiştir. Bu kapsamda onaylı imar planı veya ilgili bakanlıklarca onaylı özel plan ve projeye göre yapılan hizmetler konusunda yapılacak kamulaştırmalarda kamu yararı kararı alınmasına ve onaylanmasına gerek bulunmamaktadır. Yine aynı madde uyarınca Cumhurbaşkanı veya bakanlıklar tarafından verilen kamu yararı kararlarının onaylanmasına gerek bulunmamaktadır<sup>37</sup>.

<sup>30</sup> Sancakdar, Önüt, Us Doğan, Kasapoğlu Turhan ve Seyhan (n 32) 643

<sup>31</sup> Kamulaştırma Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 4650, Kabul Tarihi: 24.04.2001, RG. 5.05.2001, S. 24393

<sup>32</sup> Kamulaştırma Kanunu, Kanun Numarası: 2942, Kabul Tarihi: 04.11.1983, RG. 8.11.1983, S. 18215

<sup>33</sup> T. Murat Pulak, ‘Kamulaştırma Kanununda 4650 Sayılı Kanun ile Yapılan Değişiklikler Üzerine Düşünceler’ (2001) 25 (228) Mülkiye Dergisi, 188 <<https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/339>> Erişim Tarihi 13.05.2021

<sup>34</sup> Meltem Kutlu Gürsel, Kamulaştırma Hukuku (Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, Seçkin 2019) 97

<sup>35</sup> Kemal Gözler, İdare Hukuku C. II (Güncellenmiş 3. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım 2019) 990; Metin Günday, İdare Hukuku (11. Baskı, İmaj Yayınevi 2017) 257; Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, Türk İdare Hukuku (12. Baskı, Savaş Yayınevi 2020) 639

<sup>36</sup> Günday, (n 38) 258; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya (n 38) 639; Gözler (n 38) 970

<sup>37</sup> Kamulaştırma Kanunu md. 6: “*Kamu yararı kararı; a) Köy ihtiyar kurulları ve belediye encümenleri kararları, ilçelerde kaymakamın, il merkezlerinde valinin, b) İlçe idare kurulları, il daimi encümenleri ve il idare kurulları kararları, valinin, c) Üniversite yönetim kurulu kararları, rektörün, d) Yükseköğretim Kurulu kararları, Kurul başkanının, e) Türkiye Radyo - Televizyon Kurumu yönetim kurulu kararları, genel müdürün, f) Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Yönetim Kurulu kararları, Yüksek Kurum Başkanının, g) Kamu kurumları yönetim*

Kamu yararı kararı aşamasından sonra kamulaştırılacak taşınmazın belirlenmesi aşamasına geçilmektedir. Kamulaştırma Kanunu'nun 7. maddesinde kamulaştırma yapacak idarenin kamulaştırılacak taşınmaz malın sınırını, yüzölçümünü ve cinsini gösterir ölçekli planını yapacağı veya yaptıracağı düzenlenmiştir.

Kamulaştırılacak taşınmaz malın sahiplerinin tespitinde idare, tapu kaydının bulunduğu durumlarda taşınmaz mal sahiplerini, tapu kaydının bulunmadığı durumlarda ise taşınmazın zilyetlerini ve bunların adreslerini araştırmaktadır. Taşınmaz zilyetlerinin ve adreslerinin tespitinde tapu, vergi, nüfus kayıtlarının yanı sıra idarenin haricen yaptığı araştırma ile ulaştığı belgeler önemli rol oynamaktadır<sup>38</sup>. Kanunun 7. maddesinin devamında idarenin isteği üzerine vergi dairesinin kamulaştırılacak taşınmazın vergi beyan ve değerlerini, vergi beyanı bulunmadığı hallerde ise beyan yerine geçecek takdir edilecek değeri en geç 1 ay içinde bildirmesi gerekliliği düzenlenmiştir.

Kamulaştırılacak taşınmazın belirlenmesi ile taşınmaz malik ve zilyetlerinin tespitinden sonraki aşama kamulaştırma kararının alınmasıdır. Kamulaştırma kararı ile kamu yararı kararı somutlaştırılarak kamulaştırmaya konu olacak taşınmaz belirlenmektedir<sup>39</sup>. Sonrasında kamulaştırılacak taşınmaz malın kayıtlı bulunduğu tapu idaresine bildirilen kamulaştırma kararının tapu siciline şerh verilmesi sağlanmaktadır. Tapu siciline şerh tarihinden itibaren 6 ay içinde kamulaştırma işlemleri tamamlanmaz ise bu şerh tapu idaresi tarafından re'sen silinmektedir. Bu sebeple trampa yolu ile kamulaştırmanın 6 aylık süre içinde tamamlanması gerekmektedir.

Trampa yolu ile kamulaştırmanın son aşaması Kamulaştırma Kanunu'nun 8. maddesinde "*satın alma usulü*" başlığı altında düzenlenmektedir. Satın alma usulü, 2001 yılında 4650 sayılı Kanunun getirdiği bir yeniliktir. Bu düzenleme uyarınca kamulaştırma işleminde öncelikle satın alma usulünün denenmesi gerekmektedir<sup>40</sup>. İdarenin satın alma usulünü uygulayabilmesi için kıymet takdir komisyonu ve uzlaşma komisyonu oluşturması gerekmektedir. Kıymet takdir komisyonu, kamulaştırılacak taşınmaz malın tahmini bedelini

---

kurulu veya idare meclisleri veya yetkili idare organları kararları, denetimine bağlı oldukları bakanın, h) Gerçek kişiler veya özel hukuk tüzelkişileri yararına; köy, belediye veya özel idarece verilen kararlar, valinin, Onayı ile tamamlanır. Cumhurbaşkanlığı veya bakanlıklar tarafından verilen kamu yararı kararlarının ayrıca onaylanması gerekmez. Onaylı imar planına veya ilgili bakanlıklarca onaylı özel plan ve projesine göre yapılacak hizmetler için ayrıca kamu yararı kararı alınmasına ve onaylanmasına gerek yoktur. Bu durumlarda yetkili icra organınca kamulaştırma işlemine başlanıldığını gösteren bir karar alınır.

<sup>38</sup> Kutlu Gürsel, (n 37) 211

<sup>39</sup> Günday, (n 38) 259

<sup>40</sup> Pulak, (n 36) 193

belirlemekte iken, uzlaşma komisyonu ise belirlenen tahmini bedel üzerinden pazarlıkla satın alma ve trampa işlemlerini yürütmektedir. Taşınmaz malın sahibi satın alma usulünü kabul ettiği takdirde tutanak hazırlanmakta ve bu tutanak mal sahibinin ferağ beyanı sayılarak tapuda idare adına yapılacak tescilin de hukuki sebebi sayılmaktadır<sup>41</sup>. Taraflar arasında satın alma usulü ile anlaşma sağlanamaz ise kamulaştırmanın adli aşaması olarak da bilinen yargısal aşamaya geçilecektir<sup>42</sup>.

## 2. Kamulaştırmanın Yargısal Aşaması

Satın alma usulü ile anlaşma sağlanamaz ise idare, bu durumda taşınmaz malın bulunduğu yerdeki Asliye Hukuk Mahkemesine başvurarak kamulaştırma bedelinin tespit edilmesini ve bu taşınmazın kendi adına tescil edilmesini istemektedir<sup>43</sup>. İdarenin Asliye Hukuk Mahkemesine başvurmasından itibaren başlayan yargısal aşamada yapılacak işlemler sırasıyla şunlardır: Mahkemenin taraflara tebliğ veya ilan yoluyla meşruhatlı davetiye göndermesi, kamulaştırma bedelinin duruşmada tarafların anlaşmasıyla tespiti, kamulaştırma bedelinin bilirkişi raporlarından yararlanarak mahkeme tarafından tespiti, kamulaştırma bedelinin bankaya yatırılması ve taşınmazın idare adına tescil ve bedelin hak sahibine ödenmesine karar verilmesidir<sup>44</sup>.

## III. TRAMPA YOLU İLE KAMULAŞTIRMA

Trampa yolu ile kamulaştırma süreci yalnızca idari aşamadan oluşmaktadır. Trampa yolu ile kamulaştırma, kamulaştırmanın kural olarak nakden ödenmesine alternatif bir yol olarak getirilmiştir. Bu başlık altında trampa yolu ile kamulaştırma sürecinde ortaya çıkan bazı sorunlar mahkeme kararları eşliğinde açıklanmaya çalışılacaktır.

İlk olarak tartışmaya açmak istediğimiz husus, yeterli ödenek olarak nakden temin yerine idarenin kamu hizmetine tahsis edilmemiş taşınmazını temin etmesi durumunda ne gibi sonuçların ortaya çıkacağıdır. Kural kamulaştırma bedelinin nakden ve peşin olarak ödenmesi olduğundan idarenin yeterli ödeneğini nakden temin etmesi gerekmektedir. Ancak yeterli ödenek olmaksızın kamulaştırma işlemlerine başlanıp sonraki süreçte taşınmaz mal sahibinin rızası ile kamulaştırma bedelinin trampa yolu ile ödenmesi konusunda anlaşıldığında bu durumda herhangi bir sorun yokmuş gibi görülebilmekteyse de aslında durum bu kadar basit değildir. Zira trampa yolu ile kamulaştırma yoluna yalnızca mal sahibinin rıza göstermesi

<sup>41</sup> Gözler (n 38) 995

<sup>42</sup> Gözler (n 38) 996; Sancakdar, Önüt, Us Doğan, Kasapoğlu Turhan ve Seyhan (n 32) 646

<sup>43</sup> Sancakdar, Önüt, Us Doğan, Kasapoğlu Turhan ve Seyhan (n 32) 646

<sup>44</sup> Gözler (n 38) 997

halinde gidilebileceğinden, mal sahibi rıza göstermez ise idarenin kamulaştırma bedelini nakden ve peşin olarak ödemesi gerekecektir. Bu nedenle idarenin taşınmaz mal sahibini mağdur etmemesi adına yeterli ödenek olarak belirlenecek bedeli nakden temin etmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Kanununun 8. maddesinin ilk fıkrasında trampa yolu ile kamulaştırma yapılabilmesi için taşınmaz malın tapuda kayıtlı olması gerektiği düzenlenmiştir. Ayrıca kamulaştırmanın idari aşamasında da açıklandığı üzere idare, kıymet takdir komisyonunun tespit ettiği tahmini bedeli belirtmeksizin, kamulaştırma bedelinin idareye ait taşınmaz bir malla trampa suretiyle ödenmek istendiğini resmi taahhütlü yazı ile malike bildirmektedir. Bu yazının tebliğinden itibaren malik veya yetkili temsilcisi trampa usulünün uygulanmasını isterse 15 günlük süre içinde idareye başvuru yapmaktadır. Başvurudan sonra uzlaşma komisyonu tarafından belirlenen tarihte uzlaşma görüşmelerine başlanmaktadır. Bu görüşmelerde kamulaştırmanın trampa yolu ile yapılması konusunda taraflar anlaşır ise bu konuda bir tutanak düzenlenmektedir. Bu tutanağın, malikin ferağ beyanı ve tapuda idare adına yapılacak tescilin hukuki sebebi olduğu ifade edilmektedir. Anlaşma tutanağının düzenlenmesinden itibaren en geç 45 gün içinde tarafların birbirlerine taşınmazlarının tapusunu devretmeleri gerekmektedir. Bununla birlikte taşınmaz bedelleri arasındaki farkın da bu süre içinde ödenmesi gerekmektedir.

Trampa yolu ile kamulaştırma tamamlandığı takdirde taşınmaz mal sahibi Kamulaştırma Kanunu'nun 8. maddesinin 7. fıkrası uyarınca kamulaştırmaya veya bedeline karşı itiraz davası açamamaktadır. Daha somut bir şekilde ifade etmek gerekirse, taşınmazın devrinden sonra kamulaştırma bedelinin az olduğundan bahisle bedel artırma davası açılmayacaktır. Bu konuda düzenleme yapılmadan önce eski tarihli bir mahkeme kararında görüleceği üzere Yargıtay bedel artırımını konusunda aynı yönde karar vermekte idi. Bu kararda mahkeme aynen şu ifadelerle yer vermiştir: *“Davacı, taşınmazının kamulaştırma değerinin kendisine tebliğ edilmesi üzerine 19.01.1971 günlü dilekçe ile 6830 sayılı yasanın 26. maddesine dayanarak trampa antlaşması önermiş ve belediye encümenininin 20.01.1971 gün ve 305 sayılı kararıyla anlaşmanın kabulüne karar verilmiştir. Sözü geçen 26. madde taraflara böyle bir hak tanımıştır. Bu durumda davacının hakkı artık bu anlaşma koşullarının yerine getirilmesini istemekten ibarettir. Sonradan değer artırılması için açtığı dava dinlenmez.”*<sup>45</sup>

<sup>45</sup> Yar. 5. HD, E. 1973/7256, K. 1973/7870, 05.03.1973 aktaran Turan Çınar, Kamulaştırma Davaları (Genişletilmiş ve Güncellenmiş 4. Baskı, Adalet Yayınevi 2019) 800

Trampa yolu ile kamulaştırma idari aşamanın sonucunda tamamlandığından, yargısal aşamaya geçilmemektedir. Bu sebeple bedel tespitinin yargısal aşamada olduğu gibi Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından yapılamayacağı belirtilmektedir<sup>46</sup>. Ancak taşınmaz mal sahibi trampa usulünü kabul etmediği takdirde trampa yolu ile kamulaştırma gerçekleşmeyeceğinden bu durumda yargısal aşamaya geçilerek kamulaştırma sürecine devam edilecektir<sup>47</sup>.

Trampa yolu ile kamulaştırma tamamlandıktan sonra bazı sorunlar ortaya çıkmaktadır. Bu sorunların ilki, idarenin trampa konusu taşınmazını, kamulaştırılan taşınmazın mal sahibine devretmemesi sonucunda hangi yargı yerinin görevli olduğuna ilişkindir. Böyle bir durumda taşınmaz mal sahibi uyuşmazlığın çözümü için adli yargı yerine başvurmalıdır. Uyuşmazlığın çözüm yerinin adli yargı olmasının sebebi, kamulaştırma bedelinin trampa yolu ile ödenmesi konusunda tarafların ortak bir paydada anlaşmalarının özel hukuk ilişkisi bağlamında değerlendirilmesidir. Bu konuda Danıştay'ın vermiş olduğu karar aşağıdaki şekildedir:

*“kamulaştırılan taşınmazların bedelinin arsa mübadelesi suretiyle ödenmesine ilişkin anlaşmanın genel hizmetlerden birinin yürütülmesi için yapılan idari sözleşme niteliğinde bulunmadığı, anlaşmanın yapılmasında olduğu gibi bu anlaşma gereğinin yerine getirilmesi yolundaki davacıların isteğinin reddine dair işlemin tesisine davalı idarenin kamu kudretine dayanmadığı, dava konusu işlem idari davaya konu olabilecek bir işlem olmayıp netice itibarıyla kamulaştırma bedeline ilişkin bir uyuşmazlık olduğundan özel hukuk ilişkisine dayanan bir sözleşmenin yerine getirilmemesinden kaynaklanan ve kamulaştırma bedeline yönelik bu uyuşmazlığın çözümlenmesinin de adli mahkemelerin görevine girdiği gerekçesiyle görev yönünden reddi”<sup>48</sup>*

Yargıtay'ın vermiş olduğu bir başka karara konu olayda ise, idare ile taşınmaz mal sahibi kamulaştırmanın trampa yolu ile yapılması konusunda anlaşmışlardır. Buna rağmen idare trampa konusu taşınmazını tapuda taşınmaz mal sahibine devretmemiştir. Taşınmaz mal sahibi, kamulaştırma bedelinin tahsili amacıyla dava açmışsa da bu dava reddedilmiştir. Yargıtay temyiz incelemesi sonucunda davanın reddine ilişkin mahkeme kararının bozulması konusunda aşağıdaki gerekçeyi sunmuştur:

*“2942 sayılı Kamulaştırma Yasasınının 26. maddesi uyarınca taşınmaz sahibinin kabul etmesi halinde kamulaştırma bedeli yerine, davalı Belediyenin taşınmaz mallarından, bu bedeli*

<sup>46</sup> Kutlu Gürsel (n 37) 101

<sup>47</sup> Gözler (n 38) 996

<sup>48</sup> Dan. 6 D, E. 1984/1146, K. 1985/466, 12.03.1985



*karşılacak miktarda başka taşınmazlarla trampa yapması mümkün bulunduğu düşünülmeden ve taşınmazın bedelinin ödenmesi için Kamulaştırma Yasasına göre gerekli belgeler toplanıp keşif yapılarak sonucuna göre hüküm kurulması gerekirken, gerekçeli kararda gösterildiği şekilde aksi düşüncelerle davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiştir.”<sup>49</sup>*

Trampa yolu ile kamulaştırma konusundaki bir başka sorun ise trampa anlaşmasından sonra trampa konusu taşınmazın değiştirilmesinin mümkün olup olmadığına ilişkindir. Kamulaştırmanın şartlarında da anlatılacağı üzere idarenin kamu hizmetine tahsis edilmemiş malları, kamulaştırma bedelinin %120 sini aşmayacak şekilde trampaya konu olabilmektedir. Bu doğrultuda trampa anlaşması yapıldıktan sonra dahi taraflar anlaşır ise trampa konusu taşınmazın değiştirilmesinde bir sorun olmayacağı kanaatindeyiz. Nitekim Yargıtay’ın verdiği kararda yer alan, *“trampa konusu olan ve başa baş değişimine karar verilen parsel, 4 nolu parseldir. Daha sonra davacı, belediyenin de izniyle 1 nolu parsele inşaat yapmış, böylece zımni olarak 4 nolu parsel yerine 1 nolu parselin trampa konusu olmasını kabul etmiştir.”* ifadeleri de bu görüşümüzü kanıtlar niteliktedir<sup>50</sup>.

#### A. TRAMPA YOLU İLE KAMULAŞTIRMA ŞARTLARI

Trampa yolu ile kamulaştırma, Kamulaştırma Kanunu’nun 26. maddesinde düzenlenmiştir. Bu başlık altında trampa yolu ile kamulaştırma için gereken şartlar ayrıntılı olarak incelenecektir. Ancak bu incelemeye geçmeden önce Kamulaştırma Kanunu ile yürürlükten kaldırılan İstimlâk Kanunu’nda yer verilen düzenlemeye kısaca değinmenin süreci anlamak bakımından faydalı olacağı kanaatindeyiz. Trampa yolu ile kamulaştırma, İstimlâk Kanunu’nun 26. maddesinde *“Mübadele suretiyle istimplâk”* başlığı ile tek fıkra halinde şu şekilde düzenlenmiş idi:

*“Mal sahibinin muvafakatiyle istimplâk bedeli yerine idarenin hususi emlakinden bu bedele kısmen veya tamamen tekabül edecek miktarın temlikî caizdir.”*

Bu madde doğrultusunda, trampa yolu ile kamulaştırma yapılabilmesi için taşınmaz mal sahibinin rıza göstermesi gerekmektedir. Mal sahibi rıza gösterdikten sonra, kamulaştırma bedeli tamamen veya kısmen idarenin özel malının trampa edilmesi suretiyle ödenmektedir. Böylelikle ülkemizde trampa yolu ile kamulaştırma işlemlerinin 1956 ile 1983 yılları arasında bu şartlar dahilinde gerçekleştirildiği ifade edilmelidir.

<sup>49</sup> Yar. 5. HD, E. 2004/9396, K. 2004/9607, 07.10.2004

<sup>50</sup> Yar. 18. HD, E. 1999/3497, K. 1999/6967, 04.06.1999

1983 yılında 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun yürürlüğü girmesi ile trampa yolu ile kamulaştırma düzenlemesine bazı yeni hükümler eklenmiştir. Kamulaştırma Kanunu'nun 26. maddesinin kabul edilmesine kadar olan süreçte bu maddeye ilişkin farklı düzenleme teklifleri verilmiştir. Bu doğrultuda ilk olarak hükümetin teklif ettiği Kamulaştırma Kanunu Tasarısına yer verilecektir. Hükümet teklifinde 26. maddeyi şu şekilde düzenlemiştir:

*“Mal sahibinin istemesi ile kamulaştırma bedeli yerine, idarenin kamu hizmetine tahsis edilmemiş olan taşınmaz mallarından, bu bedeli kısmen veya tamamen karşılayacak miktarı verilebilir.*

*İdarece kamulaştırma bedeli yerine verilecek taşınmaz malın değeri, kamulaştırma bedelini aşamaz.”*

İstimplâk Kanununun 26. maddesi, hükümetin teklif ettiği 26. maddenin ilk fıkrasında sadeleştirilmiş Türkçe ile yazılmıştır. Ayrıca 26. maddeye idarenin vereceği taşınmaz malın değerinin kamulaştırma bedelini aşamayacağına ilişkin bir fıkra eklenmiştir.

Danışma meclisi ise Kamulaştırma Kanunu Tasarısında 26. maddeyi 2 fıkra halinde şu şekilde düzenlemiştir:

*“Mal sahibinin istemesi ile kamulaştırma bedeli yerine, idarenin kamu hizmetine tahsis edilmemiş olan taşınmaz mallarından, bu bedeli kısmen veya tamamen karşılayacak miktarı verilebilir.*

*İdarece kamulaştırma bedeline karşılık verilecek taşınmaz malın kıymeti mahkemece usulüne göre takdir edilir.”*

Danışma meclisi, maddenin ilk fıkrasını hükümetin teklifi ile aynı düzenlemiştir. Ayrıca hükümetten farklı olarak trampa yolu ile yapılacak kamulaştırmalarda idarenin vereceği taşınmaz malın kıymetinin mahkeme tarafından takdir edilmesi konusunda bir teklif sunmuştur.

İhtisas komisyonu tarafından hazırlanan raporda, Danışma meclisince hazırlanan tasarının 26. maddesinde trampa yolu ile kamulaştırma ilkesinin korunduğu belirtilmiştir. Ayrıca raporda, idarenin vereceği taşınmaz malın değerinin mahkeme tarafından tespiti gereksiz görülerek, bu bedelin idarenin ihale komisyonunca yoksa bu amaçla kurulacak bir komisyon tarafından tespit edilmesinin daha uygun olacağı belirtilmiştir. Raporda son olarak idare tarafından verilecek taşınmaz malın değerinin kamulaştırma bedelinin %120 sini aşmaması gerektiği ifade edilmiştir. Bu doğrultuda İhtisas Komisyonu tarafından hazırlanan 26.

madde Milli Güvenlik Konseyi tarafından 04.11.1983 tarihinde aynen kabul edilmiştir<sup>51</sup>. Sonuç olarak, Kamulaştırma Kanunu'nun 26. maddesi 2 fıkra halinde şu şekilde düzenlenmiştir:

*“Mal sahibinin kabul etmesi halinde kamulaştırma bedeli yerine, idarenin kamu hizmetine tahsis edilmemiş olan taşınmaz mallarından, bu bedeli kısmen veya tamamen karşılayacak miktarı verilebilir.*

*Kamulaştırma bedeli yerine verilecek taşınmaz malın değeri, idarenin ihale komisyonunca yoksa bu amaçla kuracağı bir komisyonca tespit edilir. Taşınmaz mal bedelleri arasındaki fark taraflarca nakit olarak karşılanır. Ancak idarenin vereceği taşınmaz malın değeri, kamulaştırma bedelinin yüzde yirmisini aşamaz.”*

Maddenin gerekçesi ise şu şekildedir: *“Bu madde 6830 sayılı İstimlâk Kanununun 26 ncı maddesine tekabül etmektedir. Farklılık maddeye 2 nci fıkranın ilavesidir. Bu ilave ile idarece kamulaştırma bedeli verilecek taşınmaz mal değerinin kamulaştırma bedelinden fazla olamayacağı belirtilmek suretiyle tatbikata bir yön verilmek gayesi güdülmüştür.”*

Tüm bu açıklamalar doğrultusunda trampa yolu ile kamulaştırma yapılabilmesi için gereken şartlar 4 ana başlık altında anlatılacaktır.

### **1. Trampanın Mal Sahibi Tarafından Kabul Edilmesi**

Trampa yolu ile kamulaştırma yapılabilmesi için kanunun 26. maddesinde belirtildiği üzere kamulaştırılacak taşınmaz mal sahibinin bu konuda rıza göstermesi gerekmektedir. Bu doğrultuda idare kamu gücünü kullanarak tek yanlı iradesi ile mal sahibini trampa yolu ile kamulaştırmaya zorlayamamaktadır. Böylelikle idare ile mal sahibi anlaştıktan sonra, idare kamulaştırma bedelini mal sahibine nakden değil, kendine ait taşınmazı trampa ederek ödemektedir.

### **2. Trampa Konusu Taşınmazın Kamu Hizmetine Tahsis Edilmemiş Olması**

Kanun düzenlemesinde açık bir şekilde idarenin trampa konusu taşınmaz malının kamu hizmetine tahsis edilmemiş olması gerektiği yer almaktadır. Bu sebeple kamu hizmetine tahsis edilen idareye ait taşınmaz mallar ve idarenin taşınır malları trampa ile kamulaştırmaya konu edilememektedir.

---

<sup>51</sup> Milli Güvenlik Konseyi Tutanak Dergisi, C. 11, 180 inci Birleşim, 4 Kasım 1983 Cuma <[https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MGK\\_/d01/c011/mgk\\_01011180.pdf](https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MGK_/d01/c011/mgk_01011180.pdf)> Erişim Tarihi 14.05.2020

İdareye ait kamu hizmetine tahsis edilmemiş taşınmazlara özel hukuk kuralları uygulanmakta ve bunlardan kaynaklanan uyuşmazlıklar adli yargıda çözümlenmektedir<sup>52</sup>. Son olarak idarenin trampa edeceği kamu hizmetine tahsis edilmemiş taşınmaz malında hiçbir takyidat kaydı bulunmamalı ve mülkiyetinde herhangi bir ihtilaf olmamalıdır<sup>53</sup>.

### **3. Trampa Konusu Taşınmazın Bedel Tespiti Ve Bu Bedelin Kamulaştırma Bedelinin %120 sini Aşmaması**

Kanun koyucu 26. maddenin 2. fıkrasında kamulaştırma bedeli yerine verilecek taşınmaz malın değerinin idarenin ihale komisyonunca yoksa da bu amaçla kuracağı bir komisyon tarafından tespit edileceğini düzenlemiştir. Taşınmaz malın değerinin ihale komisyonu tarafından belirlenmesinin idarenin ihale mantığını kaybetmemek adına getirildiği ifade edilmektedir<sup>54</sup>. Bu doğrultuda ihale komisyonu, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 13. maddesi hükümlerine göre teşkil edilerek taşınmaz malın değerini belirleyecektir. Kamulaştırmayı, il özel idaresi ve belediye yaptığında ise ayrı bir ihale komisyonu kurulmaksızın bu idarelerin encümenleri taşınmaz malın değerini tespit edeceklerdir<sup>55</sup>.

Maddenin 2. fıkrasının devamında idarenin vereceği taşınmaz malın değerinin kamulaştırma bedelinin %120 sini aşmaması gerektiği düzenlenmiştir. Bu madde emredici bir hüküm olduğundan idareye takdir hakkı bırakılmadığı açıktır. Böylelikle idarenin vereceği taşınmaz malın değeri ile kamulaştırma bedeli arasındaki farkın %20'den fazla olmaması gerekmektedir. Bu bedel farkını somut bir örnek üzerinden açıklarsak, kamulaştırma bedeli 200.000.000 TL ise, idarenin bu durumda en fazla 240.000.000 TL'lik taşınmazını trampa etmesi gerekmektedir. Başka bir ifadeyle, idare 240.000.000 TL'nin üstü bedele sahip taşınmazını trampa edemeyecektir.

Aynı madde düzenlemesinde kamulaştırma bedelinin, idarenin vereceği taşınmaz mal değerinden ne kadar fazla olması gerektiğine yönelik bir belirleme yapılmamıştır. Bu nedenle kamulaştırma bedeli ile idarenin taşınmaz bedeli arasındaki farkın %20'den fazla olması mümkün olabilmektedir. Bu konuda Yargıtay aşağıdaki şekilde karar vermiştir:

*“Kamulaştırma Kanununun 26. maddesinin 2. fıkrası gereğince trampa sırasında idarenin vereceği taşınmaz malın değeri, kamulaştırılan taşınmaz bedelinin yüzde yüz yirmisini*

<sup>52</sup> Gözler (n 38) 845-846

<sup>53</sup> Gölcüklü (n 7) 951

<sup>54</sup> İstanbul Üniversitesi İdare Hukuku Ders Notları (2015-2016) 327, <<http://cdn.istanbul.edu.tr/FileHandler2.ashx?f=2015-2016-idare-hukuku-ders-notlari-teskilat-haric.pdf>> Erişim Tarihi 15.04.2020

<sup>55</sup> Gölcüklü (n 7) 952

*aşamaz. Olayımızda ise kamulaştırılan taşınmazın bilirkişi raporunda belirlenen değeri 535.140.658.204-TL; idarenin karşılık olarak verdiği taşınmazın değeri ise 95.952.800.000-TL olup kamulaştırılan taşınmaz daha değerlidir. Bu durumda davacı Belediyenin davayı açmakta hukuki yararı olmadığı gözetilerek davanın reddi gerekirken kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiştir.”<sup>56</sup>*

#### **4. Trampa Konusu Taşınmaz Bedelleri Arasındaki Farkın Ödenmesi**

İlk bölümde de açıklandığı üzere kamulaştırma bedeli ile idarenin vereceği taşınmaz bedelinin birbirine eşit olması oldukça zor bir ihtimaldir. Bu sebeple kanunun 26. maddesinin 2. fıkrası ile taşınmaz mal bedelleri arasındaki farkın taraflarca nakit olarak karşılanması gerektiği düzenlenmiştir. Bu doğrultuda kamulaştırma bedeli, idarenin vereceği taşınmaz malın değerine göre daha fazla ise bu durumda farkın idare tarafından ödenmesi gerekmektedir. Tam tersi durumda ise, taşınmaz mal sahibinin bedel farkını idareye ödemesi gerekmektedir. Eğer bedeller arasındaki fark ödenmez ise kamulaştırma işlemi gerçekleşmeyecektir. Ancak tarafların trampa yolu ile kamulaştırma konusunda anlaşarak taşınmazları baş başa değiştirmeye razı olmaları halinde taşınmazlar arasındaki bedel farkını ödemelerine gerek bulunmamaktadır<sup>57</sup>.

#### **B. TRAMPA YOLU İLE KAMULAŞTIRMADAN VAZGEÇME VE GERİ ALMA HAKKI**

Kamulaştırma Kanunu'nun 21. maddesinde, idarenin kamulaştırmanın her safhasında kamulaştırma kararı veren ve onaylayan yetkili merciin kararı ile kamulaştırmadan tek taraflı olarak vazgeçebileceği düzenlenmektedir. Bu doğrultuda taşınmaz mal sahibi ile idare, uzlaşma komisyonunda anlaşarak tutanak tanzim etseler dahi idare tek taraflı iradesi ile kamulaştırmadan vazgeçebilmektedir<sup>58</sup>.

Taşınmaz kamulaştırıldıktan sonra mal sahibi, şartlar oluştuğu takdirde taşınmazını geri alabilmektedir. Bu şartlar Kamulaştırma Kanunu'nun 23. maddesinde düzenlenmiştir. Taşınmazın idareden geri alınabilmesi için gereken ilk şart kamulaştırma bedelinin kesinleşmesidir. Trampa yolu ile kamulaştırmada, kamulaştırma bedelinin kesinleşmesi taraflar arasında kurulan anlaşma ile olmaktadır. Bu anlaşma da tutanak ile kayıt altına alınmaktadır. Kamulaştırma bedelinin kesinleşme tarihinin tespit edilmesi gerekmektedir. Zira bu tarihten

<sup>56</sup> Yar. 5. HD, E. 2006/14083, K. 2007/1678, 15.02.2007

<sup>57</sup> Gölcüklü (n 7) 953; Çınar (n 48) 795

<sup>58</sup> Gölcüklü (n 7) 178

itibaren 5 yıllık bekleme süresinin dolması ile geri alma hakkı kullanılabilir. Bu süre içinde idarenin kamulaştırma devir ve amacına uygun hiçbir işlem, tesisat yapmaması veya taşınmaz malı olduğu gibi bırakması gerekmektedir<sup>59</sup>. 5 yıllık süre dolduktan sonra 1 yıllık yeni bir süre başlamaktadır. Geri alma hakkının ise 1 yıllık süre içinde kullanılması gerekmektedir<sup>60</sup>.

Kanunun 23. maddesinin ilk fıkrasında son olarak mal sahibinin kamulaştırma bedelini aldığı günden itibaren işleyecek kanuni faizi ile birlikte ödemesi halinde taşınmaz malını geri alabileceği düzenlenmektedir. Ancak eski malikin taşınmazını geri alabilmesi için kamulaştırma bedelini yasal faiziyle idareye ödemesinin mülkiyet hakkının özüne dokunacağı ifade edilmektedir<sup>61</sup>. İdarenin kamulaştırma devir ve amacına uygun hiçbir işlem, tesisat yapmaması veya taşınmaz malı olduğu gibi bırakması halleri kamu yararı amacını sağlamadığından idarenin kusurlu sorumluluğunun gündeme gelmesi de mümkündür. Böylelikle kamulaştırılan taşınmaz sahibinin kamulaştırma bedelini faiziyle geri ödedikten sonra taşınmazını geri alabilmesinin Anayasal çerçevede mülkiyet hakkına ve kamulaştırmanın amacına aykırı bir sonuç doğuracağı belirtilmektedir<sup>62</sup>.

Bunun yanı sıra kanun koyucu 23. maddenin 4. fıkrası ile geri alma hakkının kullanılamayacağına ilişkin hükümleri saklı tutarak hangi hallerde bu madde hükmünün uygulanmayacağını belirlemiştir. Trampa yolu ile kamulaştırma bu kapsamda yer almadığından şartlar gerçekleştiği takdirde geri alma hakkı kullanılabilir.

Trampa yolu ile kamulaştırmada, taşınmaz mal sahibine kamulaştırma bedeli olarak idarenin kamu hizmetine tahsis edilmemiş bir taşınmazı verildiğinden, taşınmazın geri alınması için taşınmaz mal sahibinin kamulaştırma bedelini aldığı günden itibaren işleyecek kanuni faizi ile ödeme şartının değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu değerlendirmenin iki ihtimal dahilinde yapılması kanaatindeyiz. İlk ihtimalde, trampa yolu ile kamulaştırma yapılması için hem kamulaştırma bedeli hem de idarenin vereceği taşınmaz bedeli belli olduğundan, mal sahibinin kamulaştırma bedelini, idare ile anlaştığı tarihten itibaren işleyecek kanuni faizi ile birlikte ödemesi gündeme gelebilecektir. Böylelikle mal sahibi kamulaştırılan taşınmazını geri almasının yanı sıra trampa konusu taşınmazın mal sahibi olmaya devam edecektir. İkinci ihtimal ise kanun koyucunun trampa yolu ile kamulaştırmayı dikkate almaksızın bir düzenleme

---

<sup>59</sup> Çınar (n 48) 726-728

<sup>60</sup> Kalabalık (n 32) 421

<sup>61</sup> Murat Buğra Tahtalı, 'Türk Hukukunda Kamulaştırılan Taşınmazın Geri Alınmasında İdarenin Sorumluluğunun Eski Malike Yükletilmesi Sorunu' (2021) (46) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 515

<sup>62</sup> Tahtalı (n 64) 519

yaptığı varsayımına dayanmaktadır. Bu durumda ise mal sahibinin kendisine devredilen trampa konusu taşınmazı idareye vermek suretiyle taşınmazını geri alabilmesi durumu ortaya çıkabilecektir.

### C. TRAMPA YOLU İLE KAMULAŞTIRMANIN İMAR KANUNU 18. MADDESİNİN 22. FIKRASI İLE KARŞILAŞTIRILMASI

7221 sayılı Kanun<sup>63</sup> ile İmar Kanunu'nun<sup>64</sup> 18. maddesine aşağıdaki fıkra eklenmiştir:

*“Bu madde kapsamında yapılmış olan imar uygulamalarının kesinleşmiş mahkeme kararlarıyla iptal edilmesi nedeniyle; davaya konu parselin imar planı kararları ile umumi ve kamu hizmetlerine ayrılan alanlara denk gelmesi veya iptal edilen uygulama ile tahsis ve tescil edilmiş parsellerde hak sahiplerince yapı yapılmış olması ve benzeri hukuki veya fiili imkânsızlıklar nedeniyle geri dönüşüm işlemleri yapılarak uygulama öncesi kök parsellere dönülemeyeceğinin parselasyon planlarını onaylamaya yetkili idarelerin onay merciince tespiti halinde, öncelikle davaya konu parselin hak sahiplerinin muvafakati alınmak kaydıyla uygulama sahası içerisinde idarece uygun bir yer tahsis edilir veya anlaşma olmaması halinde davacı hak sahibinin kök parseldeki yeri dikkate alınarak uygulamadaki düzenleme ortaklık payı kesintisi düşüldükten sonraki taşınmazın rayiç bedeli üzerinden değeri ödenir.”*

Bu düzenleme doğrultusunda öncelikle 18. madde kapsamında yapılan imar uygulamalarının kesinleşmiş mahkeme kararları ile iptal edilmesi gerekmektedir. İptal kararı sonrasında dava konusu edilen parselin, imar planı kararları ile umumi ve kamu hizmetlerine ayrılan alanlara denk gelmesi veya iptal edilen uygulama ile tahsis ve tescil edilmiş parsellerde hak sahiplerince yapı yapılmış olması ve benzeri hukuki veya fiili imkansızlıklar nedeniyle geri dönüşüm işlemleri yapılarak uygulama kök parsellere dönülemeyeceğine ilişkin karar alınmalıdır. Bu karar parselasyon planlarını onaylamaya yetkili idarelerin onay merciinin tespiti ile alınmaktadır.

Sonuçta mahkeme kararı ile imar uygulaması iptal edilmiş olsa dahi, hak sahiplerine taşınmazları iade edilmeyecektir. Bunun yerine idare, davaya konu parselin hak sahiplerinin rızasının varlığı halinde uygulama sahası içinde uygun bir yer tahsis ederek aslında trampa işlemini gerçekleştirmiş olacaktır. Düzenlemede trampa işleminin gerçekleşmesi için, aynı trampa yolu ile kamulaştırmada olduğu gibi hak sahibinin rıza göstermiş olması gerekmektedir.

<sup>63</sup> Coğrafi Bilgi Sistemleri İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 7221, Kabul Tarihi: 14.02.2020, RG. 20.02.2020, S. 31045

<sup>64</sup> İmar Kanunu, Kanun Numarası: 3194, Kabul Tarihi: 03.05.1985, R.G. 09.05.1985, S. 18749

Ancak idarenin vereceği uygulama sahası içinde bulunan “*uygun yer*” konusunda ayrıntılı bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu doğrultuda kanun koyucu, “*uygun yer*” kavramını kullanarak, trampa yolu ile kamulaştırmadan farklı olarak trampa edilecek taşınmazın bedeli konusunda herhangi bir sınırlamaya gitmemiştir. Hak sahibi trampa konusunda rıza göstermez ise, hak sahibinin kök parseldeki yeri dikkate alınarak uygulama düzenleme ortaklık payı düşüldükten sonraki taşınmazın rayiç bedeli üzerinden değeri ödenmektedir.

Kanun koyucu, mahkeme kararı ile iptal edilen imar uygulamaları konusunda hak sahibinin uygulama öncesi kök parsellere dönemeyeceğine yönelik hükümler koymuştur. Bu hüküm doğrultusunda hak sahibinin mülkiyet hakkına müdahalede bulunulduğu barizdir. Bu müdahalenin meşru kılınması amacıyla da düzenlemeye ilk olarak trampa yolunun denenmesi, hak sahibi bu yola rıza göstermez ise de kendisine bedel ödenmesi gerektiği yolunda hüküm eklenmiştir.

## SONUÇ

Trampa yolu ile kamulaştırma, uzun yıllardan beri kamulaştırma bedelinin nakden ödenmesine alternatif bir düzenleme olarak varlığını sürdürmektedir. Bu düzenleme ile idare, mal sahibinin rızası halinde kamulaştırma bedelini nakden değil, kamu hizmetine tahsis edilmemiş bir taşınmazını trampa ederek ödemektedir. 2001 tarihinde 4650 sayılı Kanun kapsamında yapılan değişiklikler sonucunda trampanın alternatif olarak teklif edilmesi gereken bir usul olduğunu görmekteyiz. Kanun koyucunun bu değişiklik doğrultusunda tarafların anlaşmasını ve kamulaştırma bedelinin idare tarafından trampa suretiyle ödenmesini arzu ettiği kanaatindeyiz.

Trampa yolu ile kamulaştırma yapılabilmesi için gereken en önemli şart, mal sahibinin trampaya rıza göstermesidir. Eğer mal sahibi kamulaştırma bedelinin trampa yolu ile ödenmesine rıza göstermez ise bu durumda bedel kendisine nakden ve peşin olarak ödenmektedir. Kamulaştırma Kanunu’nda ayrıca trampa konusu taşınmazın kamu hizmetine tahsis edilmemiş olması ve bu taşınmaz bedelinin kamulaştırma bedelinin %120 sini aşmaması gerektiği düzenlenmiştir. Böylelikle idarenin trampa olarak vereceği taşınmazın nitelikleri konusunda sınırsız bir takdir hakkına sahip olmadığı belirtilmelidir. Ancak kanun koyucu kamulaştırma bedelinin, idarenin vereceği taşınmaz mal değerinden ne kadar fazla olması gerektiğine dair bir düzenleme yapmamıştır. Kanaatimizce bu tarz bir düzenlemenin olmaması idarenin kamulaştırma bedelinden çok daha düşük bedelli bir taşınmazını trampa edebilmesine



neden olabilecektir. Böyle bir düzenleme kanunda açıkça yer almasa dahi idarenin trampa edeceği taşınmaz bedelinin kamulaştırma bedelinden çok düşük olmaması gerektiği düşüncesindeyiz. Zira trampa edilecek malların bedellerinin birbirine yakın olmasının bu usulün yerindeliği açısından daha uygun olduğu kanaatindeyiz. Trampa edilecek mallar arasında çok büyük bir bedel farkı olması halinde ise trampa yapılmasının bir anlamı kalmayacaktır. Bu nedenle kanun koyucunun kamulaştırma bedelinin, idarenin vereceği taşınmaz mal değerinin %120'sini aşmayacağına dair hüküm koymasının yerinde olduğu düşüncesindeyiz.

Kamulaştırılan taşınmazın geri alınması için taşınmaz mal sahibinin kamulaştırma bedelini aldığı günden itibaren işleyecek kanuni faizi ile ödeme şartının trampa yolu ile kamulaştırma açısından incelenmesi gerekmektedir. Trampa yolu ile kamulaştırma açısından geri alma konusunda ayrı bir düzenleme olmadığından iki ihtimal üzerinden değerlendirme yapılmasına lüzum görülmüştür. İlk ihtimalde, trampa yolu ile kamulaştırma yapılması için hem kamulaştırma bedeli hem de idarenin vereceği taşınmaz bedeli belli olduğundan, mal sahibinin kamulaştırma bedelini, idare ile anlaştığı tarihten itibaren işleyecek kanuni faizi ile birlikte ödemesi gündeme gelebilecektir. Böylelikle mal sahibi kamulaştırılan taşınmazını geri almasının yanı sıra trampa konusu taşınmazın mal sahibi olmaya devam edecektir. İkinci ihtimalde ise mal sahibinin kendisine devredilen trampa konusu taşınmazı idareye vermek suretiyle taşınmazını geri alabilmesi durumu ortaya çıkabilecektir. Bu ihtimaller açısından ikincisinin uygulanması daha yerinde olacaktır. Böylelikle idare kamulaştırdığı taşınmazı geri verirken, taşınmaz mal sahibi de trampa edilen malı idareye verecektir. Karşılıklı olarak bir değiş tokuş olacağından trampa özelinde geri almanın bu şekilde yapılmasının daha uygun olduğunu düşünmekteyiz.

## KAYNAKÇA

5226 Sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu ile Çeşitli Kanunlarda Değişiklik

Yapılması Hakkında Kanun Gerekçesi

<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss641m.htm> Erişim Tarihi 23.5.2020

Akyılmaz B, Sezginer M ve Kaya C, Türk İdare Hukuku (12. Baskı, Savaş Yayınevi 2020)

Balkır B, 'Mal Değişim Sözleşmesinde Satış Hükümlerinin Uygulanması' (2014) (28) Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 129-142

Çevre ve Şehircilik Bakanlığı& İlbank, İmar Hakkı Transferi Çalıştayı Sonuç Raporu (2014)

Çınar T, Kamulaştırma Davaları (Genişletilmiş ve Güncellenmiş 4. Baskı, Adalet Yayınevi 2019)

Dündar S, 'İmar Hakkı Aktarımı İstanbul Üzerine Bir İnceleme' (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Teknik Üniversitesi, 2010)

Erdoğan G, 'Trampa Sözleşmesi' (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1996)

Ergün Ö, Borçlar Hukuku (Özel Hükümler) Ders Notları (1. Baskı, Seçkin 2018)

Gölcüklü MA, Kamulaştırma Kanunu Şerhi: Fiili ve Hukuki El Atma Davaları (Güncellenmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, Seçkin 2018)

Gözler K, İdare Hukuku C. II (Güncellenmiş 3. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım 2019)

Günday M, İdare Hukuku (11. Baskı, İmaj Yayınevi 2017)

İstanbul Üniversitesi İdare Hukuku Ders Notları (2015-2016)

<<http://cdn.istanbul.edu.tr/FileHandler2.ashx?f=2015-2016-idare-hukuku-ders-notlari-teskilat-haric.pdf>> Erişim Tarihi 15.04.2020

Kalabalık H, İdare Hukuku Dersleri C. II (Gözden Geçirilmiş, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 5. Baskı, Seçkin 2021)

Kamalak M, 'Para ve Para Sistemleri' (1980) 4 (3-4) Atatürk Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, 71-97

Kardeş S, Milli Emlak (5. Baskı, Adalet Yayınevi 2019)

Kutlu Gürsel M, Kamulaştırma Hukuku (Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, Seçkin 2019)

Milli Güvenlik Konseyi Tutanak Dergisi C. 11, 180 inci Birleşim, 4 Kasım 1983 Cuma

<[https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MGK\\_/d01/c011/mgk\\_01011180.pdf](https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MGK_/d01/c011/mgk_01011180.pdf)>

Erişim Tarihi 14.05.2020

Pulak TM, 'Kamulaştırma Kanununda 4650 Sayılı Kanun ile Yapılan Değişiklikler Üzerine

Düşünceler' (2001) 25 (228) Mülkiye Dergisi, 187-216,

<<https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/339>> Erişim Tarihi 13.05.2021

Sancakdar O, Önüt LB, Eser Us D, Kasapoğlu Turhan M ve Seyhan S, İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı (Genişletilmiş ve Güncellenmiş 8. Baskı, Seçkin 2019)

Smith A, Milletlerin Zenginliği, Çev. Haldun Derin (1. Baskı, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları 2006)

T.C. Adalet Bakanlığı Hukuk Sözlüğü <<https://sozluk.adalet.gov.tr>> Erişim Tarihi 08.03.2021

Taner S, 'Vergi Hukukunda Takas' (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, 2016)

Tahtalı MB, 'Türk Hukukunda Kamulaştırılan Taşınmazın Geri Alınmasında İdarenin Sorumluluğunun Eski Malike Yükletilmesi Sorunu' (2021) (46) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 499-528

Türk Dil Kurumu, Büyük Türkçe Sözlük <[www.tdk.gov.tr](http://www.tdk.gov.tr)> Erişim Tarihi 20.04.2020

Türk Hukuk Lügatı, (3. Baskı, Başbakanlık Basımevi 1991)

Ulusoy A, Yeni Türk İdare Hukuku (1. Baskı, Yetkin 2019)

Ünal N ve Erol M, Gelir Getirici İşlemlerde İhale Usulü Devlet İhale Kanunu (Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin 2016)

Ünsal AF, 'İmar Hakkı Aktarımı (Transferi)' (Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, 2016)

Yavuz N, Borçlar Hukuku El Kitabı (1. Baskı, Adalet Yayınevi 2018)

Zevkliler A ve Gökyayla KE, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (17. Bası, Turhan Kitabevi 2017)



## NKÜ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

### KISMİ SÜRELİ ÇALIŞMA VE KISA ÇALIŞMA UYGULAMASI ARASINDAKİ BENZERLİKLER VE FARKLAR

*Araş. Gör. Sümeyye ELGÖRMÜŞ\**

#### ÖZ

4857 sayılı Kanun ile Türk iş hukuku, batı hukuk sistemlerinde sıklıkla uygulanan esnek çalışma modelleri ile tanışmıştır. Bu çalışma modellerinden olan kısmi süreli çalışma ve kısa çalışma ülkemizde sıklıkla uygulanan çalışma yöntemlerindedir. Kısmi süreli çalışma, çalışma sürelerinin azaltılması ile yapılan çalışma olarak tanımlanabilir. Bu çalışma biçimi özellikle kadınlar, öğrenciler ve emekliler açısından istihdam alanı oluşturan bir modeldir. Kısa çalışma ise ekonomik kriz yahut ‘Koronavirüs’ salgınında görüldüğü üzere bir zorlayıcı sebep halinde işverenin işletme rizikosunu işçiler ve devlet arasında paylaştıran, bu paylaşım sayesinde iş sözleşmelerini ayakta tutan bir çalışma biçimidir. Kısmi süreli çalışma ve kısa çalışma fonetik olarak birbirine yakın iki kavramdır. İşitsel benzerliğin yanında, her iki uygulamada da haftalık çalışma sürelerinin aynı ölçüde azaltılması gerekmektedir. Bu nedenle çalışma yaşamında ve hatta yer yer yargı kararlarında iki kavramın birbiri ile karıştırıldığı, birinin diğeri yerine kullanıldığı görülmektedir. Belirtilen benzerliklerinin yanında kısmi süreli çalışma ve kısa çalışmanın uygulanmaya başlanma süreci, uygulanma aşaması ve doğrudukları hükümler ile sonuçları açısından önemli farkları söz konusudur. Bu çalışmada öncelikle kısmi süreli çalışmanın tanımı ve unsurları açıklanmış, daha sonra kısa çalışmanın tanımı ve koşulları incelenmiştir. Ardından iki çalışma yöntemi arasındaki benzerlikler ve farklar ortaya konulmuştur.

**Anahtar Kelimeler:** Kısa Çalışma, Kısmi Çalışma, Kısmi Süreli Çalışma, Benzerlik, Fark

\* Yüksek Lisans Öğrencisi, Araş. Gör., Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, selgormus@nku.edu.tr, ORCID 0000-0001-5292-3462



## **SIMILARITIES AND DIFFERENCES BETWEEN PART-TIME WORK AND SHORT WORK**

*Res. Asst. Sümeyye ELGÖRMÜŞ \*\**

### **ABSTRACT**

With the Law No. 4857, Turkish labor law met with flexible working models that are frequently applied in western legal systems. Part-time working and short working, which are among these working models, are the working methods frequently applied in our country. Partial work can be defined as work done by reducing working hours. This way of working is a model that creates employment especially for women, students and retirees. Short-time working, on the other hand, is a form of work that divides the employer's business risk between workers and the state in the event of an economic crisis or a compelling reason, as seen in the 'Coronavirus' epidemic, and keeps employment contracts alive thanks to this sharing. Partial work and short work are two phonetically close concepts. In addition to the auditory similarity, the weekly working hours should be reduced to the same extent in both applications. For this reason, it is seen that the two major concepts are mixed with each other in working life and even in judicial decisions from time to time, and one is used instead of the other. In addition to the mentioned similarities, there are important differences in terms of the implementation process of part-time work and short-time work, the stage of implementation, the provisions they create and the results. In this study, the definition and elements of part-time work are explained, then the definition and conditions of short-time work are examined. Then, the similarities and differences between the two working methods were revealed.

**Keywords:** Short-time Work, Part-time Work, Partial Work, Difference, Similarity

---

\*\* LL.M. Candidate, Research Assistant on Labor and Social Security Law, Tekirdağ Namık Kemal University, School of Law, selgormus@nku.edu.tr, ORCID 0000-0001-5292-3462

### **Extended Summary**

Part-time work and short-time work are flexible working methods that are frequently used in working life. Part-time work can be defined as a form of work in which working hours are reduced. The rate at which the working time will be reduced is not specified in the law. This issue is regulated by regulation. According to the regulation, work done up to at least two-thirds of the weekly working time is considered part-time work. Part-time work consists of employee approval, continuity and shortened weekly working hours. Short-time working is a form of work that is applied in the event of the realization of the reasons sought in the law, which helps to keep the employment contracts alive. Short-time working applications are made to the regional directorates of the Turkish Employment Agency. After the application, the inspectors of the institution determine the eligibility for the short-time working allowance. In case the short-time employment application is positive, short-time working allowance is paid to the workers from the Unemployment Insurance Fund. There are two types of applications for short work. The first case is short-time work by reducing the weekly working hours. Accordingly, as a result of the incident, the working hours at the workplace should be reduced by at least one third of the normal weekly working time. The second type of short-time work is the short-time study performed by stopping the study. In this case, the work in the workplace is temporarily suspended in the whole or part of the workplace. Short-time work cannot be mentioned if the work is stopped permanently, not temporarily. In this case, a free permit application may be in question. Partial work and short work are phonetically very close to each other in the Turkish language. In addition to this similarity, if short work is realized by reducing working hours, the practice is quite similar to part-time work. Indeed, in both cases it is sought to reduce the weekly working hours by at least one third. Due to the mentioned similarities, these two essential notion are puzzled with each other, especially in working life. However, there are important differences between the two working methods. First of all, partial work can be put into practice with a contract. Therefore, it needs the will of the parties. Short-time work is applied with the unilateral application of the employer and the approval of the official institution. However, this situation is controversial in the teaching. Some authors believe that the employee's consent must be obtained before the employer can apply to the official body with a request for short-time working. Accordingly, forcing the worker to endure the short-time working practice is inconsistent with the general principles of labor law. Short work to be done without the employee's approval is a fundamental change in working conditions. In this case, the

employee will be able to terminate the employment contract with just cause due to the non-implementation of the working conditions. Although the employer has an obligation to bear the disruptions that may occur in the business, according to the business risk theory, this way is no longer fair in the global economic situation. For this reason, the results of the events that occur in the enterprise and prevent the performance of the work are shared between the employer, the employee and the state. In this case, since the employer's right to apply arises from the law, the employee's approval is not sought. Apart from this difference, another difference is about the reasons. No reason is sought for partial work. The will of the parties is sufficient to start the partial work practice. On the other hand, for the short-time working practice, the reasons sought in the law must be fulfilled. Accordingly, a general, sectoral or regional economic crisis or a compelling reason must have occurred for the short-time working practice. In Article 65 of Law No. 4857, which is the first article in which short work entered into Turkish law, only the general economic crisis was mentioned in terms of economic crisis. This situation was criticized in the teaching. In the later changes, it was stated that short-time working could be applied in case of general, regional and even sectoral crisis. It should be noted that apart from the realization of the reasons listed, it will also be sought that the workplace has been affected by the reasons that have occurred. Otherwise, the employer will have fundamentally changed the working conditions. In this case, the worker must approve this change. However, in the doctrine, it is also said that short work should be applied after the reduction of the working time or the cessation of the work. In other words, the employer must have reduced the working hours or stopped working in the company as a result of the occurrence. On the other hand, according to the other view, it is possible to reduce or stop the working time only after the approval of the official institution. Another difference is in terms of continuity-temporality. Part-time work is decided with the intention of continuous implementation. Short work is temporary by law. According to Law No. 4447, a short period cannot exceed three months. However, the President is authorized to extend this period up to six months. The final dissimilarity between part-time work and short-time work is in the source of the worker's income. Part-time work results from an employment contract and the employee's wage determined by this contract is paid by the employer. In short-time working practice, short-time working grant is paid by the government to the laborer for a reduced time. This allowance is paid according to the rate of shortening of the working time. However, since the employee will continue to work with the employer, the employee will be paid by the employer in proportion to this period.

## GİRİŞ

Kısmi süreli çalışma, çalışma süresinin azaltılması ile gerçekleştirilen bir esnek çalışma yöntemidir. Söz konusu uygulama için işyerindeki haftalık normal çalışma süresinin en az üçte iki oranında azaltılmış olması, bu durumun işçinin onayına dayanması ve süreklilik arz etmesi gerekmektedir. Öte yandan kısa çalışma, kanunda öngörülen sebeplerden birinin gerçekleşmesi sonucu işyerinde işin görülmesinin oldukça güçleşmesi yahut imkansızlaşması halinde işverenin başvurabileceği hukuki bir çözümdür. Buna göre işveren, meydana gelen olay neticesinde geçici olarak işyerinde haftalık çalışma sürelerini azaltabilir veya çalışmayı durdurabilir. İşyerinde çalışmanın durdurulması yoluyla yapılacak kısa çalışmanın konumuzla ilgisi bulunmamaktadır. Bu halde uygulama, ücretsiz izin uygulamasına oldukça yaklaşmaktadır. Çalışmamız açısından önem arz eden durum, işyerinde haftalık çalışma sürelerinin azaltılması suretiyle gerçekleştirilen kısa çalışmadır. Kanun koyucu bu yöntem ile yapılacak kısa çalışmada haftalık çalışma süresinin en az üçte bir oranında azaltılmış olmasını aramaktadır. Bu halde kısa çalışma ile kısmi süreli çalışma arasında pratikte hemen hemen hiçbir fark kalmamaktadır. Kısa çalışma uygulaması ile kısmi süreli çalışma uygulamasının fonetik/işitsel benzerliği de dikkate alındığında, iki çalışma biçiminin uygulamada birbirine oldukça yaklaştığı, bir kavramın diğeri yerine kullanıldığı görülür. Bu itibarla çalışmamızda öncelikle kısmi süreli çalışmanın tanımı ve unsurları ardından kısa çalışmanın tanımı ve koşulları ele alınacaktır. Ardından bu iki uygulama arasındaki benzerlikler ve farklara değinilecektir.

## I.KISMİ SÜRELİ ÇALIŞMANIN TANIMI VE UNSURLARI

### A. TANIMI

Kısmi süreli çalışma kavramı, köken olarak Anglo- Amerikan hukuk sistemi tarafından oluşturulmuş “part-time employment” teriminin dilimize çevrilmiş halidir<sup>1</sup>. Türk hukukunda kısmi süreli çalışma 2003 yılında yürürlüğe giren 4857 sayılı İş Kanunu<sup>2</sup> ile yasal zemine oturmuştur. Önceki iş kanunu olan 1475 sayılı Kanun<sup>3</sup> döneminde kısmi süreli çalışma gibi

<sup>1</sup> Çağlar Sislituna Ayakçıoğlu, Kısmi Süreli Çalışma ve Kısmi Süreli Çalışanların Sosyal Güvenlik Sorunları (1.Baskı, Seçkin Yayıncılık 2021), 20

<sup>2</sup> RG: 10/6/2003- 25134

<sup>3</sup> RG: 1/9/1971- 13943



esnek çalışma modellerine izin verecek bir yasal düzenleme mevcut değildi<sup>4</sup>. Zira 1475 sayılı Kanun, haftalık çalışma süresinin çalışılan iş günlerine eşit bölünmesi suretiyle uygulanabileceğini belirtmişti. Bu halde işçi ve işveren aralarında anlaşmalar dahi hukuken çalışma sürelerini haftanın belirli günlerine dağıtamıyorlardı<sup>5</sup>. Buna rağmen işçi ve işveren aralarında kararlaştırarak uygulamada esnek çalışma modellerinden bazılarını hayata geçirmektedir<sup>6</sup>. Zira çalışma hayatı, güncel gelişmelerin gerisinde kalamayacak kadar dinamik yapıda olup evrensel gelişmeleri yakalayamamış katı ve tek tip<sup>7</sup> düzenlemeleri aşmanın bir yolunu bulmaktaydı. İş sözleşmesinin tarafları, esnek çalışma modellerini karşılıklı anlaşma yoluyla uygulamaya çalışsa da bu halde hukuka aykırılık sürdüğünden uyumsuzluk halinde önemli sorunlar söz konusu olabilmekteydi.

Bununla beraber 818 sayılı eski Borçlar Kanunu'nun<sup>8</sup> 313. maddesinde<sup>9</sup> kanun koyucunun düzenlediği zaman unsuru dolayısıyla kısmi süreli çalışmanın yasal dayanağı bulunduğu iddia edilmekteydi<sup>10</sup>. Nitekim Yargıtay da bu dönemde verdiği kararlarda kısmi süreli çalışmayı benimsemiş görünmekteydi<sup>11</sup>. O dönemde öğretilerde de eBK 313. maddeden yola çıkılarak kısmi süreli çalışma, işyerindeki çalışma süresinden daha kısa süreli çalışmalar<sup>12</sup> şeklinde tanımlanmıştır.

Nihayet 4857 sayılı İş Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile esnek çalışma modelleri yasal dayanağa kavuşmuş ve esneklik uygulamaları hukuka uygun hale gelmiştir. İş Kanunu'nun 63.

<sup>4</sup> Emre Sevgi, 'Kısmi Süreli İş Sözleşmesi' (Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi 2014), 4; Münir Ekonomi, Türk İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukunun Elli Yılı (Basisen Eğitim ve Kültür Yayınları 1988) 67-68; Serkan Odaman, Esneklik Prensibi Çerçevesinde Yargıtay Kararları Işığında Türk İş Hukukunda Çalışma Süreleri ve Yöntemleri (1.Baskı, Legal Yayıncılık 2013), 140-141

<sup>5</sup> Gaye Burcu Yıldız, 'Güvenceli Esneklik ve 4857 Sayılı İş Kanunu' (2011) Prof. Dr. Sarper Sözek'e Armağan I 203, 218; Nüket Saracel 'İş ve Sosyal Sigortalar Kanunları Uygulaması Bakımından Kısmi Çalışma' (1990), 8 (1-2) Eskişehir Anadolu Üniversitesi İİBFD 375, 377

<sup>6</sup> Nurtaç Endes, Türk İş Hukukunda Kısa Çalışma (1.Baskı, Adalet Yayınları 2017), 5

<sup>7</sup> Gaye Baycık, 'Çalışma Sürelerinde Güvenceli Esneklik Uygulamaları' (2014) 20 (1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan 223, 233

<sup>8</sup> RG: 29/4/1926- 359 22/4/1926

<sup>9</sup> Esra Öztürk, 'Türk Hukukunda Kısmi Süreli İş Sözleşmesi' (Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi 2011) "Hizmet akdi, bir mukaveledir ki onunla işçi, **muayyen veya gayri muayyen bir zamanda** hizmet görmeyi ve iş sahibi dahi ona bir ücret vermeyi taahhüt eder" ifadesinden de anlaşılacağı üzere işçinin iş sözleşmesinin devamı sırasında işverene ne kadar süre ile bağlı çalışacağı konusunda Kanunda sınırlayıcı bir düzenleme bulunmamaktadır.", 8

<sup>10</sup> Tankut Centel, 'Kısmi Süreli Çalışma ve Hafta Tatili Ücreti' (2006) 1 (2) Sicil İş Hukuku Dergisi 19, 26

<sup>11</sup> Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası, Çalışma Hayatı ile İlgili Kararları 1990-1995 Ankara, 1996.

Yar. 9 HD, E.1990/1275, K.1991/3125, 28.02.1991; "İşçinin, bir işyerinde çalışırken, aynı süre içinde değişik işverenlerin işyerlerinde de kısmi çalışmış olması kıdem tazminatına hak kazanma bakımından sonucu değiştirmez.", 57; Yar. 9. HD, E.1991/10981, K.1991/16220, 17.12.1991 "Kısmi çalışmalarda kıdem tazminatı hesabı, çalışılan süreye göre yapılır.", 85

<sup>12</sup> Tankut Centel, İş Hukuku (2.Baskı, Beta Yayınları 1994), 92

maddesinin birinci fıkrası uyarınca normal çalışma süresinin tavanı<sup>13</sup> haftalık bağlamda kırk beş saate dayanmaktadır. Kanun koyucu haftalık çalışma süresinin ‘en çok’ kırk beş saat olduğunu belirtmekle, bu sürenin altında belirlenen çalışma sürelerinin geçerliliğini benimsemiş olmaktadır. Kısmi süreli çalışma, bu kapsamda öngörölmüş çalışma modellerinden biridir.

4857 sayılı İş Kanunu’nun 13. maddesinin birinci fıkrasında kısmi süreli çalışma, şöyle tanımlanmaktadır: “*İşçinin normal haftalık çalışma süresinin, tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan emsal işçiye göre önemli ölçüde daha az belirlenmesi durumunda sözleşme kısmî süreli iş sözleşmesidir.*”

İş Kanunu’ndan sonra Türk Borçlar Kanunu’nun 393. maddesinin ikinci fıkrasında işçinin işi kısım kısım ve düzenli şekilde görme olasılığı düzenlenmiş, bu hallerin de iş sözleşmesinden olduğu kabul edilmiştir.

## A. UNSURLARI

### 1. Kısa İş Görme Süresi

İş Kanunu’nda açıkça belirtildiği üzere haftalık çalışma süresi en çok kırk beş saattir. Kural olarak kırk beş saatlik çalışma süresi haftanın mesai harcanan günlerine denk oranda bölünerek uygulanır. Ancak tarafların aralarında anlaşarak farklı bir süre dağılımı kararlaştırmaları da mümkün kılınmıştır. (İşK m.63/1) Kısmi süreli iş sözleşmesinin en önemli unsuru kısaltılmış iş görme süresidir<sup>1415</sup>. Kanun koyucu bu kısaltmanın ne ölçüde olacağını açıklamamıştır. 4857 sayılı kanunun 13. maddesinde “*tam süreli iş sözleşmesi ile çalışan emsal işçiye oranla önemli ölçüde*” kısa bir iş görme süresinden söz edilmiştir. Bu nedenle ‘tam süreli iş sözleşmesi’ ve ‘emsal işçi’ kavramlarını açıklamak gerekmektedir.

Tam süreli iş sözleşmesi, işçinin kanunda belirtilen veya sözleşme ile belirlenen haftalık normal çalışma süresinin tamamını o işverene tabii olarak geçirmesinin kararlaştırıldığı iş

<sup>13</sup> Sarper Süzek, İş Hukuku (21. Baskı, Beta Yayıncılık 2021), 800

<sup>14</sup> Nuri Çelik, Nurşen Caniklioğlu, Talat Canbolat ve Ercüment Özkaraca, İş Hukuku Dersleri (34. Baskı, Beta Yayınları 2021), 215; Sislituna Ayakçıoğlu (n 1), 22

<sup>15</sup> Yar. 9. H.D. E. 2008/20640 K. 2010/5868 04.03.2010 ([www.legalbank.net](http://www.legalbank.net)), YHGK E.2015/215, K.2017/1255 1.11.2017 aracılığıyla Süzek, 273 dipnot 82

sözleşmesidir<sup>16</sup>. Haftalık normal çalışma süresi 45 saat olduğundan kural olarak tam süreli iş sözleşmesi haftalık 45 saatlik çalışmanın öngörüldüğü iş sözleşmesidir. Elbette işyerindeki normal çalışma süresinin farklı belirlenmesi mümkündür. Bu halde tam süreli iş sözleşmesi normal çalışma süresine uygun olarak akdedilecektir.

Emsal işçi, Kanunun 13. maddesinin üçüncü fıkrasında aynı veya yaklaşık işlerde çalışan işçi olarak tanımlanmıştır. Kanuna göre bu nitelikte bir işçinin işyerinde var olmaması durumunda aynı işkolunda aynı ya da yaklaşık işi yapan işçi referans alınacaktır.

Anlaşılmaktadır ki, o işyerinde tam süre ile çalışan emsal işçinin çalışmasından önemli ölçüde az çalışmalar kısmi süreli çalışma olarak tanımlanacaktır. Ancak işçinin çalışmasının kısmi süreli çalışma kabul edilmesi için emsal işçinin çalışmasından ne kadar daha az süreli çalışması gerektiği belirtilmemiştir. Bu nedenle “önemli ölçüde az” kavramı açıklığa kavuşturulmalıdır. Madde gerekçesinde önemli ölçüde az çalışma ile kastedilenin “hiç olmazsa haftalık çalışmanın üçte ikisinden daha az” olması gerektiği belirtilmiştir. Gerekçedeki bu sınırlamanın yanında, İş Kanunu’nun 63. maddesine dayanılarak çıkartılmış olan “İş Kanununa İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği”<sup>17</sup> 6. maddesi, “İşyerinde tam süreli iş sözleşmesi ile yapılan emsal çalışmanın üçte ikisi oranına kadar yapılan çalışma” halini kısmi süreli çalışma kabul etmiştir.

Öğretide üçte iki oranında çalışma ölçütünün adaletsizliklere neden olabileceğine dikkat çekilmiş ve bunun yerine ILO sözleşmeleriyle belirlenen “haftalık normal çalışma süresi altındaki çalışmaların” kısa çalışma kabul edilmesi ölçütünün tercih edilmesi gerektiği vurgulanmıştır<sup>18</sup>. Böylelikle mevcut düzenlemelere göre, örneğin, haftalık çalışma süresinin 45 saat olarak belirlendiği bir işyerinde 32 saat çalışan işçinin iş sözleşmesinin tam süreli kabul edilmesi nedeniyle oluşabilecek adaletsizlikler önlenebilecektir.

Kısmi süreli iş sözleşmesinin belirsiz süreli yapılması imkan dahilindedir. Bunun gibi objektif koşulların bulunması halinde belirli süreli olarak da yapılabilir. Bundan başka, kısmi süreli iş sözleşmesi süreksiz<sup>19</sup> ya da sürekli olarak da akdedilebilir<sup>20</sup>.

<sup>16</sup> Hamdi Mollamahmutoğlu, Muhittin Astarlı ve Ulaş Baysal, İş Hukuku Ders Kitabı (5. Baskı, Lykeon 2021), 366; Centel, İş Hukuku (n 9), 92; E. Tuncay S. Kaplan, Bireysel İş Hukuku (10. Baskı, Gazi Kitabevi 2019), 98; H. Hadi Sümer, İş Hukuku (25. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2020), 43

<sup>17</sup> R.G: 6/4/2004- 25425

<sup>18</sup> Saim Ocak, ‘Türk İş Hukukunda Kısa Çalışma’ (Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi 2008), 48; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 12), 214-215

<sup>19</sup> Karş: Sevgi (n 2) 32

<sup>20</sup> Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 12), 215; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 13), 127; Senyen Kaplan, (n13), 102; Aydın Başbuğ ve Mehtap Yücel Bodur, İş Hukuku (6. Baskı Beta Yayınları, 2021), 125

## 2. Devamlılık

Kısmi süreli çalışmayı oluşturan diğer unsur çalışma süresinin azaltılmış biçimde uygulanmasının sürekli olmasıdır. Devamlılık ile kastedilen, işçinin iş görme süresi boyunca tabii olacağı çalışma saatlerinin, sözleşme akdedildiği sırada kararlaştırıldığı gibi, kısaltılmış olarak uygulanacak olmasıdır. Diğer bir deyişle geçici bir süre için haftalık çalışma süresinin azaltıldığı uygulamalar kısmi süreli çalışma olarak kabul edilemeyecektir<sup>21</sup>. Bu hal, kısmi süreli iş sözleşmelerinin yalnızca belirsiz süreli olabileceği şeklinde anlaşılmalıdır. Zira belirtildiği gibi kısmi süreli iş sözleşmeleri belirli süreli olarak akdedilebilir. Çoğunlukla iş ilişkisinin başlangıcında tarafların karşılıklı olarak anlaşması suretiyle kısmi süreli çalışma ilişkisi kurulur. Bununla beraber, tam süreli çalışan bir işçi ile çalışma ilişkisi devam ederken kısmi süreli çalışmaya geçilmesi de mümkündür. Ancak bu durum çalışma koşullarında esaslı değişiklik oluşturacağından, İş Kanunu'nun 22. maddesinde öngörülen usulün uygulanması gerekecektir.

Netice itibariyle ister başlangıçta kararlaştırılmış olsun ister sonradan değiştirilerek uygulanmaya başlanmış olsun, kısmi süreli çalışma sürekli uygulanma niyetiyle hayata geçirilmelidir<sup>22</sup>.

## 3. Çalışma Süresini Azaltmanın Serbest İradeye Dayanması

Kısmi süreli çalışma, bir iş sözleşmesi türüdür. Bu sebeple gönüllü bir çalışma biçimi olarak işçi ve işverenin serbest iradesine dayanmaktadır<sup>23</sup>. Buna göre işçi veya işveren haftalık çalışma süresinin, normal haftalık çalışma süresinin en az üçte ikisi oranında azaltılmış olarak uygulanmasını talep etmeli, karşı taraf bu talebi kabul etmelidir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 13. maddesine sonradan eklenen<sup>24</sup> beşinci fıkra uyarınca ebeveyn olan işçilerin belli hallerde tam süreli çalışmasını kısmi süreli olarak değiştirme hakkı bulunmaktadır. Bu durumun, serbest irade unsurunun bir istisnası olduğu belirtilmelidir<sup>25</sup>.

<sup>21</sup> Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca, (n 12), 214

<sup>22</sup> Ocak, tarafların anlaşması ile kısmi süreli çalışmanın geçici suretle uygulanabileceğini belirtir. Ancak bu uygulamanın süreklilik arz eden uygulamaya oranla oldukça seyrek gerçekleştiğini ekler (n 14), 52

<sup>23</sup> Gülten Yazıcı, 'Esnek Çalışmanın Çalışanlara ve İşverenlere Etkisi' (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi 2001), 28; Nüvit Gerek 'Haftalık Normal Çalışma Sürelerinin Altında Sürelerle Yapılan Çalışmalar İçerisinde "Kısa Çalışma"nın Yeri ve Önemi' (2018) 10 (38) İHSGHD 3, 5

<sup>24</sup> R.G: 10/2/2016- 29620

<sup>25</sup> Sislituna Ayakçıoğlu, (n 1), 29; Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz: Münir Ekonomi, 'Doğum veya Evlat Edinme Sonrası Çocuğun Bakımı ve Yetiştirilmesi Amacıyla Ücretsiz İzin ve Kısmi Süreli Çalışma Hakları' (2017) 14 (53) İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 21-58; Resul Kurt 'Doğum Sonrası Yarım ve Kısmi Çalışma

Benzer şekilde, işverenin işletmeye dayalı nedenlerden biriyle işçinin iş sözleşmesini feshedecek olması durumunda, esnek çalışma modellerinin ve özellikle kısmi süreli çalışmanın uygulamaya konmasının ‘feshin son çare olması’ ilkesi uyarınca tüketilmesi gereken bir yol olduğu da öğretide savunulmaktadır.<sup>26</sup>

Kanun koyucu ne Türk Borçlar Kanunu ne de 4857 sayılı İş Kanunu’nda, kısmi süreli çalışma için yukarıda sayılan unsurlardan başka bir koşul aramaktadır. Kısmi süreli iş sözleşmesi için ayrıca bir şekil şartı da öngörülmüş değildir<sup>27</sup>. Ancak elbette kanun koyucunun şekil şartı aradığı iş sözleşmelerinin kısmi süreli akdedilmesi durumunda bu şekil şartına uyulacaktır<sup>28</sup>.

## II.KISA ÇALIŞMANIN TANIMI VE KOŞULLARI

### A. TANIMI

Kısa çalışma, işverene ekonomik kriz veya zorlayıcı sebep halinde, işyerinin rutin faaliyetine devam edememesi sonucu oluşan geçici işgücü fazlalığını iş ilişkisini sonlandırmaya gerek kalmaksızın eritme imkanı sağlayan bir hukuki kurumdur<sup>29</sup>. Kısa çalışma, iş sözleşmesini ayakta tutarak işçileri korumakta iken işvereni işçi çıkarma nedeniyle karşı karşıya kalacağı mali külfetten kurtarır. Ayrıca çalışmayan veya çalışma süresi azalan işçiye devlet tarafından sağlanacak ödenek sayesinde işçilerin ekonomik ve sosyal yaşantıları minimum mağduriyet ile devam eder. Kısa çalışma, toplumun önemli bir kısmını oluşturan işçileri ekonomik ve sosyal yönden destekleyerek topluma ve devlete de fayda sağlamaktadır. Kısa çalışmanın, işverene ait olan işletme rizikosunun işçi, işveren ve devlet arasında paylaştığı da düşünülmektedir<sup>30</sup>.

Hakkı’ (2018) 14 (159) Mali Hukuk Dergisi 705- 724; Yasemin Taşdemir ‘Kısmi Süreli Geçiş Hakkına Genel Bakış’ (2018) 5 (11) Avrasya Sosyal ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi 204-211

<sup>26</sup> Esra Baskan, İş Sözleşmesinin Feshinde Son Çare (Ultima Ratio) İlkesi (1.Baskı, Legal Yayıncılık 2021), 207 vd

<sup>27</sup> Bu konuda Sosyal Güvenlik mevzuatı açısından uyumsuzluk bulunduğuna ilişkin bkz: Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 12), 165. Dipnot

<sup>28</sup> Örneğin; süresi 1 yılı aşan belirli süreli sözleşmeler, çağrı üzerine çalışmayı konu edinen sözleşmeler, takım sözleşmesi vb.

<sup>29</sup> Murteza Aydemir, ‘Koronavirüs (Covid-19) Salgınının İş Sözleşmelerine Etkisi’ (2020) 15 (165) Terazi Hukuk Dergisi 790, 800; Talat Canbolat ve Hasan Kayırgan ‘Koronavirüs Salgınının İş Sözleşmesine ve İşçi İşveren İlişkilerine Etkisi, Sonuçları’ (2020) 5 (1) ÇÜHFD 637, 675; Yasemin Yücesoy, Türk İş Hukukunda Kısa Çalışma ile Salgın Hastalık Halinde Uygulanan Diğer Hukuki Kurumlar (1. Baskı, Adalet Yayınevi 2020), 25

<sup>30</sup> Ufuk Aydın ‘Kısa Çalışma Uygulamasında Güncel Gelişmeler’ (2009) 1 (13) Sicil Dergisi 29, 30; Süzek, (n 10) 816; Süleyman Başterzi ‘Türkiye’de Feshe Karşı Koruma Hukuku Reformunun Sosyal Hukuk ve İstihdam Üzerine Etkileri (2005) 54 (3) 53, 66

İlk olarak 4857 Sayılı Kanun'un 65. maddesinde düzenlenen kısa çalışma daha sonra, kısa çalışma ödeneğinden yararlanacak işçilerin kapsamını genişletmek adına, 15.05.2008 gün ve 5763 sayılı Kanun ile 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'nun ("4447 sayılı Kanun" olarak anılacaktır.) ek 2. maddesine taşınmıştır<sup>31</sup>. Maddede "*Genel ekonomik, sektörel veya bölgesel kriz ile zorlayıcı sebeplerle işyerindeki haftalık çalışma sürelerinin geçici olarak önemli ölçüde azaltılması veya işyerinde faaliyetin tamamen veya kısmen geçici olarak durdurulması hallerinde, işyerinde üç ayı aşmamak üzere kısa çalışma yapılabilir.*" denilmektedir. "Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği Hakkında Yönetmelik" ("Kısa Çalışma Yönetmeliği ya da Yönetmelik" olarak anılacaktır.) ile kısa çalışma ayrıntılı biçimde düzenlenmiştir. Yönetmeliğin 3. maddesinde kısa çalışmanın "*Üç ayı geçmemek üzere 4447 sayılı Kanunun Ek 2'nci maddesinde sayılan gerekçelerle; işyerinde uygulanan çalışma süresinin, işyerinin tamamında veya bir bölümünde geçici olarak en az üçte bir oranında azaltılmasını veya süreklilik koşulu aranmaksızın en az dört hafta süreyle faaliyetin tamamen veya kısmen durdurulmasını*" ifade ettiği belirtilmiştir.

Koronavirüs pandemisinin ülkemizde görülmesinden sonra çalışma yaşamında meydana gelebilecek aksaklıklara mani olmak amacıyla kısa çalışma kurumunda belli değişiklikler yapılmıştır. İlk olarak 7226 sayılı Kanun<sup>32</sup> ile 4447 sayılı Kanun'a geçici 23. madde eklenmiştir. Bu madde uyarınca Koronavirüs pandemisi nedeniyle işsizlik sigortası fonundan kısa çalışma ödeneği alabilmenin koşulları hafifletilmiştir<sup>33</sup>. 7226 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden yaklaşık bir ay sonra benzer amaçlarla 7224 sayılı Kanun<sup>34</sup> yürürlüğe konmuştur. Bu Kanun aracılığı ile 4447 sayılı Kanun'a geçici 24. madde eklenmiştir. Bu madde

<sup>31</sup> Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca, (n 12) 792; Cahit Aydemir ve Mücahit Türkmen, Covid-19 Pandemisi Sürecinde Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği Uygulaması, Zülfikar Bayraktar ve Hasan Bardakçı (ed) *Sosyal Bilimlerde Güncel Gelişmeler 2*, (Legal Yayıncılık 2021), 7

<sup>32</sup> R.G. 26/03/2020, No: 31080

<sup>33</sup> "0/6/2020 tarihine kadar geçerli olmak üzere, yeni koronavirüs (Covid-19) kaynaklı zorlayıcı sebep gerekçesiyle yapılan kısa çalışma başvuruları için, ek 2 nci maddenin üçüncü fıkrasında işçinin kısa çalışma ödeneğine hak kazanabilmesi için öngörülen hizmet akdinin feshi hariç işsizlik sigortası hak etme koşullarını yerine getirmesi hükmü, kısa çalışma başlama tarihinden önceki son 60 gün hizmet akdine tabi olanlardan son üç yıl içinde 450 gün sigortalı olarak çalışıp işsizlik sigortası primi ödenmiş olması şeklinde uygulanır. Bu koşulu taşımayanlar, kısa çalışma süresini geçmemek üzere son işsizlik ödeneği hak sahipliğinden kalan süre kadar kısa çalışma ödeneğinden yararlanmaya devam eder.

Bu madde kapsamında kısa çalışma uygulamasından yararlanabilmek için, iş yerinde kısa çalışma uygulanan dönemde 4857 sayılı Kanununun 25 inci maddesinin birinci fıkrasının (II) numaralı bendinde yer alan sebepler hariç olmak kaydıyla işveren tarafından işçi çıkarılmaması gerekir. Bu madde kapsamında yapılan başvurular, uygunluk tespitleri hariç olmak üzere başvuru tarihinden itibaren 60 gün içinde sonuçlandırılır.

Bu madde kapsamında yapılan başvuru tarihini ve/veya kısa çalışma ödeneğinin süresini sektörel olarak ayrı ayrı veya bir bütün olarak 30/6/2021 tarihine kadar uzatmaya ve birinci fıkrada belirlenen günleri farklılaştırmaya Cumhurbaşkanlığı yetkilidir"

<sup>34</sup> R.G. 17/04/ 2020, No: 31102

ile kısa çalışma veya işsizlik ödeneğinden yararlanamayan işçilere nakdi ücret desteği verilmesi öngörülmüştür<sup>35</sup>. Bundan başka 4857 sayılı Kanun'a geçici 10. madde eklenerek pandemi sürecinde iş sözleşmelerinin feshi -belli istisnalar dışında- yasaklanmıştır. Ayrıca işverene işçiyi tek taraflı olarak ücretsiz izne çıkarma yetkisi tanınmıştır.<sup>36</sup>

Görüldüğü üzere kısa çalışma kavramına yer veren 4447 sayılı Kanun'da ve yönetmelikte kısa çalışma tanımlanmamıştır. Kavramın tanımından ziyade, koşulları, görülme usulü ve süresi belirtilmiştir. Öğretide de kısa çalışmanın doğrudan doğruya bir tanımı veya hukuki nitelendirmesinden ziyade onun koşulları ile doğurduğu hüküm ve sonuçların irdelendiği görülmektedir<sup>37</sup>.

## B. KOŞULLARI

### Genel Olarak

Kısmi süreli çalışma ile kısa çalışma arasındaki belirgin farklardan birisi hukuki niteliklidir. Kısmi süreli çalışma, bir iş sözleşmeden kaynaklanır. Bu sözleşme hukuki niteliği itibarıyla atipik bir iş sözleşmesidir<sup>38</sup>. Netice itibarıyla bir sözleşme olduğundan, onu diğer hukuki kavram ve kurumlardan ayırt edecek özellikleri oldukça belirgindir. Kısa çalışma ise öğretide tartışıldığı üzere<sup>39</sup>, bir alacaklı temerrüdü hali, kanunun öngördüğü bir askı hali veya

<sup>35</sup> “Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihte iş sözleşmesi bulunmakla birlikte 4857 sayılı Kanunun geçici 10 uncu maddesi uyarınca işveren tarafından ücretsiz izne ayrılan ve kısa çalışma ödeneğinden yararlanamayan işçiler ile 15/3/2020 tarihinden sonra 51 inci madde kapsamında iş sözleşmesi feshedilen ve bu Kanunun diğer hükümlerine göre işsizlik ödeneğinden yararlanamayan işçilere, herhangi bir sosyal güvenlik kuruluşundan aylık aylığı almamak kaydıyla ve 4857 sayılı Kanunun geçici 10 uncu maddesinde yer alan fesih yapılamayacak süreyi geçmemek üzere, bu süre içinde ücretsiz izinde buldukları veya işsiz kaldıkları süre kadar, **Fondan günlük 39,24 Türk lirası** nakdi ücret desteği verilir. Yapılan ödemelerden damga vergisi hariç herhangi bir kesinti yapılamaz”

<sup>36</sup> “Bu Kanunun kapsamında olup olmadığına bakılmaksızın her türlü iş veya hizmet sözleşmesi, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç ay süreyle 25 inci maddenin birinci fıkrasının (II) numaralı bendinde ve diğer kanunların ilgili hükümlerinde yer alan ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzeri sebepler, belirli süreli iş veya hizmet sözleşmelerinde sürenin sona ermesi, işyerinin herhangi bir sebeple kapanması ve faaliyetinin sona ermesi, ilgili mevzuatına göre yapılan her türlü hizmet alımları ile yapım işlerinde işin sona ermesi halleri dışında işveren tarafından feshedilemez.

Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç aylık süreyi geçmemek üzere işveren işçiyi tamamen veya kısmen ücretsiz izne ayırabilir. Bu madde kapsamında ücretsiz izne ayrılmak, işçiyi haklı nedene dayanarak sözleşmeyi fesih hakkı vermez.

Bu madde hükümlerine aykırı olarak iş sözleşmesini fesheden işveren veya işveren vekiline, sözleşmesi feshedilen her işçi için fiilin işlendiği tarihteki aylık brüt asgari ücret tutarında idari para cezası verilir.

Cumhurbaşkanı birinci ve ikinci fıkrada yer alan üç aylık süreleri her defasında en fazla üçer aylık sürelerle 30/6/2021 tarihine kadar uzatmaya yetkilidir.”

<sup>37</sup> M. İhsan Seçkin, ÇEKÖ ve İş H. Bakımından Kısa Çalışma (1. Baskı, Legal Yayıncılık 2015), 73

<sup>38</sup> Süzek, (n 10) 272

<sup>39</sup> Ocak, (n 14) 25-34; Endes (n 4), 10 -16; E. Ceren Demirezen ‘Çalışma Sürelerinde Esneklik’ (Doktora Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi 2018), 207- 210; Seçkin (n 27), 73-75; Yücesoy, (n 24) 44-56

iş sözleşmesinde değişiklik uygulamasının<sup>40</sup> özel bir halidir. Öğretide kısa çalışmanın hukuki niteliğine ilişkin bir görüş birliği olmasa da kısa çalışmayı ortaya çıkaran koşullar konusunda tereddüt bulunmamaktadır.

### **Kanunda Aranılan Sebeplerin Gerçekleşmesi**

Kısa çalışma uygulaması için, kanun koyucu belli olguların gerçekleşmesini aramıştır. Buna göre genel, bölgesel veya sektörel bir ekonomik kriz ya da bir zorlayıcı sebebin varlığı, kısa çalışmanın ön koşuludur. Kısa çalışmanın ilk düzenlemesi olan 4857 sayılı Kanun'un 65. maddesinde yalnızca genel ekonomik kriz halinde kısa çalışmanın uygulanabileceği belirtilmişti. Bu durum öğretide haklı olarak eleştirilmişti<sup>41</sup>. 2011 yılında 6111 sayılı Kanun<sup>42</sup> ile 4447 sayılı Kanun'un kısa çalışmayı düzenleyen ek 2. maddesi yeniden düzenlenmiştir. Yeni düzenleme ile ekonomik kriz kavramı genişletilmiş, sektörel ve bölgesel krizler halinde de kısa çalışma uygulamasına gidilebileceği belirtilmiştir. Görüldüğü üzere, ekonomik kriz kavramı gittikçe daha nispi bir kavrama dönüşmüş, kısa çalışma açısından hüküm ve sonuçlarını doğurabilmesi için etki etmesi gereken kitle küçülmüştür. Diğer bir deyişle değişiklikten sonra, meydana gelen ekonomik bozulmadan yalnızca büyük toplulukların etkilenmesi şartı aranmamaktadır. Belli bölgelerde veya sektörlerde meydana gelen ve daha küçük kitleleri etkileyen ekonomik bozuklukların da kısa çalışmaya imkan vermesi sağlanmıştır.

Genel, bölgesel veya sektörel bir krizin meydana gelmesi dışında, bir zorlayıcı sebebin varlığı kısa çalışmaya imkan veren bir diğer sebeptir. Zorlayıcı sebep, sorumlu ya da borçlunun faaliyet alanını dışında meydana gelen, bir davranış normunun veya borcun ihlal edilmesine mutlak olarak ve kaçınılmaz şekilde sebebiyet veren, öngörülemeyen ve önlenemez bir olaydır.<sup>43</sup> Kısa çalışmayı gerekli kılacak zorlayıcı sebep, Kısa Çalışma Yönetmeliği'nin 3. maddesinin birinci fıkrasının 'h' bendinde tanımlanmıştır. Bu tanıma göre zorlayıcı sebebin "*İşverenin kendi sevk ve idaresinden kaynaklanmayan, önceden kestirilemeyen, bunun sonucu olarak bertaraf edilmesine imkân bulunmayan, geçici olarak çalışma süresinin azaltılması veya*

<sup>40</sup> Başterzi, "Feshe Karşı Koruma" (n 25), 64; Baycık, Esneklik, (n 5) 245

<sup>41</sup> Ocak, (n 14) 108, 274. dipnot aracılığıyla Polat Soyer, 195- 196; Ercan Akyiğit 'Kısa Çalışma' (2004) 18 (6) TÜHİS Dergisi 1, 6

<sup>42</sup> Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ile Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ve Diğer Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 6111, Kabul Tarihi: 13.02.2011, RG 25.02.2011/27857 (Mükerrer)

<sup>43</sup> ; Fikret Eren, Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İliyet Bağı Teorisi (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1975), 176; Bilgehan Çetiner, Andreas Furrer, Markus Müller-Chen, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2021), 326; Mollamahmutoğlu, 235; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 12), 670; Hasan Kayırgan, Bireysel İş Hukukunda Zorunlu ve Zorlayıcı Nedenler (2. Baskı, On İki Levha Yayınları 2021), 14-26



*faaliyetin tamamen veya kısmen durdurulması ile sonuçlanan dışsal etkilerden kaynaklanan dönemsel durumları ya da deprem, yangın, su baskını, heyelan, salgın hastalık, seferberlik gibi durumları,*” ifade ettiği belirtilmiştir.

Belirtmek gerekir ki bu koşulların gerçekleşmesi tek başına yeterli olmayacak, meydana gelen olguların işyerini etkilemesi aranacaktır. Zira hem zorlayıcı sebepler hem de ekonomik krizler için mevcut olan nispiyet özelliği dolayısıyla her işyeri meydana gelen olaydan aynı şekilde etkilenmeyebilir. Bu nedenle ekonomik kriz veya zorlayıcı sebebin o işyeri için işin görülmesini geçici olarak imkansızlaştırması veya güçleştirilmesi gerekir<sup>44</sup>.

### **Şekli Koşullar**

#### **Başvuru**

Kısa çalışma uygulaması için işverenin işyeri için, İşyerinin bağlı bulunduğu Türkiye İş Kurumu İl Müdürlüğüne başvuruda bulunması gerekir. İşyerinde bir toplu iş sözleşmesi bulunuyorsa, toplu iş sözleşmesinin tarafı olan sendikaya, kısa çalışma başvurusunda bulunulduğu konusunda bilgilendirme amaçlı bir bildirim yapılır.

#### **Uygunluk Tespiti<sup>45</sup>**

İşverenin kurum birimine<sup>46</sup> yapacağı başvurudan sonra iş müfettişlerince o işyeri için kısa çalışma uygunluk tespiti yapılır. İş müfettişleri, işyerinin meydana gelen ekonomik krizden veya zorlayıcı sebepten etkilenip etkilenmediği araştırılır. İşyerinin, meydana gelen olgulardan etkilenmiş kabul edilebilmesi için nasıl bir delile ihtiyaç olduğu net değildir. İlk olarak, kısa çalışma için kuruma başvurmadan evvel, meydana gelen olguların etkisiyle işyerinde çalışmanın önemli ölçüde azalmış veya durmuş olması aranabilir. Gerçekten de 4447 sayılı Kanun’un ek 2. maddesinde “*Genel ekonomik, sektörel veya bölgesel kriz ile zorlayıcı sebeplerle işyerindeki haftalık çalışma sürelerinin geçici olarak önemli ölçüde azaltılması veya işyerinde faaliyetin tamamen veya kısmen geçici olarak durdurulması hallerinde, işyerinde üç ayı aşmamak üzere kısa çalışma yapılabilir.*” ifadesi hüküm altına alınmaktadır. İkinci fıkrada “... işveren, *kısa çalışma talebini, derhal gerekçeleri ile birlikte Türkiye İş Kurumuna... bildireceği*” düzenlenmektedir. Madde lafzından, başvurudan önce çalışma sürelerinin

<sup>44</sup> Süleyman Başterzi ‘Pandemi Sürecinde İş Hukuku: Kısa Çalışma (Kovid Pandemisinde Yeni Yaklaşımlar)’ ın Gülsevil Alpagut (1. Baskı, On İki Levha Yayınları 2020), 28-30; Süzek, (n 10) 819

<sup>45</sup> Belirtmek gerekir ki Koronavirüs dönemi ile sınırlı olmak üzere, kuruma yapılacak başvurularda kısa çalışma ödeneği ödemelerine başlanması için uygunluk tespiti sonucu beklenmeyecektir (4447 sK geç. m. 25/I)

<sup>46</sup> Türkiye İş Kurumunun il ve ilçelerde kurulu birimleri (KÇY 3/1-f)

azaltılması veya çalışmanın durdurulması, sonrasında *derhal* kısa çalışma başvurusu yapılması yönünde bir anlam çıkabilmektedir. Bu anlam doğrultusunda uygunluk tespiti, işverenin meydana gelen olgular neticesinde çalışma sürelerini azaltmış veya çalışmayı durdurmuş olup olmadığı noktasında toplanacaktır. Diğer bir deyişle işveren kısa çalışma başvurusu yapmadan evvel, meydana gelen olgulardan etkilenecek çalışma sürelerini azaltmış veya işyerinin faaliyetini durdurmuş ise kısa çalışma uygulaması uygun bulunacaktır<sup>47 48</sup>. Ancak işverenin önce kısa çalışma başvurusu yaparak, kurumca onay aldıktan sonra çalışma sürelerini azaltması ya da durdurması gerektiği yönünde bir görüş de mevcuttur<sup>49</sup>. Yönetmeliğin 5. maddesinin ikinci fıkrasında “*Genel ekonomik, sektörel veya bölgesel kriz ile dışsal etkilere kaynaklanan dönemsel durumlardan ileri gelen zorlayıcı sebeplerin varlığı, işçi ve işveren sendikaları konfederasyonlarının iddia etmesi ya da bu yönde kuvvetli emarenin bulunması halinde, (Türkiye İş Kurumu) Yönetim Kurulunca karara bağlanır*” ifadesine yer verilmekte, değerlendirmede dikkate alınacak ölçüt hakkında bir bilgi verilmemektedir.

### III. İKİ KAVRAM ARASINDAKİ BENZERLİK VE FARKLAR

#### A. GENEL OLARAK

Kısmi süreli çalışma, bir iş sözleşmesi ile kararlaştırılan ve mevzuatta açıkça düzenlenmiş bulunan çalışma yöntemlerinden biridir. Kısa çalışma ise işverenin başvurusu ile başlayan ve kurum onayı ile çalışmayı durdurmuş veya çalışma süreleri azalmış olan işçilere kısa çalışma ödeneğinin ödenmesi sonucunu doğuran bir uygulamadır. Bu itibarla, iki kavram arasında başlangıç, doğurduğu hükümler ve sona erme biçimi açısından önemli farklar bulunsa da belli benzerlikler de söz konusudur. Bu benzerlikler dolayısıyla, özellikle çalışma hayatında

<sup>47</sup> Ocak, (n 14), 222-223; Süzek, (n 10), 820-821; F. Burcu S. Kutsal, Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu ve Hasan Kayırgan, Covid-19 Küresel Salgınının Hukuktaki Yansımaları Kemal Şenocak (ed) (Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları-I 2021), 357-358; Ercan Akyiğit, İş Hukuku (13. Baskı Seçkin Yayıncılık 2021), 417; Gülsevil Alpagut ‘Pandemi Sürecinde İş Hukuku: Pandemi’nin İş Sözleşmesine Etkisi’nin Gülsevil Alpagut (ed) (1.Baskı On İki Levha Yayıncılık 2020), 73

<sup>48</sup> Kısa Çalışma Talep Formunun 15. maddesinde kısa çalışmanın uygunluk tespitine ilişkin belgeler talep edilmekte ve bu belgelerin açıklaması olarak “Çalışma süresinin azaltıldığını veya faaliyetin kısmen / tamamen durdurulduğunu ortaya koyan belgeler (örneğin: ücret bordroları, puantaj kayıtları, üretimin, hizmetin ve/veya ihracatın azaldığına, siparişlerin ve/veya sözleşmelerin iptal edildiğine dair vb. belgeler) ile Resmî makamlar tarafından faaliyeti durdurulan işyerleri kapsamında olduğuna dair diğer belgeler” denmektedir. Bu nedenle önce çalışma sürelerinin azaltılması veya faaliyetin durması, sonrasında kısa çalışma başvurusu yapılması gerekmektedir denilebilir. [https://media.iskur.gov.tr/38000/kisa\\_calisma\\_talep\\_formu\\_iskur\\_2020.pdf](https://media.iskur.gov.tr/38000/kisa_calisma_talep_formu_iskur_2020.pdf) E.T : 27.03.2022

<sup>49</sup> Akyiğit (n 31),13 Dipnot 32; Aydemir ve Türkmen (n 26), 10-11; Gerek (n 23), 17-18

ve yer yer yargının ifadelerinde<sup>50</sup> kısa çalışma kavramı yerine kısmi çalışma veya kısmi süreli kısa çalışma kavramının kullanıldığı görülmektedir.

Belirtmek gerekir ki çalışmanın kısmen veya tamamen geçici olarak durdurulması suretiyle gerçekleştirilen kısa çalışma uygulamasının kısmi süreli çalışma ile bir benzerliği bulunmamaktadır. Bu durum daha çok ücretsiz izin uygulamasını akla getirmektedir<sup>51</sup>. Kıyaslanacak olan uygulama, çalışma sürelerinin azaltılması suretiyle gerçekleştirilen kısa çalışmadır. Aşağıda bu uygulama ile kısmi süreli çalışma arasındaki benzerlik ve farklar ele alınacaktır.

## B. BENZERLİKLER

### 1. Amaç

Kısmi süreli çalışma uygulaması ve kısa çalışma uygulaması, Türk hukukuna dahil edilme amaçları bakımından birbirine benzemektedir. Her iki kavram da işsizliğin önlenmesine katkı sunmayı ve istihdamı korumayı amaçlamaktadır<sup>52</sup>. Esasen kısmi süreli çalışmada, özellikle kadınlara, öğrencilere ve emeklilere yeni istihdam yolu açılmış olmaktadır<sup>53</sup>. Kısa çalışmada ise var olan istihdamın korunması hedeflenmektedir. Kısa çalışma temel etkisini işçinin alacağı üzerinde gösterse de kısa çalışma uygulamasının altında yatan neden iş sözleşmesinin taraflarını ve kamu menfaatlerini güvence altına almaktır<sup>54</sup>. Kısa çalışma uygulaması ile, ekonomik kriz veya zorlayıcı sebep hallerinde işletmenin varlığının korunması suretiyle çalışma yaşamında devamlılık sağlanmış olur<sup>55</sup>. Kısmi süreli çalışmanın yeni istihdam alanları oluşturma amacı ile kısa çalışmanın var olan istihdamı koruma amacı, ülke ekonomisine yaptığı olumlu etki dolayısıyla örtüşmektedir.

<sup>50</sup> Yar. 9 HD, E. 2011/26183, K. 2013/20766, 08.07.2013 (www.lexpera.com)

<sup>51</sup> Başterzi, Kısa Çalışma (n 34), 5

<sup>52</sup> Ocak, (n 14) 53-54; Öner Eyrenci 'İşin Düzenlenmesinde Değişim ve Esneklik Gerekliliği' (2001) 16 (6) TÜHİS Dergisi 1, 2; Yücel Öztürkoğlu 'Tüm Yönleriyle Esnek Çalışma Modelleri' (2013) 1 (1) Beykoz Akademi Dergisi 109, 114-115

<sup>53</sup> Nagehan Akan 'Kısmi Süreli Çalışma' (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi 2010), 22-25; İrem Özcan 'İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Kısmi Süreli Çalışma' (Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi 2018), 7-9; Arif Yavuz 'Esnek Çalışma ve Endüstri İlişkilerine Etkisi' (Doktora Tezi İstanbul Üniversitesi 1994), 39-40

<sup>54</sup> Muhittin Astarlı, İş Hukukunda Çalışma Süreleri (1.Baskı, Turhan Kitabevi 2008), 350

<sup>55</sup> Süzek, (n 10) 817; Seçkin, (n 27) 49; Yücesoy, (n 24) 28

## 2. Esneklik

Hem kısa çalışma hem de kısmi süreli çalışmanın 4857 sayılı Kanun'un Türk hukuk sistemine kattığı esnek çalışma<sup>56</sup> modellerinden olduğu belirtilmelidir<sup>57,58</sup>. Esneklik kavramı, ortaya çıkışının akabinde işçi ve işveren çevrelerince farklı anlaşılmış ve anlaşıldığı doğrultuda uygulanmaya çalışılmış kavramlardır. İşverenler kavramın ortaya çıktığı ilk zamanlarda, esneklik kavramının çalışma hayatında sınırsız sözleşme özgürlüğüne dayalı bir kuralsızlaşma sağladığını ileri sürmekteydi<sup>59</sup>. İşçiler açısından ise esneklik, kendilerinin çalışma kurallarının yine kendileri tarafından belirlendiği özgürlük modeli olarak anlaşılmıştı<sup>60</sup>. Hem işçi hem de işveren tarafının maddi ve manevi hakları arasında bir denge kurma amacıyla iş hukuku, tarafları “güvenceli esneklik” kavramı üzerinde uzlaştırmıştır<sup>61</sup>. Güvenceli esneklik, devletin hukuk kuralları ile çizdiği geniş çerçevede, iş ilişkisinin taraflarının çalışma şartlarını ihtiyaçlarına göre belirlediği, gerektirdiği ölçüde bu kuralları değişen şartlara uyarlayabildiği hukuki bir ortam olarak ifade edilebilir<sup>62</sup>.

## 3. Haftalık Çalışma Süresi

Her iki kavram için de haftalık çalışma süresinin önemli ölçüde azaltılması aranmaktadır. Kısmi süreli çalışmada ‘önemli ölçüde az’ kavramından ne anlaşılması gerektiğine yukarıda değinmiştik. Kanunen kısmi süreli iş sözleşmesinden bahsetmek için aranan süre haftalık çalışma süresinin üçte ikisine kadardır. Diğer bir deyişle kısmi süreli çalışmadan söz edebilmek için haftalık çalışma süresinin en az üçte bir oranında azaltılması gerekmektedir. Örneğin, haftalık çalışma süresi 45 saat olan bir iş yerinde 30 saat ve altında

<sup>56</sup> Yeliz Aktaş ‘İş Akdinin Askıya Alınması ve Bu Bağlamda Kısa Çalışma’ (Yüksek Lisans Tezi Dokuz Eylül Üniversitesi 2011) 3; Endes (n 4), 31; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 12), 213; Yıldız (n 3), 206; Demirezen (n 29), 203; Seçkin (n 27), 67-69; Nurşen Caniklioğlu ‘Atipik İstihdam Biçimi ile Çalışanların Sosyal Güvenliği’ (2016) 15 (1) İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 43, 63; Tuğçem Şahin ‘İş Hukukunda Esneklik ve Kısmi Süreli İş Sözleşmeleri’ (2016) 6 (12) Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 155, 157-158

<sup>57</sup> Murat Kandemir, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Tele Çalışma (1.Baskı, Legal Yayıncılık, 2011), 33; Ceyda Karaoğlan, Gönenç Gürkaynak ve Tolga Uluay, 4857 Sayılı İş Kanunu Kapsamındaki Esnek Çalışma Kavramının Çalışma Süresi Özelindeki Uygulamaları ve Tam/Kısmi Süreli Çalışmalar Yönünden Uygulanabilirliği (2013) 10 (40) İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi 3, 6 vd; Astarlı, süreklilik arz eden kısmi çalışmanın (Klasik kısmi çalışma), katı çalışma modellerinden bir farkı olmadığını ve esnek çalışma olarak kabul edemeyeceğini belirtir 272- 273 Yazar kısa çalışmanın ise kısmi esneklik sağlayan bir uygulama olduğunu belirtir. Çalışma Süreleri (n 44), 280

<sup>58</sup> “Klasik ve katı görünüm arzeden bu düzenlemeler günümüz ekonomik ve sosyal koşulları karşısında yetersiz kalmıştır. Esnek süreli çalışma türü bu yetersizliği gidermek amacıyla ortaya çıkmıştır..Kısmi süreli ( part-time ) çalışma, esnek süreli bir çalışma türüdür.” YHGK E. 2003/21143 K. 2003/159 12.03.2003 (www.legalbank.net)

<sup>59</sup> Yazıcı, (n 19) 3

<sup>60</sup> Yazıcı, (n 19), 4; Fevzi Demir ve Gülşen Gerşil ‘Çalışma Hayatında Esneklik ve Türk Hukukunda Esnek Çalışma’ (2008) 16 (2) 68, 69

<sup>61</sup> Murat İkizler ‘Türk İş Hukukunda Esnek Çalışma’ (Yüksek Lisans Tezi Atatürk Üniversitesi 2011), 33

<sup>62</sup> Yıldız, (n 3) 205- 206

yapılan çalışma kısmi süreli kabul edilebilecektir<sup>63</sup>. Çalışma süresinin azaltılması yoluyla yapılan kısa çalışma halinde de çalışmanın geçici süreyle “önemli ölçüde azalması” aranmaktadır. 4447 sayılı Kanun’da yer alan ‘önemli ölçüde az’ ifadesi Kısa Çalışma Yönetmeliği’nde açıklanmıştır. Yönetmelik önemli ölçüde az çalışma süresinin, haftalık çalışma süresinin en az üçte bir oranında azaltılması anlamına geldiğini açıkça belirtmiştir. Bu halde kısmi süreli çalışma ile kısa çalışma arasında, fiili uygulama açısından neredeyse hiç fark yoktur<sup>64</sup>. Zira her iki çalışma biçiminde haftalık çalışma süresinin en az üçte bir oranında azaltılması koşulu bulunmaktadır.

## C. FARKLAR

### 1. İrade Serbestisi

Kısmi süreli çalışma, kısmi süreli iş sözleşmesi ile kararlaştırılabilecek bir çalışma yöntemidir. Diğer bir deyişle kısmi süreli çalışmayı kısa çalışmadan ayırt etmeye yarayacak önemli farklardan biri tarafların karşılıklı istek ve rızalarıdır<sup>65</sup>. “Kısmi Süreli Çalışmanın Unsurları<sup>66</sup>” kısmında belirtildiği üzere bu sözleşme türü için üç unsur aranmaktadır. Bunlar, haftalık çalışma süresinin azaltılmış olması, bu azalmanın süreklilik niyetiyle gerçekleşmesi ve serbest iradeye dayanmasıdır. İşçi veya işverenin kısmi süreli iş sözleşmesini akdetmeyi kabul etmemesi halinde kurucu unsurun bulunmaması nedeniyle sözleşme hukuken yok hükmünde olacaktır.

İşçi ve işveren arasındaki iş sözleşmesi başlangıçta tam süreli olarak akdedilmiş olabilir. Tam süreli olarak akdedilen iş sözleşmesinin kısmi süreli iş sözleşmesine dönüştürülmesi, iş sözleşmesinde esaslı değişiklik niteliği taşır.<sup>67</sup> Bu nedenle İş Kanunu’nun, çalışma koşullarında değişikliğe ilişkin 22. maddesi hükmü uygulama alanı bulur. Tam süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçinin işveren tarafından kısmi süreli çalışmaya geçirilmesi, İş Kanunu’nun 22. maddesinin birinci fıkrası uyarınca işçinin yazılı onayına tabiidir. İşveren değişiklik talebini işçiye yazılı olarak bildirir. Değişiklik işçi tarafından altı iş günü içinde yazılı olarak onaylanmalıdır. Bu

<sup>63</sup> Y9HD 08.12.2009 E. 2009/44744 K2009/33940 aracılığıyla Caniklioğlu, Atipik Çalışma (n 46) 69. Dipnot; Ahmet Sevimli, Kısmi Süreli İş Sözleşmeleri (1. Baskı Beta Yayınları 2019), 14-15

<sup>64</sup> Fevzi Demir ‘Kısa Çalışmanun ve İş Sözleşmeleri Üzerindeki Etkileri’ (2009) 6 (22) Legal Dergisi 539, 547

<sup>65</sup> Özcan, (n 43) 23; Nedim Meriç, ‘Kısmi Süreli Çalışma’ (2005) 2 (8) Legal Dergisi 1545, 1555

<sup>66</sup> Bkz. Bölüm 1B

<sup>67</sup> Binnur Tulukçu, ‘Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik’ (2011) Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan I 1112-1113; Meriç (n 54), 1563- 1564; Sevgi (n 2), 62; Öztürk (n 6) 19; Odaman (n 2), 162-163; Lütfi İnciroğlu, Çalışma Hayatında Esnek Çalışma Uygulamaları (2.Baskı, Legal Yayıncılık 2020), 58

usule uyulmadan yapılacak değişiklik işçiyi bağlamaz. Taraflar, her zaman aralarında kararlaştırarak mevcut tam süreli iş sözleşmesini kısmi süreli iş sözleşmesine çevirebilirler.

Görüldüğü üzere kısmi süreli çalışma bir iş sözleşmesinden kaynaklandığından ister iş ilişkisinin başlangıcında ister iş ilişkisi başladıktan sonra kararlaştırılmış olsun, işçinin onayı ile uygulanabilir. İşçinin onaylamadığı değişiklik uygulamaya konursa işçi çalışma şartlarının uygulanmaması nedeniyle haklı nedenle fesih hakkını kullanabilir. (İşK m. 24/2-f) Buna karşılık kısa çalışma, işverenin tek yanlı olarak gerçekleştirebileceği bir uygulamadır<sup>68</sup>. İşverenin tek yanlı başvurusu sonucu resmi kurum onayı ile kısa çalışma uygulanabilecektir.

İşverenin kısa çalışmayı tek yanlı olarak gerçekleştirebilme yetkisi, kanun koyucu tarafından işverene bahşedilmiş “yenilik doğuran bir hak” kabul edilir. Yenilik doğuran hak kapsamında kısa çalışmaya başvuracak işverenin kısa çalışma sebeplerini işçilere ayrıca bildirmesine gerek yoktur<sup>69</sup>. Bu özelliği dolayısıyla kısa çalışma, çalışma koşullarında esaslı bir değişiklik oluşturmasına rağmen İş Kanunu’nun 22. maddesinde aranan usule bir istisna olarak işçinin yazılı onayı aranmaksızın uygulanabilecektir<sup>70</sup>. Her ne kadar öğretilerde, işyerinde kısa çalışmaya gidilebilmesi için işçinin de rızasının bulunması gerektiğini ileri süren bir görüş olsa da<sup>71</sup> ağırlıklı görüş kısa çalışmanın kanundan kaynaklandığı, bu konuda işçinin rızasının önem taşımadığı yönündedir. Biz de bu görüşe katılmaktayız. Gerçekten de işçi çalışma sürelerinin azalmasına veya durmasına katlanmak ve kısa çalışma ödeneği ile geçinmek durumunda kalmaktadır. Ancak bu durum işverenin keyfi bir kararından kaynaklanmaz. Kanunda öngörülen olaylar, işverenin bu yönde karar almasına sebebiyet vermektedir. İşçinin de işverene karşı yükümlü olduğu sadakat borcu<sup>72</sup> kapsamında geçici bir süre ile gerçekleşecek olan kısa çalışma uygulamasına katlanması gerekir. Önemle belirtmek gerekir ki, kanunda öngörülen olayların gerçekleşmesine rağmen işyeri bunlardan etkilenmemiş olabilir. Bu halde işverenin yapacağı kısa çalışma başvurusunun keyfilik ihtiva ettiği düşünülebilir. Ancak bu noktada kurumun yapacağı uygunluk denetiminin<sup>73</sup> olumsuz sonuçlanacağı aşikardır. Dolayısıyla bu halde de işçinin onayını aramak gereksizdir.

<sup>68</sup> Baycık, “Esneklik” (n 5), 239

<sup>69</sup> Gaye Baycık, İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar (1.Baskı, Yetkin Yayınları 2011), 355-356

<sup>70</sup> Süzek, (n 10), 822; Savaş Kutsal, Bozkurt Gümrükçüoğlu ve Kayırgan (n 37), 375; Canbolat ve Kayırgan, (n 24) 679; Yücesoy, (n 24) 50; Akyiğit, “İş Hukuku” (n 37) 418

<sup>71</sup> Ekmekçi’ye göre işçi kısa çalışmaya katılmak ve kısa çalışma ödeneği almak zorunda bırakılamaz (n 66), 53; Sevgi, (n 2) 35

<sup>72</sup> Süzek, (n 10),360

<sup>73</sup> Bkz: II B 3. b

Netice itibariyle işveren, tek başına kısa çalışmaya başvurabilir. İşçi, resmi kurumca onaylanmış kısa çalışma kararına uymak zorundadır. Diğer bir deyişle işçi, kısa çalışmanın çalışma koşullarında esaslı bir değişiklik oluşturduğunu ve bunun kendisi tarafından onaylanmadığını ileri sürerek sözleşmeyi haklı sebeple feshedemez<sup>74 75</sup>.

Öğretide bir görüşe göre kısa çalışma yalnızca kanundan doğan bir yetki değildir. Bu görüşe göre hukukun diğer kaynakları ile özellikle iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi ile de işveren tarafından kısa çalışma uygulaması yaptırılabilir<sup>76</sup>. Sözleşmesel kısa çalışma<sup>77</sup> olarak kabul edilebilecek bu halde kısmi süreli çalışma ile kısa çalışma kurumu birbirine oldukça benzemektedir. Kanaatimizce sözleşmesel kısa çalışma olarak adlandırılabilir bir kısa çalışma uygulaması hukuken mümkün değildir. Zira kısa çalışma için resmi kurumun onayı mutlak olarak aranmaktadır. Sözleşmesel kısa çalışma olarak ifade edilen bu halde esasen kısmi süreli çalışma söz konusu olmaktadır.

## 2. Sebepler

İşçinin kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışması için kanun koyucu bir ön koşul aramamaktadır. Diğer bir deyişle tarafların kısmi süreli çalışma uygulaması için sebep göstermeleri gerekmez. İşletmesel gereklilikler, işverenin maliyeti azaltma isteği, işçinin kişisel durumu gibi nedenlerle veya belirli bir neden olmaksızın kısmi süreli çalışma kararlaştırılabilir.<sup>78</sup> Buna karşılık kısa çalışma ancak kanunda gösterilen sebepler meydana geldiğinde uygulanabilir. Kanunda aranan sebeplerin yanında işverence şekli şartlarının yerine getirilmesi halinde kurumun onayı ile işyerinde kısa çalışma uygulamasına geçilebilir. Mevzuatta gösterilen koşullar yerine getirilmeden işverence verilen kısa çalışmaya yönelik talimat hukuka uygun kabul edilemez<sup>79</sup>.

Kanunun aradığı kısa çalışma sebepleri olan genel, bölgesel veya sektörel ya da zorlayıcı sebep meydana geldikten sonra işverenin kısa çalışmaya başvurması konusunda emredici bir hüküm bulunmamaktadır. Bu sebeple kısa çalışmaya başvurunun ihtiyari olduğu

<sup>74</sup> Canbolat ve Kayırgan, (n 24) 656; Savaş Kutsal, Bozkurt Gümrükçüoğlu ve Kayırgan (n 37) 375; Yücesoy (n 24) 61; Başterzi, “Kısa Çalışma” (n 34) 39; Demir, (n 53) Yazara göre bu durumun tek istisnası işçinin prim gün sayısı açısından kısa çalışma ödeneğine hak kazanamıyor olmasıdır. Bu halde işçi iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilecektir, 547

<sup>75</sup> Krş; Aydın, (n 25), 37-38; Akyiğit, (n 31), 20; Ömer Ekmekci, ‘Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneğine İlişkin Sorunlar’ (2009) 4 (14) 47, 54; Alpagut, Pandemi (Ara Değerlendirme) (n 37) 101

<sup>76</sup> Astarlı, “Çalışma Süreleri” (n 44), 355; Yücesoy, (n 24) 53-54

<sup>77</sup> Aktaş, (n 46) 210

<sup>78</sup> Meriç, (n 54) 1554

<sup>79</sup> Baycık, “Yenilik Doğuran Haklar” (n 60) 360-361

söylenbilir. Ancak yargı kararlarında açıkça belirtilen<sup>80</sup> “feshin son çare olması” (Ultima Ratio) ilkesi uyarınca, işverenin iş sözleşmelerini feshetmeden önce kısa çalışma uygulamasına başvurmak ve bu hukuki imkanı da tüketmek zorunda olduğu ileri sürülmektedir. Buna göre işveren, meydana gelen iş gücü fazlalığını, iş sözleşmesini feshetmeden evvel başka yollarla eritmeyi denemelidir. Ücretsiz izin uygulaması, kısa çalışma dışında, işverenin tüketebileceği yollardan biridir. Ancak işçi bu süreçte kısa çalışmadan daha olumsuz koşullar ile karşı karşıya kalmaktadır<sup>81</sup>. Bu nedenle işveren “işçiyi gözetme borcu” kapsamında kısa çalışma imkanını, uygulanamıyorsa kısmi süreli çalışma veya ücretsiz izin ve son olarak fesih yolunu kullanmalıdır<sup>82</sup>.

### 3. Süreklilik

Kısmi süreli çalışma ile kısa çalışma arasındaki diğer bir fark sürekliliktir<sup>83</sup>. Buna göre kısmi süreli çalışma devamlı olma niyetiyle akdedilirken kısa çalışma geçici süreyle uygulanabilir. Devamlılık ile kastedilen kısmi süreli çalışmanın, iş sözleşmesi tam süreli iş sözleşmesine dönüştürülmediği veya herhangi bir nedenle sona ermediği sürece sürdürülecek olmasıdır. Bu hal kısmi süreli çalışmanın belirli süreli olarak kararlaştırılmasına engel teşkil etmez. Zira bu halde belirli süreli iş sözleşmesi sürenin dolması nedeniyle sona erinceye dek kısmi süreli çalışma sürecektir. Kısa çalışma uygulamasında ise kısa çalışmanın, çalışmanın durdurulması veya çalışma sürelerinin azaltılmasıyla yapılması fark etmeksizin azami bir süre öngörülmüştür. 4447 sayılı Kanun’un ek 2. maddesinde belirtildiği üzere kısa çalışma üç ayı geçemez. Ancak Cumhurbaşkanı üç aylık süreyi altı aya kadar uzatabilmek konusunda yetkilendirilmiştir. Yine Kısa Çalışma Yönetmeliğinin üçüncü maddesinde kısa çalışmanın üç ayı geçmemek üzere uygulanabileceği belirtilmiştir. 4447 Sayılı Kanun’da azami üç aylık süre dışında herhangi bir süre sınırlaması bulunmamaktadır. Bununla beraber yönetmelikte, “*faaliyetin kısmen veya tamamen geçici olarak durması*” şeklinde kısa çalışma uygulamasının ancak asgari dört haftalık bir durma halinde söz konusu olabileceği belirtilmiştir. Dört haftalık

<sup>80</sup> Yar. 9.HD E. 2021/11494 K. 2021/15723 K.T: 23.11.2021; Yar. 9. HD E. 2018/5826 K. 2019/2607 4.2.2019 (www.lexpera.com)

<sup>81</sup> Süzek, (n 10) 817

<sup>82</sup> Savaş Kutsal, Bozkurt Gümrükçüoğlu ve Kayırgan, (n 37) 341; Başterzi, “Feshe karşı Koruma” (n 25) 64; Alpagut, Pandemi (n 37), 83; Muhittin Astarlı, ‘Genel Ekonomik Kriz Dönemlerinde İşletme Gerekleri Nedeniyle Feshi ve Kısa Çalışma ile İlişkisi’ (2010) 5 (17) Sicil İş Hukuku Dergisi 74, 85

<sup>83</sup> Caniklioğlu ve Yamakoğlu, (n 12) 10; Özcan, (n 43) 30; Meriç, (n 54) 1555; Seçkin, (n 27) 81-82; Yavuz, (n 43), 39; Başterzi, “Feshe Karşı Koruma” (n 25) 63-64; İnciroğlu, (n 56) 57; Gerek, (n 23) 5



süre için süreklilik koşulu aranmadığından fasılalarla gerçekleşse dahi, faaliyetin durdurulması hallerinin toplamda dört haftaya ulaşması kısa çalışma için yeterli kabul edilecektir<sup>84</sup>.

#### 4. İşçinin Geliri

Kısa çalışma uygulaması ile kısmi süreli çalışma arasındaki son fark işçinin gelirinin kaynağıdır. Kısmi süreli çalışma bir iş sözleşmesinden kaynaklandığından, işçinin çalışmasının karşılığı olarak işverence kararlaştırılmış ücreti ödenir. Çalışmanın tamamen veya kısmen geçici olarak durması suretiyle yapılan kısa çalışmada işçilere, zorlayıcı sebebin meydana gelmesinden itibaren bir hafta süreyle yarım ücret ödenir. (İşK m.40) Bir haftalık süre sonunda işverenin kısa çalışma başvurusunun olumlu sonuçlanması durumunda işçilere devlet tarafından kısa çalışma ödeneği ödenir. Bu sayede işverenin ücrete ilişkin rizikosu azaltılmış olmaktadır<sup>85</sup>. Çalışma sürelerinin azaltılması suretiyle yapılan kısa çalışmada işçi işverene tabi olarak iş görmeye devam etmektedir. Ancak ekonomik kriz veya zorlayıcı sebep etkisiyle iş görme sürelerinde azalma meydana gelir. Bu durumda işçinin ücreti çalıştığı süre ile orantılı olarak ödenir. Bunun yanında işçiye koşulları sağlaması halinde çalışmadığı süreler için kısa çalışma ödeneği de ödenmektedir<sup>86</sup>.

#### SONUÇ

Sonuç itibariyle kısmi süreli çalışma ve kısa çalışma belli benzerliklere sahip olan ancak birbirinden farklı nitelikte kavramlardır. Kısmi süreli çalışma bir iş sözleşmesinden kaynaklanan, haftalık çalışma sürelerinin en az üçte iki oranında azaltıldığı ve devamlılık arz eden bir esnek çalışma biçimidir. Kısmi süreli çalışma işçi ve işverenin anlaşmasıyla başlangıçta kararlaştırılabilir. İşçinin iş görme biçiminin, çalışmaya başladıktan sonra kısmi süreli çalışmaya dönüştürülmesi de mümkündür. Bu halde iş sözleşmesinde esaslı değişiklik gündeme gelir ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesi uygulama alanı bulur.

Kısa çalışma, kısmi süreli çalışmadan farklı olarak bir iş sözleşmesinden kaynaklanmaz. Kısa çalışma, kanundan kaynaklanır ve belli koşulların varlığı halinde uygulanabilir. Kısa çalışma için genel, bölgesel ve sektörel kriz veya zorlayıcı bir sebebin varlığı, işyerinin söz konusu olaydan etkilenmiş olması ve bu etkilenme sonucunda işverenin resmi kuruma başvuru

<sup>84</sup> Bu koşulun, yönetmelikte yer alması ancak kanuna alınmaması isabetli bulunmamıştır; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkara (n 12), 793

<sup>85</sup> Alpagut, Pandemi, (n 37) 73-74

<sup>86</sup> Savaş Kutsal, Bozkurt Gümrükçüoğlu ve Kayırgan, (n 37) 369; Canbolat, (n 24) 678

yapması gerekir. İşverenin yapacağı başvuru sonucu kurumun kısa çalışmayı uygun bulması gerekmektedir.

Bu iki kavram haftalık çalışma sürelerinin azaltılması noktasında birbirine oldukça yaklaşmaktadır. Zira her iki çalışma biçiminde de haftalık çalışma süresinin en az üçte iki oranında azaltılmış olması aranmaktadır. Süre ölçütü ve işitsel benzerlikleri nedeniyle uygulamada iki kavram sıkça birbirine karıştırılmaktadır.

Kısmi süreli çalışma ile kısa çalışma arasında ilk benzerlik amaç yönündendir. Her iki çalışma biçiminin de istihdama yönelik olumlu etkide bulunma amacı söz konusu olmaktadır. Bu sayede iki çalışma biçimi; işçi, işveren ve dolayısıyla toplum yararına hizmet etmektedir. Diğer benzerlik çalışma yöntemi konusundadır. Her iki çalışma biçimi de hukukumuzda 4857 sayılı Kanun ile girmiş bulunan esnek çalışma yöntemlerindedir. İki çalışma biçimi arasındaki son benzerlik, haftalık çalışma süreleri konusundadır. Her iki çalışma biçimi de haftalık normal çalışma biçiminin en az üçte iki oranında azaltılması ile gerçekleşir. Özellikle bu benzerlik iki kavramın uygulamada karıştırılmasına neden olmaktadır.

Sayılan benzerliklere karşın iki çalışma biçimi arasında oldukça önemli farklar söz konusudur. İlk olarak kısmi süreli çalışma bir iş sözleşmesinden kaynaklanır. Bu nedenle taraf iradelerine muhtaçtır. Oysa kısa çalışma işverenin tek taraflı iradesi ile başvurabildiği kanuni bir yenilik doğuran haktır. Diğer fark uygulamaların sebepleri konusundadır. Kısmi süreli çalışma her türlü sebepten kaynaklanabilirken kısa çalışma ancak kanundan kaynaklanan sebepler meydana geldiği takdirde uygulanabilir. Bir diğer fark süreklilik konusundadır. Şöyle ki, kısmi süreli çalışmada azaltılmış çalışma süreleri sürekli uygulanma niyeti ile kararlaştırılır. Kısa çalışmada ise kanunen azami bir süre öngörülmüştür. Son fark işçinin gelirinin kaynağı konusundadır. Kısmi süreli çalışmada işçiye, iş sözleşmesinde kararlaştırılan ücret ödenir. Kural olarak bu ücret tam süreli çalışan emsal işçiye oranla kararlaştırılır. Kısa çalışmada işçiye fiilen çalıştığı süre için işverence ücreti ödenir. Bununla beraber işçiye kısa çalışmayı gerektiren olay sebebiyle çalışmadığı süre için devlet tarafından kısa çalışma ödeneği ödenir.

## KAYNAKÇA

Akan N, 'Kısmi Süreli Çalışma' (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi 2010)

Aktaş Y, 'İş Akdinin Askıya Alınması ve Bu Bağlamda Kısa Çalışma' (Yüksek Lisans Tezi Dokuz Eylül Üniversitesi 2011)

- Akyiğit E, İş Hukuku (13. Baskı Seçkin Yayıncılık 2021)
- Akyiğit E, 'Kısa Çalışma' (2004) 18 (6) TÜHİS 1-35
- Alpagut G, 'Pandemi Sürecinde İş Hukuku: Pandemi'nin İş Sözleşmesine Etkisi'nin Gülsevil Alpagut (ed) (1.Baskı On İki Levha Yayıncılık 2020)
- Astarlı M, İş Hukukunda Çalışma Süreleri (1.Baskı, Turhan Kitabevi 2008)
- Astarlı M, 'Genel Ekonomik Kriz Dönemlerinde İşletme Gereklere Nedeniyle Fesih ve Kısa Çalışma İlişkisi' (2010) 5 (17) Sicil İş Hukuku Dergisi 74- 88
- Aydemir C ve Türkmen M, Covid-19 Pandemisi Sürecinde Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği Uygulaması, Zülfikar Bayraktar ve Hasan Bardakçı (ed) *Sosyal Bilimlerde Güncel Gelişmeler 2*, (Legal Yayıncılık 2021)
- Aydemir M, 'Yeni Koronavirüs (Covid-19) Salgınının İş Sözleşmelerine Etkisi' (2020) 15 (165) Terazî Hukuk Dergisi 791- 804
- Aydın U, 'Kısa Çalışma Uygulaması ve Güncel Gelişmeler' (2009) 1 (13) 29- 40
- Baskan E, İş Sözleşmesinin Feshinde Son Çare (Ultima Ratio) İlkesi (1.Baskı, Legal Yayıncılık 2021)
- Başbuğ A ve Yücel Bodur M, İş Hukuku (6. Baskı Beta Yayınları, 2021)
- Başterzi S, 'Pandemi Sürecinde İş Hukuku: Kısa Çalışma (Kovid Pandemisinde Yeni Yaklaşımlar)' in Gülsevil Alpagut (1. Baskı, On İki Levha Yayınları 2020)
- Başterzi S, 'Türkiye'de Feshe Karşı Koruma Hukuku Reformunun Sosyal Hukuk ve İstihdam Üzerine Etkileri (2005) 54 (3) 53- 94
- Baycık G, 'Çalışma Sürelerinde Güvenceli Esneklik Uygulamaları' (2014) 20 (1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan 223- 261
- Baycık G, İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar (1.Baskı, Yetkin Yayınları 2011)
- Çetiner B, Furrer A, Müller-Chen M, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2021)
- Canbolat T ve Kayırgan H, 'Koronavirüs Salgınının İş Sözleşmesi İşe İşçi İşveren İlişkilerine Etkisi ve Sonuçları' (2020) 5 (1) Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 637- 688

Caniklioğlu N, ‘Atipik İstihdam Biçimi ile Çalışanların Sosyal Güvenliği’ (2016) 15 (1) İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 43- 78

Centel T, ‘Kısmi Süreli Çalışma ve Hafta Tatili Ücreti’ (2006) 1 (2) Sicil İş Hukuku Dergisi 19- 22

Centel T, İş Hukuku (2.Baskı, Beta Yayınları 1994)

Çelik N, Caniklioğlu N, Canbolat T, ve Özkaraca E, İş Hukuku Dersleri (34. Baskı, Beta Yayınları 2021)

Demir F, ‘Kısa Çalışmalar ve İş Sözleşmeleri Üzerine Etkileri’ (2009) 6 (22) Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi 539- 553

Demir F, ve Gerşil G, ‘Çalışma Hayatında Esneklik ve Türk Hukukunda Esnek Çalışma’ (2008) 16 (2) 68- 89

Demirezen EC ‘Çalışma Sürelerinde Esneklik’ (Doktora Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi 2018)

Ekmekçi Ö, ‘Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneğine İlişkin Sorunlar’ (2009) 4 (14) 47- 59

Ekonomi M, Türk İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukunun Elli Yılı (Basisen Eğitim ve Kültür Yayınları 1988)

Ekonomi M, ‘Doğum veya Evlat Edinme Sonrası Çocuğun Bakımı ve Yetiştirilmesi Amacıyla Ücretsiz İzin ve Kısmi Süreli Çalışma Hakları’ (2017) 14 (53) İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 21-58

Endes N, Türk İş Hukukunda Kısa Çalışma (1.Baskı, Adalet Yayınları 2017)

Eren F, Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağ Teorisi (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1975)

Eyrenci Ö, ‘İşin Düzenlenmesinde Değişim ve Esneklik Gerekliliği’ (2001) 16 (6) TÜHİS Dergisi 1- 12

Gerek N, ‘Haftalık Normal Çalışma Sürelerinin Altında Sürelerle Yapılan Çalışmalar İçerisinde “Kısa Çalışma”nın Yeri ve Önemi’ (2018) 10 (38) İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi 3- 26

İkizler M, ‘Türk İş Hukukunda Esnek Çalışma’ (Yüksek Lisans Tezi Atatürk Üniversitesi 2011)

İnciroğlu L, Çalışma Hayatında Esnek Çalışma Uygulamaları (2.Baskı, Legal Yayıncılık 2020)

Kandemir M, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Tele Çalışma (1.Baskı, Legal Yayıncılık, 2011)

Karaoğlan C, Gürkaynak G ve Uluay T, 4857 Sayılı İş Kanunu Kapsamındaki Esnek Çalışma Kavramının Çalışma Süresi Özelindeki Uygulamaları ve Tam/Kısmi Süreli Çalışmalar Yönünden Uygulanabilirliği (2013) 10 (40) İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi 3-18

Kayırgan H, Bireysel İş Hukukunda Zorunlu ve Zorlayıcı Nedenler (2. Baskı, On İki Levha Yayınları 2021)

Kurt R, 'Doğum Sonrası Yarım ve Kısmi Çalışma Hakkı' (2018) 14 (159) Mali Hukuk Dergisi 705- 724

Meriç N, 'Türk ve Alman Hukukunda Kısmi Süreli Çalışma' (2005) 2 (8) Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi 1545-1580

Mollamahmutoğlu H, Astarlı M ve Baysal U, İş Hukuku Ders Kitabı (5. Baskı, Lykeon 2021)

Ocak S, 'Türk İş Hukukunda Kısa Çalışma' (Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi 2008)

Odaman S, Esneklik Prensibi Çerçevesinde Yargıtay Kararları Işığında Türk İş Hukukunda Çalışma Süreleri ve Yöntemleri (1.Baskı, Legal Yayıncılık 2013)

Özcan İ, 'İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Kısmi Süreli Çalışma' (Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi 2018)

Öztürk E, 'Türk Hukukunda Kısmi Süreli İş Sözleşmesi' (Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi 2011)

Öztürkoğlu Y, 'Tüm Yönleriyle Esnek Çalışma Modelleri' (2013) 1 (1) Beykoz Akademi Dergisi 109- 129

Saracel N, 'İş ve Sosyal Sigortalar Kanunları Uygulaması Bakımından Kısmi Çalışma' (1990) 8 (1-2) Eskişehir Anadolu Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi 375- 384

Savaş Kutsal FB, Bozkurt Gümrükçüoğlu Y ve Kayırgan H, 'Covid- 19 Küresel Salgınının Hukuktaki Yansımaları: Covid- 19 Pandemisi Döneminde Ücretsiz İzin ve Kısa Çalışma Uygulamaları'nın Kemal Şenocak (ed) (Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları-I 2021)

Seçkin Mİ, Çalışma Ekonomisi ve İş Hukuku Açısından Kısa Çalışma (1. Baskı, Legal Yayıncılık 2015)

- Senyen Kaplan ET, Bireysel İş Hukuku (10. Baskı, Gazi Kitabevi 2019)
- Sevgi E, 'Kısmi Süreli İş Sözleşmesi' (Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi 2014)
- Sevimli A, Kısmi Süreli İş Sözleşmeleri (1. Baskı Beta Yayınları 2019)
- Sislituna Ayakçıoğlu Ç, Kısmi Süreli Çalışma ve Kısmi Süreli Çalışanların Sosyal Güvenlik Sorunları (1.Baskı Seçkin Yayıncılık 2021)
- Sümer HH, İş Hukuku (25. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2020)
- Süzek S, İş Hukuku (21. Baskı, Beta Yayınları 2021)
- Şahin T, 'İş Hukukunda Esneklik ve Kısmi Süreli İş Sözleşmeleri' (2016) 6 (12) Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 155- 190
- Taşdemir Y, 'Kısmi Süreli Geçiş Hakkına Genel Bakış' (2018) 5 (11) Avrasya Sosyal ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi 204-211
- Tulukçu B, 'Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik' (2011) Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan I 1112- 1142
- Yavuz A, 'Esnek Çalışma ve Endüstri İlişkilerine Etkisi' (Doktora Tezi İstanbul Üniversitesi 1994)
- Yazıcı G, 'Esnek Çalışmanın Çalışanlara ve İşverenlere Etkisi' (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi 2001)
- Yıldız GB, 'Güvenceli Esneklik ve 4857 Sayılı İş Kanunu' (2011) Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan I 203- 232
- Yücesoy Y, Türk İş Hukukunda Kısa Çalışma ile Salgın Hastalık Halinde Uygulanan Diğer Hukuki Kurumlar (1. Baskı, Adalet Yayınevi 2020)





## NKÜ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

### VERGİ YARGISININ BİRLEŞTİRME YASAĞINI İHLÂL İLE SERİ DAVA İNŞASI (DANIŞTAY 7. DAİRESİ'NİN VEKÂLET ÜCRETİ KISITLAMASININ YERLEŞİK HALE GELMESİ)

*Dr. Öğr. Üyesi Burak PINAR \**

#### ÖZ

Yargılama faaliyetleri içerisinde yargılama giderleri ve vekalet ücreti hem miktar hem de aidyet açısından önemli yer tutmaktadır. Yargılama giderlerine ilişkin önemli yargılama ilkelerinden biri de usul ekonomisi ilkesidir. Bu ilke yargılamanın basit ve ucuz şekilde ilerlemesini ve sonuçlanmasını amaçlayan bir ilkedir. Ancak söz konusu ucuzluk ilkesinin geniş yorumlanması sonucunda avukatın emek ve çabasının da göz ardı edilmesi yargılama faaliyetlerinin amacı ile bağdaşmamaktadır. İdari işlemlere yönelik açılan iptal davalarında hukuka aykırı olduğu düşünülen birden fazla idari işlem olabileceği gibi bu işlemlere ilişkin davaların hangi şartlarda ve nasıl açılacağı da sorun teşkil etmektedir. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 5'inci maddesinde davacı tarafa kural olarak her idari işleme karşı ayrı dava açma hakkı tanınmıştır. Kanunda ön görülen bu hak ile birlikte usul ekonomisi ilkesi değerlendirildiğinde karşımıza sorunlar çıkmaktadır<sup>1</sup> Özellikle diğer düzenlemelere göre yeni kabul edilmesi gereken Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinde yer alan seri davalara ilişkin düzenleme de uygulama açısından sorunlar oluşturabilmektedir. Bu çalışmanın konusunu oluşturan Danıştay 7'nci Daire kararı da davacı tarafa tanınan hak, avukatın emek ve çabası ile usul ekonomisinin yorumlanması yönünden farklı değerlendirmelere yer verilmiştir. Çalışmada vekalet ücreti, usul ekonomisi, bağlantılı ve seri dava ayırımına ilişkin genel bilgilere yer verildikten sonra inceleme konusu kararda yer alan idari işlemlere ve birden fazla idari işleme karşı açılan davalardan avukatlık vekalet ücretine hükmedilmesine ilişkin sorunlar üzerinde durmaya çalışılacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Bağlantılı Dava, Seri Dava, Vekalet Ücreti, Usul Ekonomisi, Avukatın Emek ve Çabası

\* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mali Hukuk Anabilim Dalı, burak.pinar@deu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-9163-3094

1 Bkz. ve krş. Talip Babacan, Medeni Yargılama Hukukunda Seri Davalar, (Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, 2019), 8, dn.14





## CONSTRUCTION OF SERIAL ACTION WITH VIOLATION OF TAX JURISDICTION'S VIOLATION OF THE CONSOLIDATION OF CASES (THE RESTRICTION OF THE ATTORNEY FEE OF THE 7<sup>th</sup> CHAMBER OF THE COUNCIL OF STATE HAS BECOME PERMANENT)

*Asst. Prof.Dr. Burak PINAR \*\**

### ABSTRACT

Trial expenses and attorney fees have an important place in terms of both quantity and beneficiary. One of the important judicial principles relating to the trial expense is the principle of procedural economy. The principle aims the simple and cheap advancement and conclusion of the trial process. However, as a result of the broad interpretation of the principle of cheapness, the fact that the lawyer's labour and effort is overlook is indeed incompatible with the purpose of the judicial activities. There may be multiple administrative actions that would be considered as illegal in the annulment lawsuits filed against them, and there would be further problems arising to topics such as under what conditions and how these cases will be filed. According to 5th Article of the Administrative Judgment Procedure Law No. 2577, the plaintiff is entitled, as a rule, to separate cases against each administrative action. When the principle of procedural economy is evaluated together with this right envisaged in the Law, there are problematic issues to be dealt with<sup>2</sup>. In particular, the regulation on serial cases included in the Minimum Attorneyship Free Tariff, which should be considered relatively new according to other regulations, may also pose problems in terms of the implementation. The decision of the 7th Chamber of the Council of State, which constitutes the subject of this study, included different interpretations to the topics of the right granted to the plaintiff, labor and effort of the lawyer and interpretation of the procedural economy. In this study, general information about attorney fee, procedural economy and the separation concerning related and serial suits will be given and the problems with respect to the determination of the attorney's attorney fee emerging from lawsuits filed against administrative transactions and multiple administrative transactions in the decision under examination will be evaluated.

**Keywords:** Connected Actions, Serial Actions, Attorney Fee, Judicial Economy, Lawyer Labor and Effort

---

\*\* Dokuz Eylül University Law Faculty Financial Law Department, burak.pinar@deu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-9163-3094

1 Bkz. ve krş. Talip Babacan, Medeni Yargılama Hukukunda Seri Davalar, (Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, 2019), 8, dn.14

### **Extended Summary**

The 1982 Constitution made the principle of "procedural economy" a constitutional principle of judicial law, by stating that "it is the duty of the judiciary to conclude the cases with the least expense and as quickly as possible" with its 141st article. The principle consists of three main elements: "simplicity", "speediness" and "cheapness". In this context, the principle serves to ensure that lawsuits about more than one person and/or transaction are handled together with the element of "simplicity" and makes it possible to resolve the issue that may be the subject of many lawsuits with a single lawsuit. The implementation of the principle in administrative and tax jurisdictions is ensured in the form of "filing a lawsuit with a single petition". The issue of filing a lawsuit with a single petition is regulated by arranging two separate situations in the same article. The first of these; "the same person filing a lawsuit against more than one transaction with a single petition", and the other is "multiple people filing a lawsuit with a single petition". It is accepted that these regulations serve the procedural economy. The regulations, which are complementary to the provisions, are included in the law as "Connected Cases". It is accepted that the aforementioned regulations are essentially the application forms of the concept of "joinder of parties", but it should be taken into account that the legislator did not include the institution of "joinder of cases" as a conscious choice. At this point, a controversy arises in the tax jurisdiction and it is seen that the institution of "joinder of cases", which is not included in the Law, is applied on the grounds of procedural economy, but the law is applied because the decisions given are not subject to the review of the appeal. Apart from the insistence on applying an institution that is not included in the Law, illegal results are achieved by applying other institutions such as "serial litigation" that are not included in the Law. In this study, which is based on the jurisprudence of the 7th Chamber of the Council of State, which pioneered the aforementioned practice, the meaning and scope of the concept of "serial lawsuit", which the tax judge uses as a justification for its decisions, but whose characterization is not included in the Administrative Trial Procedure Law. In this study, the issues of comparison with the regulations related to the related lawsuits and finally the effect on the attorney fee application (which is seen as the reason) will be discussed in the light of the current tax jurisdiction practice.

Looking at the decision of the 7th Chamber of the Council of State, the existence of two aspects of the legal problem reveals itself; The difference in qualification between the investigating judge and the members, but the will to meet in a common result in the determination of a single attorney's fee in conjoined cases. The legality of the merger was tacitly confirmed by the investigative judge by stating clearly that "in the case that is the subject of examination, which is combined but not in the nature of a serial case," the legality of the merger was tacitly confirmed, but it was clearly stated that "it is not in the nature of a serial case"; The Chamber, on the other hand, adopted the view that it "is in the nature of a serial case". As stated, with the fifth article of the Administrative Procedure Law, the plaintiff party has been granted the right of choice without leaving any gaps, and it is the rule to file a separate lawsuit against each administrative act, and it is an exception to file a single lawsuit against more than one transaction that has a material or legal relationship or cause-effect relationship. Despite this, in the decision under review, the attorney fee was reduced by avoiding all three reasons mentioned above. In this context, the restriction of the plaintiff's right to file a separate lawsuit, which has determined the way forward by keeping separate administrative proceedings separate from the beginning, is also a violation of constitutional rights.

## GİRİŞ

1982 Anayasası, 141'inci maddesi ile “*Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir.*” demek suretiyle “*usul ekonomisi*” ilkesini yargılama hukukunun anayasal ilkesi haline getirmiş; söz konusu ilke ile hâkimin ilkeye uygun şekilde uygulayacağı düzen çerçevesinde, kanunun öngördüğü şekilde yargılamayı kolaylaştırarak gereksiz zaman kaybına ve gereksiz masrafa sebebiyet vermeksizin âdil karara varılması sağlanarak ve yargılamanın etkinliğine hizmet edilmesi amaçlanmaktadır<sup>2</sup>.

İlke “*basitlik*”, “*hızlılık*” ve “*ucuzluk*” olmak üzere üç ana unsurdan oluşmakta; mevcut uyuşmazlıkların ortadan kaldırılması ile yeni uyuşmazlıkların ortaya çıkmasının ve mahkemelerin iş yükünün artmasının engellenmesi amaçlanmaktadır. Bu bağlamda ilke, “*basitlik*” ögesi ile birden çok kişi ve/ya da işlem hakkındaki davanın bir arada görülmesinin sağlanmasına hizmet etmekte, çok sayıda dava konusu olabilecek konunun tek dava ile çözümlenmesini mümkün kılmaktadır. Bu sayede bazen onlarca ve hatta yüzlerce dava yerine tek bir dava dilekçesiyle dava açılabilmesi mümkün hale gelebilmekte ve hâkim tek dosya üzerinden yargılama yapılabilmekte; böylece zaman ve emek tasarrufu sağlanmaktadır. Öte yandan, “*ucuzluk*” ögesi kapsamında yer alan yargılama harç ve giderleri ile hâkim aracılığıyla tarafların gereksiz gider yapılmasına sebebiyet vererek adaleti pahalılaştırmamasının önlenmesi esası benimsenmekte, söz konusu ilke ve esas hak arama özgürlüğü ile doğrudan ilişkilendirilmektedir<sup>3</sup>.

İlkenin idarî yargıda ve vergi yargısında karşılık bulması, “*tek dilekçe ile dava açma*” şeklinde sağlanmakta, 2577 sayılı İdarî Yargılama Usulü Kanunu, tek dilekçe ile dava açma konusunu iki ayrı durumu aynı maddede düzenlemek suretiyle (5'inci maddesi ile) hüküm altına almaktadır. Bunlardan ilki; “*aynı kişinin tek dilekçe ile birden çok işleme karşı dava açması*”, diğeri ise “*birden çok kişinin tek dilekçe ile dava açması*”dır. Tek dilekçe ile iptal ve tam yargı davasının birlikte açılmasının ise 12'nci maddede düzenlendiği görülmektedir. Söz konusu düzenlemelerin usul ekonomisine hizmet ettiği kabul edilmekte, hükümlerin tamamlayıcısı nitelikteki düzenlemeler aynı Kanun'un 38'inci vd. maddelerinde “*Bağlantılı Davalar*” olarak yer almakta, “*aynı maddî veya hukukî sebepten doğan ya da biri hakkında verilecek hüküm, diğerini etkileyecek nitelikte olan davalar*” şeklinde tanımlanmaktadır. Belirtilen düzenlemelerin, esasen,

2 Ejder Yılmaz, “Usul Ekonomisi” (2008) 57 (1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 243, 244-245; Baki Kuru, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, (1. Baskı, Legal 2016) 303; Cumhuriyet Rüzgaresen, Medeni Muhakeme Hukukunda Usul Ekonomisi İlkesi (1. Baskı Yetkin 2013) 41 vd.

3 Yılmaz, (n 2) 250, 252, 253, 265

“*dava arkadaşlığı*” kavramının uygulama şekilleri olduğu kabul edilmekte<sup>4</sup> ve fakat kanun koyucunun “*davaların birleştirilmesi*” müessesesine bilinçli bir tercih olarak yer vermediği dikkate alınmalıdır. Bu noktada vergi yargısında bir tartışma kendini göstermekte ve Kanun’da yer almayan “*davaların birleştirilmesi*” müessesesine usul ekonomisi gerekçesiyle başvurulduğu ve fakat verilen kararların istinaf denetimine tâbi olmaması nedeniyle hukuk aleminde yerini aldığı görülmektedir. Kanun’da yer almayan bir müessesenin kamu hukukunda ve hâkim eliyle uygulanma ısrarı ile Kanun’da yer almayan “*seri dava*” gibi başka müesseselerin de uygulanması suretiyle hukuka aykırı sonuçlara ulaşılmaktadır. Söz konusu “*fili*” uygulamaya öncülük eden Danıştay 7’inci Dairesi’nin içtihadından yola çıkılan işbu çalışmada, vergi yargısının kararlarına gerekçe olarak gösterdiği ve fakat İdarî Yargılama Usulü Kanunu’nda yer almayan “*seri dava*” kavramının anlamı, kapsamı, İdarî Yargılama Usulü Kanunu’nda yer alan bağlantılı davalara ilişkin düzenlemelerle karşılaştırılması ve nihayet (sebebi olarak görülen/kabul edilen<sup>5</sup>) vekâlet ücreti uygulamasına etkisi konuları, güncel vergi yargısı uygulaması ışığında ele alınacaktır.

## I. DANIŞTAY (7’NCİ DAİRESİ’NİN ÖRNEK) İÇTİHADİ ve HUKUKÎ SORUNUN TESPİTİ

### A. DANIŞTAY (7’NCİ DAİRESİ’NİN ÖRNEK) İÇTİHADİ

Serbest dolaşıma giriş beyannameleri muhteviyatı eşyanın kıymetinin, referans kıymete göre ihtirazî kayıtla beyan edilerek ödenen gümrük ve katma değer vergilerinin, eşyaya ait faturada gösterilen kıymete göre hesaplanan tutardan fazlasının yasal faiziyle iade edilmesi istemine ilişkin itirazın zımnen reddine ilişkin işlemin iptali ve fazladan ödenen tutarın yasal faiziyle iadesi talepli davada ilk derece mahkemesi, “*eşyaların kıymet ve kıymeti etkileyen diğer hususlar yönünden idarece tespit yapılmamış olması sebebiyle hukuka uyarlık görülmediği, dava konusunun işlemin iptali ile fazladan ödenen vergilerin iadesi ve birleşen her bir dosya için ayrı vekalet ücretine*” hükmetmiş; Bölge İdare Mahkemesi, ilk derece mahkemesi kararının hukuka ve usule uygun

4 Oğuz Sancakdar, “İdari Yargıda “Tek Dilekçe ile Dava Açma” (Karşılaştırmalı Hukukî Analiz)” (2007) 9 (2) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 223, 224.

5 Vergi yargısında birleştirmenin gerekçesi olarak, “*sadece vekâlet ücreti almak amacıyla ayrı ayrı davaların açılması*” olduğu, birleştirilen davalarda tek vekâlet ücretine hükmedilmek suretiyle maddî zarara uğradığı iddiasıyla Adalet Bakanlığı’na izafeten Maliye Hazinesine karşı açılan *tazminat davası* “*Gümrük Kanunu’na aykırı ve Türk Medeni Kanunu’nun 2. maddesine göre hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğu*” gerekçesiyle *Yargıtay 4. HD, 15/17, 08.03.2016 sayılı kararı ile reddedilmiş*, söz konusu karar *Yargıtay HGK tarafından, 4-1640/460, 14.03.2018 sayılı kararı* ile onanmıştır. Karar için Mustafa Balcı, “Vergi Yargısında Birleştirme Kararı ve Yaşanan Hukukî Sorunlar” <<https://vergialgi.net>> Erişim Tarihi 22.01.2021.

olduğu ve davalı tarafça ileri sürülen iddiaların kararın kaldırılmasını sağlayacak nitelikte olmadığı gerekçesi ile istinaf başvurusunun esastan reddine karar vermiştir. Temyiz incelemesinde Danıştay 7'nci Dairesi oybirliği ile aldığı kararında<sup>6</sup>, “2577 sayılı *İdari Yargılama Usulü Kanunu*’nun 5’inci maddesine göre ayrı ayrı dava açılabileceği gibi maddî ve hukukî yönden bağıllık ya da sebep-sonuç ilişkisi bulunan birden fazla işleme karşı bir dilekçe ile de dava açılabileceğini, 6100 sayılı *Hukuk Muhakemeleri Kanunu*’na göre de davaların birleştirilebileceğini” belirtmiştir. Daire kararında ayrıca, “*Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinin 21’inci maddesine göre de ihtiyarî dava arkadaşlığının türü olan seri davalarda ise ayrı ayrı tam vekalet ücretine hükmedilmeyeceği*” belirtilmiş, kararda Bölge İdare Mahkemesi’nce verilen vekâlet ücretine ilişkin ayrı vekalet ücretine hükmedilmesinde hukuka uyarlık görülmemiş ve söz konusu hüküm bu yönden bozulmuştur.

## B. HUKUKÎ SORUN

Danıştay 7’nci Dairesi’nin kararına bakıldığında hukukî sorunun iki yönünün varlığı kendini göstermektedir; tetkik hâkimi ve üyeler arasındaki nitelendirme farkı ve fakat birleşen davalarda tek vekâlet ücretine hükmedilmesinde ortak sonuçta buluşma iradesi. Tetkik hâkimi tarafından açıkça, “*birleştirilen ancak seri dava niteliğinde olmayan inceleme konusu davada tek vekalet ücretine hükmedilmesi gerektiği*” belirtilerek birleştirmenin hukuka uygunluğu zımnen teyit edilmiş ancak hukukî nitelendirme yapılırken açıkça “*seri dava niteliğinde olmadığı*” belirtilmiş; Daire ise “*Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinin 21’inci maddesine göre de ihtiyarî dava arkadaşlığının türü olan seri davalarda*” demek suretiyle “*seri dava niteliğinde olduğu*” görüşünü benimsemiştir. Dolayısıyla hukukî sorunun ilk yönünün hukukî nitelendirme olduğu; ikinci yönün ise, hukukî nitelendirmede (tetkik hâkimi ile) çelişkiye düşen Daire’nin, tetkik hâkimi ile aynı sonuçta birleşerek “*tek vekalet ücretine hükmedilmesi*” sonucunda görüş birliğine varılması olduğu görülmektedir. Başka bir deyişle hukukî nitelendirme farklılığının aynı sonuca ulaştırması mümkün olmadığı gibi (karar tarihinde ve hâlen yürürlükte bulunan) Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinde yer alan; “*ihiyarî dava arkadaşlığının bir türü olan seri davalar ister ayrı dava konusu yapılsın ister bir davada birleştirilsin toplamda on dosyaya kadar açılan seri davalarda her bir dosya için ayrı ayrı tam avukatlık ücretine hükmedilir*” şeklindeki açık hüküm dikkate alındığında varılan sonucun da hukuka aykırı olduğu görülmektedir.

6 Danıştay 7. D, 1162/1548, 12.03.2019 (Özel Arşiv).

Yapılan analiz ve açıklamalar ışığında hukukî sorunun alt başlıklarının; “*ihtiyarî dava arkadaşlığı*” ve bir türü olan “*seri dava*” ile “*bağlantılı dava*”nın somut olayda ve mevzuatta karşılığının olup olmadığının karşılaştırmalı tespiti ile varılacak sonuç çerçevesinde Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi’nin 21’inci maddesinin uygulanması olduğu sonucuna varılmaktadır.

## II. HUKUKİ İNCELEMELER

### A. GENEL AÇIKLAMA

Vergi yargısı, işbu çalışmanın konusunu oluşturan hukukî soruna ilişkin kararlarında usul ekonomisi ilkesine atıf yaparak hâkimin, yargılamanın makul süre içinde ve düzenli bir biçimde yürütülmesini ve gereksiz gider yapılmamasını sağlamakla yükümlü olduğunu ifade etmekte; tek dilekçe ile açılabileceği yerde ayrı ayrı açılan ya da aralarında bağlantı bulunan davaların, İdarî Yargılama Usulü Kanunu’nda düzenleme bulunmamasına rağmen birleştirilmesinde söz konusu ilkeyi gerekçesine esas alarak “*ucuzluk*” unsurunu öne çıkarmaktadır. Söz konusu unsur ile “*gereksiz*” yargılama giderlerinin önüne geçilmesinin amaçlanması<sup>7</sup> ne kadar doğru ve yerinde ise, tek dilekçe ile açılabileceği yerde ayrı ayrı açılan ya da aralarında bağlantı bulunan davaların birleştirilmesiyle her iş ve dava için ayrı vekalet ücretine hükmedilmesi yerine tek vekalet ücretine hükmedilmesi o kadar çelişkilidir; kendi içinde hukuka aykırılıklar barındırmaktadır. Yasama organı yerine geçerek, bu şekilde, yargı eliyle tarife hükmü getirilmesi suretiyle yerleşik hale getirilmeye çalışılan yargısal uygulamaya ilişkin yargının yetkisizliği Danıştay İçtihadı Birleştirme Kararı’nda açıkça ifade edilmiştir<sup>8</sup>; aşağıda gerekçeleri ortaya konulmaya çalışılmıştır.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu, aynı veya birbirine benzer sebeplerden doğması ya da biri hakkında verilecek hükmün diğerini etkileyecek nitelikte bulunması durumunda aralarında bağlantı olduğu kabul edilen davalarda ihtiyarî dava arkadaşlığı ve davaların birleştirilmesine ilişkin düzenlemelere yer vermekle; birleşen her bir dava için ayrı ayrı karar verilmesi gerektiğini kabul etmektedir<sup>9</sup>. Bu bağlamda vergi yargısının söz konusu kabul ile önce davaları birleştirmesi sonrasında da birleştirilen davaları seri dava olarak nitelemesi ve Avukatlık Asgari Ücret

7 Kuru, (n 2) 304, 503; Soner Yakar, “Bir Usul Ekonomisi Kolaylığı: Vergi Yargısında Tek Dilekçe İle Dava Açma” (2012) 162 Maliye Dergisi, 448, 450; Kamile Türkoğlu Üstün, İdarî Yargılama Usulüne Hâkim Olan İlkeler, (1.Baskı Seçkin 2019) 320.

8 “...avukatlık ücreti konusunda, tarife düzenleme yetkisi, sadece, Baro Yönetim Kurulları ve Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kuruluna tanınmıştır. (521 sayılı Yasanın 103. maddesi hükmünü bağımsız bir şekilde ele almak suretiyle), Danıştay’ca bir tarife yapma olanağı, Avukatlık Yasasının 168. maddesi hükmü karşısında mümkün değildir.”, Danıştay İBGK, 13/8, 28.02.1975 (Lexpera)

9 Yargıtay HGK, 4-627/627, 01.12.2004, (Lexpera)

Tarifesi'nde belirtilen “*ihtiyarî dava arkadaşlığı*” müessesesine vurgu yapması(na ilişkin yorumu) birlikte değerlendirildiğinde, ihtiyarî dava arkadaşlığının ancak birden fazla kişinin davaları arasında bağlantı halinde mümkün olan ve birleşen davaların birbirinden bağımsız nitelikte olduğundan bahisle Tarife'de (8'inci maddede) her bir birleşen dava için ayrı vekâlet ücretine hükmedilmesi sonucuna varılmakla, İdarî Yargılama Usulü Kanunu'nda düzenleme bulunmayan bir konuda aynı gerekçeye dayanan aksi yöndeki içtihatların hukuka aykırı olduğu düşünülmektedir<sup>10</sup>. Zira, ihtiyarî dava arkadaşlığının mümkün olduğu haller kanunda sınırlı olarak sayılmıştır; dava konusu olan hak veya borcun ortak olması, ortak işlemin mevcut olması, davaların temelini oluşturan vakıaların ve hukukî sebeplerin aynı veya benzer olması halinde ihtiyarî dava arkadaşlığından söz edilebilir<sup>11</sup>. Mecburî dava arkadaşlığında varolandan farklı olarak tek bir davanın varlığından söz edilemediğinden birden fazla davacının söz konusu olduğu ihtiyarî dava arkadaşlığında ihtiyarî dava arkadaşı sayısı kadar dava olduğu kabul edilir<sup>12</sup>.

Yapılan (genel) açıklamalar, seri davalar ve bağlantı davalar konularındaki gerekçeler olmaksızın ara sonuca varılmasını mümkün kılmaktadır. Buna göre, ihtiyarî dava arkadaşlığında ve davaların birleştirilmesinde birden fazla davacıdan söz etmek mümkün değildir. Vergi yargısının ihtiyarî dava arkadaşlığına atfen gerekçe oluşturma çabası ile yapılan (kısa) açıklamalar usul hukuku düzeninde kabul görecektir nitelik taşımamaktadır. Zira, birden fazla davacı tarafın olmadığı bir yargılamada ihtiyarî dava arkadaşlığından söz etmek mümkün değildir. Kaldı ki, yukarıda belirtildiği üzere, ihtiyarî dava arkadaşlığının varlığında, bağımsızlık niteliği gereği, kendini vekille temsil ettiren her dava arkadaşı lehine ayrı vekalet ücreti hükmedilmesi gerekmektedir<sup>13</sup>. Bu çerçevede varılan ön tespit/ara sonucun nihaî hale gelmesi için kavramsal ve kurumsal analizlerin yapılması ile hukuk ve vergi yargısının karşılaştırılması gerekmekte, bu yöndeki açıklamalara aşağıda yer verilmektedir.

## B. *Yargılama Hukuku'nda Seri Dava (Kavramı)*

Seri dava, Türkiye Barolar Birliği Avukatlık Asgarî Ücret Tarifesi'nde yerini ve ifadesini bulan ancak kanunî dayanağı bulunmayan ve fakat uygulamanın medenî yargılama hukukuna

10 Kanun'da düzenleme olmayan bir konuda yargıda yapılan anketin varlığı ve ankete verilen cevaplardaki farklılıklar ve çeşitlilik hukuka aykırılığı ortaya koyan en önemli gösterge olarak düşünülmektedir. Bkz. Balcı (n 5) <<https://vergiyalgi.net>> Erişim Tarihi 22.01.2021.

11 Kuru (n 2) 491.

12 İbid 491, 494. Danıştay 14 D, 2213/58, 7.2.2017, (Lexpera).

13 İbid 497.



kazandırdığı bir dava türüdür; Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda böyle bir dava türü bulunmamaktadır. Bu nedenle seri dava kavramının tanımlanmasında uygulamada yer alan;

*“aynı veya benzer sebeplerden doğan ve aynı zamanda konuları da birbirine oldukça benzer olan, aynı davalı kişi ya da kişilere karşı açılmış bulunan davalar”* tanımı, seri dava tanımı olarak kabul edilmektedir<sup>14</sup>. Söz konusu tanımda sebep, konu ve taraflar bağlamında üç unsurun varlığına işaret edilmekte ancak tanımın *“benzer”* ifadeleri sebebiyle belirsizlik içerdiği (en azından kamu hukuku açısından) görülmektedir.

Doktrinde seri dava, Türkiye Barolar Birliği Avukatlık Asgarî Ücret Tarifesi'nin 21'inci maddesinde ifade edildiği gibi ihtiyarî dava arkadaşlığının bir türü olarak tanımlanmaya ve hukukî niteliği de belirlenmeye çalışılmaktadır<sup>15</sup>. Buna göre, ihtiyarî dava arkadaşlarının davacı tarafta yer alması ve davanın lehe sonuçlanması halinde dava arkadaşları aynı vekil ile temsil edilmişlerse davaların seri dava olup olmadığı önem arz edecek ve

*“davaya konu edilen bir hak veya borcun (elbirliği ile mülkiyet dışındaki bir sebeple) ortak olması, ortak bir işlemle hepsinin yararına bir hak doğmuş olması veya kendilerinin bu şekilde yükümlülük altına girmeleri veya davaların temelini oluşturan vakıaların ve hukukî sebeplerin aynı veya birbirine benzer olması hallerinde, birden fazla kişi isterlerse davacı sıfatıyla, ihtiyarî dava arkadaşı olarak tek bir dava dilekçesiyle dava açabilirler”* demek suretiyle seri dava kavramının kapsamı belirlenmeye çalışılmaktadır<sup>16</sup>.

Bölge Adliye Mahkemesi Adli Yargı Adalet Komisyonlarınca Bilirkişi Listelerinin Düzenlenmesi Hakkında Yönetmelik'in<sup>17</sup> 13'üncü maddesinde ise mevzuat düzeyindeki tek tanım yer almakta;

14 Ayrıntılı bilgi için bkz. Babacan, (n 1) “Seri Davalar” 73 vd.

15 Babacan (n 1) Seri Davalar 6. Ayrıca bkz. Talip Babacan, “Seri Nitelikte Açılan Davalar Sonucunda Verilen Hükümlerin Birbirine Etkisi” (2018) 13 (141) Terazi Hukuk Dergisi, 14, 1,2.

16 Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası, Medenî Usul Hukuku, (4. Baskı, Yetkin 2018) 311 vd. Ayrıca bkz. Hakan Pekcanitez, Muhammet Özeker, Mine Akkan ve Hülya Taş Korkmaz, Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku C. III (15. Bası, On İki Levha 2017) 700. Aynı yönde Yasemin Bağlı Tahiroğlu, Hukuk Yargılamasında Vekâlet Ücreti, (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi 2019) 62.

17 RG. 08.04.2012/28258.

“birden fazla davacı tarafından aynı davalıya karşı veya aynı davacı tarafından birden fazla davalıya karşı açılan konusu aynı olan davalar seri dava sayılır” demek suretiyle seri davanın; konu aynılığı ile davacı çoklu-davalı tekliği ya da davacı tekliği-davalı çokluğu esaslarına göre belirlenmesi gerektiği ifade edilmektedir.

Yargıtay, “aynı davalıya karşı açılan, aynı istemi içeren ve toplu şekilde açılan davalar<sup>18</sup>” Danıştay ise “ tarafları ve konusu aynı olan benzer davalar<sup>19</sup>” şeklinde tanımlamakla, her iki tanımın birbirinden farklı olduğu görülmektedir.

Yargıtay, medenî yargılama hukukundaki seri davalara ilişkin ön şart olarak; “davanın taraflarından birinin sürekli şekilde farklı olması”nı; ek şartlar olarak “dava sebeplerinin (yani maddî vakıaların) aynı ya da benzer olması” ile “dava konuların benzerliği”ni aramaktadır<sup>20</sup>. Yargıtay’ın ölçütlerine ek olarak, Bölge Adliye Mahkemesi Adli Yargı Adalet Komisyonlarınca Bilirkişi Listelerinin Düzenlenmesi Hakkında Yönetmelik’in 13’üncü maddesindeki hükmü de son şart olarak eklendiğinde; “birden fazla davacı tarafından aynı davalıya karşı veya aynı davacı tarafından birden fazla davalıya karşı açılma” şartı da eklendiğinde, seri davaların tanımını oluşturan unsurlar tamam olmaktadır.

Danıştay ise seri dava konusunda;

“Konusu ve sebebi aynı olup vekil marifetiyle takip edilmekte olan seri halinde ki dava dosyalarının aynı gün duruşmaya konulmuş olması nedeniyle bu dava dosyalarından birinin duruşması sırasında, avukat tarafından yapılan açıklamanın, diğer dosyalara da teşmil edilmesi suretiyle duruşmanın sözü geçen bütün dosyaları kapsayacak şekilde yapılmış

18 “aynı işyerinde gerçekleşen çalışmalar için çok sayıda sigortalı yönünden, aynı istemi içeren, aynı davalı işveren ve Kuruma karşı bir anlamda toplu (seri) dava açılmış olması.”, Yargıtay 10. HD, 14737/16797, 01.10.2012, (Lexpera).

19 Danıştay, İçtihadı Birleştirme Kararı verildiği dönemdeki Tarife’de herhangi bir hüküm boşluğunu; “Asgari ücret tarifesinin baş tarafında sevk edilen Genel Hükümler arasında da, yukarıda bahsedilen benzer veya aynı tip davalardan söz edilmemiş, bu davaların seri halinde aynı avukat tarafından açılması durumunda, avukata ödenecek ve davalardaki hukukî yardımının karşılığını teşkil edecek ücretin, hangi miktar üzerinden hükmedileceği asgari ücret tarifesinde de, belirtilmemiştir. Ancak, bugün için tarifede yer verilmemiş olmakla beraber, ileride yeni tarife düzenlenirken, bu tip davalar nazarı dikkate alınmak suretiyle, avukata ödenecek vekalet ücreti hakkında, tarife yapıcısı tarafından makul asgari ücret hükümleri getirilmesi olanağının mevcudiyetine işaret etmek ve bu konuda temennide bulunmak yerinde bir davranış olacaktır.”

şeklinde ifade etmiştir.”, Dş. İBK.. 28.02.1975., E.1971/13, K.1975/8, (Lexpera).

20 Babacan, (n 15) “Seri Nitelikte Açılan Davalar” 3.

*olması” şeklinde bir içerik belirlemesi yapmakta, “avukat tarafından takip edilen davaların, konusu, sebebi ve hukukî dayanakları bakımından her dosyanın ayrı bir iş kabul edilme/mesi” inceleme konusu kararda tartışılmaktadır.*

Karar incelendiğinde, medenî yargılama hukukundan farklı esasları içerdiği görülmekte; medenî yargılama hukuku ile idarî/vergi yargı arasındaki tek benzerliğin seri davayı benzeri kavramlar üzerinden tanımlama olduğu anlaşılmaktadır. Bu nedenle her iki yargı kolu bakımından, unsurları yönünden sınırları çizilmiş bir tanım yapılmadığı sonucuna varılmaktadır. Pozitif hukuka ilişkin yegâne hukukî düzenleme olan Yönetmelik hükmü dışında seri davaya ilişkin bir tanım olmadığı kabul edilmelidir. Bu nedenle seri dava nitelendirmesi yapılırken pozitif hukuka uygunluğun sağlanması açısından Yönetmelik hükmü esas alınmalı, *“birden fazla davacı tarafından aynı davalıya karşı veya aynı davacı tarafından birden fazla davalıya karşı açılan konusu aynı olan davalar”* seri dava olarak nitelendirilmelidir.

### C. VERGİ YARGILAMASI HUKUKU’NDA SERİ DAVA

#### 1. Genel Olarak

Vergi yargılaması hukuku, dava sınıflandırması ve dava açılmasında İdari Yargılama Usulü Kanunu’nu esas almakta, Kanun’un 5’inci maddesindeki; *“Her idari işlem aleyhine ayrı ayrı dava açılır. Ancak, aralarında maddî veya hukukî yönden bağıllık ya da sebep-sonuç ilişkisi bulunan birden fazla işleme karşı bir dilekçe ile de dava açılabilir.”* şeklindeki düzenleme ile dava açılmasında uygulanması gereken kuralı/usulü hükme bağlamaktadır. Buna göre kural, her idari işlem aleyhine ayrı dava açılmasıdır; hükümdeki ilk cümlede açıkça ifade edilmektedir. İstisna ise davaların tek dilekçe ile açılmasıdır ve bu hak davacı tarafa seçimlik olarak tanınmıştır<sup>21</sup>. Buna karşılık davalı tarafa ya da yargılama makamına böyle bir tasarruf imkânı, hakkı ya da yetkisi tanınmamış olup aralarında maddî veya hukukî yönden bağıllık ya da sebep-sonuç ilişkisi bulunan birden fazla işlemin her birine karşı açılan dava söz konusu olduğunda yargılama makamının yapabileceği tek hukukî seçenek/imkân davalar arasında bağlantının varlığına ilişkin tespitinin hükme bağlanmasını sağlamaktır. Yoksa usul ekonomisinin gerekçe gösterilerek re’sen birleştirme

21 Garip Ayaz, “Vergi Yargılama Hukukunda Bağlantılı Davaların Birleştirilmesi” (1998) 12 (72) (Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi) <[www.lebibyalkin.com.tr](http://www.lebibyalkin.com.tr)> Erişim Tarihi 10.12.2021; Yakar, (n 7) 448, 449; Memduh Aslan, “İdari Yargıda Usul Ekonomisi, Bağlantı, Doğal Hâkim İlkesi Çekişmesi”, (2011) 362 (10) Vergi Dünyası, 116, 117.

yetkisi kanun koyucu tarafından (hâkime) tanınmamıştır<sup>22</sup>. Yine kanun koyucu bağlantın varlığının tespitine ilişkin usullere yer verirken bunun birleştirme ile aynı anlama gelmeyecek<sup>23</sup> ya da sebep-sonuç ilişkisi doğurmayacak açıklıkta düzenleme getirmiş ve açıkça birleştirmeye ilişkin düzenleme ihdas etmekten imtina etmiştir; düzenleme ihdas etmemiştir. Bu nedenle öncelikle İdari Yargılama Usulü Kanunu düzenleme ve uygulamasında bağlantılı dava/ların analizi yapıldıktan sonra seri dava ile ilişkisi/ayrımı ortaya konulmak suretiyle Danıştay 7’nci Dairesi’nin yerleşik hale gelmeye başlayan içtihadının hukuka uygunluğu incelenmeye çalışılacaktır.

## 2. Bağlantılı Dava

İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 38 ilâ 42’nci maddeleri “*bağlantılı davalar*”a ilişkin düzenlemeler vermektedir<sup>24</sup>. Bağlantılı davanın tanımının yapıldığı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 38’inci maddesi göre; “*Aynı maddî veya hukukî sebepten doğan ya da biri hakkında verilecek hüküm, diğerini etkileyecek nitelikte olan davalar bağlantılı davalardır.*”

Kanun hükmünde açıkça düzenlendiği üzere birden çok idari davanın bağlantılı dava sayılabilmesi için belirli şartların bir arada bulunması gerekmektedir<sup>25</sup>;

- 
- 22 Ankara BİM 1.VDD, 1832/555, 11.04.2018; Ankara BİM. 4.İDD, 558/1142, 03.05.2017; Ankara BİM 2.Kurul, 4395/7596, 24.12.2015; İzmir BİM 1.Kurul, 1354/1363, 17.05.2016. Kararlar için bkz. Balcı (n 5) <<https://vergialgi.net>> Erişim Tarihi 22.01.2021.
- 23 Ayrıntılı bilgi için bkz. Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, Açıklamalı-İçtihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku (1.Baskı, Savaş 2019) 494. Buna karşılık bağlantılı davalar “*Davaların Birleştirilmesi*” ile aynı anlamda kullanılmakta, “*Davaların Birleştirilmesi*” başlığı altında incelenmektedir. Bkz. A. Şeref Gözübüyük ve Turgut Tan, İdare Hukuku Cilt II (9. Bası, Turhan 2017), 956; Turgut Tan, İdare Hukuku, (5. Bası, Turhan 2016) 1071; Yusuf Karakoç, Genel Vergi Hukuku (7. Baskı, Yetkin, 2014) (**Genel Vergi**) 854; Yusuf Karakoç, Vergi Yargılaması Hukuku (4. Baskı, Yetkin, 2017), (**Vergi Yargılaması**) 205; Halil Kalabalık, İdari Yargılama Usulü Hukuku (14. Baskı, Seçkin 2020) 345; Ali D. Ulusoy, İdari Yargılama Hukuku (2. Baskı, Yetkin 2020) 190.
- 24 Doktrinde bağlantılı davalara ilişkin bkz. Celal Erkut, “İ.Y.U.K. Çerçevesinde İdari Dava Türleri ve Bazı Usuli Değişiklikler” (1985) 51 (1-4) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 221, 231; Gül Üstün, 2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununda Bağlantılı Davalar ve Aynı Dilekçeyle Dava Açılabilir Haller, (1. Baskı, On İki Levha 2018) 3; Gözübüyük ve Tan, (n 23), 956.
- 25 Cem Tekin, “Vergi Yargısında Bağlantılı Davalar ve Birleştirilmesi” (2003) 180 Vergi Sorunları, 41, 43. Ayrıca bkz. Hasan Oral, “Vergi Mahkemelerinde “Vekalet Ücreti” Özelinde Yaşanan Bazı Tartışmalı Uygulamalar” (2011) 3 Ankara Barosu Dergisi, 160, 168; Ayaz (n 21) <[www.lebilyalkin.com.tr](http://www.lebilyalkin.com.tr)> Erişim Tarihi 10.12.2021; Yusuf Ziya Taşkan, “Vergi Yargısında Bağlantılı Davalar ve Davaların Birleştirilmesi” (1998) 68 <[www.yaklasim.com](http://www.yaklasim.com)> Erişim Tarihi 1.10.2021; Melikşah Yasin, “İdari Yargıda Bağlantılı Davalar” <[e-akademi.org](http://e-akademi.org)> (2007) 60 (2), Erişim Tarihi: 12.11.2021; Memduh Aslan, 116, 120; İbrahim Ermenek, “Hakem Yargılamasında Bağlantılı Davalar” (2014) 16 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, 1215, 1217; Üstün (n 24) 8; Celal Karavelioğlu, Açıklamalı, İçtihatlı ve İstinaf Kurumuyla İdari Yargılama Usulü Kanunu, (9. Basım, Adalet 2018) 1408; Zehreddin Aslan, Açıklamalı ve İçtihatlı İdari Yargılama Usulü Kanunu (1.Baskı, Seçkin 2019) 363.

- görülmekte olan birden fazla dava olması,
- söz konusu davaların aynı maddî veya hukukî sebepten doğmuş olması ya da davalardan biri hakkında verilecek kararın diğerini etkileyecek nitelikte olması, davaların aynı yargılama aşamasında bulunması,
- davaların idari yargı organlar nezdinde açılmış olması ve
- davaların bir veya daha fazlasının karara bağlanmamış olması.

Yukarıda belirtilen şartların bir arada bulunması halinde, bağlantının varlığının tespitine ilişkin süreç işletilecek ve uyumsuzluğun niteliğine göre 38 vd. maddeleri uygulama alanı bulacaktır.

Bağlantılı davalar ve davalarda bağlantının belirlenmesine ilişkin esaslar, çalışmanın konusunu doğrudan oluşturmadığından işbu çalışmayı ilgilendirdiği ölçüde ve ölçekte, tanımda belirtilen “*aynı maddî veya hukukî sebepten doğma ya da biri hakkında verilecek hükmün diğerini etkileyecek nitelikte olma*” koşulların ilişkin genel bilgiler verilecek, çalışmanın esasını oluşturan seri dava ile ilişkisi/ayrımı sonraki başlıkta ele alınacaktır

Bağlantılı davaların koşullarına geçilmeden önce, İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 38’inci maddesinde belirtilen “*Aynı maddî veya hukukî sebepten doğan*” ifadesinin aynı Kanun’un 5’inci maddesinde geçen “*aralarında maddi veya hukuki yönden bağlılık ... bulunan*” ifadesi ile aynı anlamda ve içerikte yorumlandığı, yapılacak değerlendirmelerde 5’inci madde içerikli içtihat ve yorumlardan da yararlanılacağı belirtilmelidir<sup>26</sup>.

26 Söz konusu aynılık için tek bir farklılık olduğu ileri sürülmektedir. İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 5’inci maddesi salt idarî işlemleri konu alırken 38’inci madde bakımından böyle bir sınırlamanın bulunmadığı, her türlü idarî uyumsuzluğu konu edinen davaları kapsadığı belirtilmektedir. Bkz. Turgut Candan, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, (8. Baskı, Yetkin 2020), (İdari Yargılama Usulü) 304, 1067, 1068. Bunun dışında, tek dilekçe ile dava açma hakkı/imbânı varken açılmamasında amacın davaların aynı mahkemelerde görülmesi sağlamamak olduğu da düşünülmelidir. Bununla birlikte, tek dilekçe ile dava açılması için hak ve menfaatte iştirak koşulu bağlantılı davalar için aranmadığından, bağlantılı davaların daha geniş bir alanı kapsadığı kabul edilmelidir. Çünkü davalar birleşmemekte, aynı yargı merciince çözümlenmektedir. Bkz. Zehreddin Aslan, (n 25) 363. Kapsam yönüyle aynı yönde görüşe ek olarak; birden fazla işleme karşı tek dilekçe ile dava açılmasının, henüz dava açılması aşamasında mümkün olan bir kanunen düzenlemiş bir davaların birleştirilmesi yöntemi olduğu; oysa, bağlantılı dava yöntemiyle davaların birleştirilmesi için açılmış birden fazla dava bulunması gerekeceği; bağlantılı davalarda, davalı idarenin aynı olması zorunluluğu da bulunmadığı ileri sürülmektedir. Bkz. Yasin (n 25) <e-akademi.org> Erişim Tarihi: 12.11.2021. Ayrıca bkz. Kazım Yenice ve Yüksel Esin, Açıklamalı İçtihatlı Notlu İdari Yargılama Usulü, (1.Baskı 1983) 685; A. Şeref Gözübüyük ve Güven Dinçer, İdari Yargılama Usulü (2. Baskı, Turhan 2001) 843. Krş. Karavelioğlu, (n 25) 1404; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya (n 23) 494.

Davaların aynı maddî veya hukukî sebepten doğmuş olması için davaya konu işlemlerin; ya (işlemlere gerekçesi oluşturacak olan) aynı maddî/vergiyi doğuran olayın<sup>27</sup> birden çok işlem tesisine neden (ve birbiriyle ilgisinin<sup>28</sup>) olması ya da (aynı kanunun aynı hükmüne dayalı olarak) aynı hukukî dayanağı olacak<sup>29</sup> veya idarî işlemlerden biri ile ilgili hukukî sorunun çözümünün diğerleri ile ilgili hukukî sorunun çözümünü etkileyecek şekilde<sup>30</sup> hukukî sebebi aynı olması gerekmektedir<sup>31</sup>; davaların aynı davacılara ait olması ya da konularının aynı olması da şart değildir<sup>32</sup>.

Maddî sebebin aynılığı için;

- aynı ticarî ilişkinin birden fazla vergiyi doğuran olay doğurması<sup>33</sup>,
- vergi incelemesi sonucunda kayıt dışı hasılat bulunduğunun tespit edilmesi halinde, kayıt dışı bırakılan kazanç yönünden gelir/kurumlar vergisi tarhiyatı, kayıt dışı hasılatla ilişkin teslimden kaynaklanan katma değer vergisi tarhiyatı ile kayıt dışı hasılatla ilişkin fatura düzenlenmemiş olması nedeniyle özel usulsüzlük cezası kesilmesi işlemleri<sup>34</sup>,
- Gümrük Kanunu'ndan doğan, ayrı beyanname ile yapılan ithalatlara ilişkin gümrük vergileri ile para cezaları için düzenlenen tahakkuka konu vergi ve cezalar<sup>35</sup>,
- Vergi Usul Kanunu'ndan doğan, farklı dönemlere ilişkin aynı vergi tekniği ve/ya inceleme raporuna dayalı tarhiyatlar<sup>36</sup>,

27 Bkz. Taşkan (n 25) <[www.yaklasim.com](http://www.yaklasim.com)> Erişim Tarihi 1.10.2021. Krş. Karakoç, (n 23) Genel Vergi 854-855; Karakoç (n 23) 205. Aynı yönde Tekin (n 25) 41, 44; Karavelioğlu (n 25) 383; Sancakdar (n 4) 228-229; Ermenek, (n 25) 1215, 1222.

28 Üstün, (n 24) 26.

29 Bu durumun delillerin toplanması, ayıklanması ve değerlendirilmesi bakımlarından hızlı ve basit yargılama ilkesine uygun düşmeyen karışıklıklar yaratabileceği; davaya konu edilecek işlemlerin maddî sebeplerinde benzerlik bulunması hali dışında 5'inci maddenin uygulanmasına esas alınmasının, maddeden beklenen amaca uygun düşmeyeceği görüşü hk. Candan (n 26) İdari Yargılama Usulü 304, 306. Krş. Bkz. Taşkan (n 25) <[www.yaklasim.com](http://www.yaklasim.com)> Erişim Tarihi 1.10.2021; Karakoç (n 23) Genel Vergi 854-855; Karakoç (n 23) 205. Aynı yönde Tekin (n 25) 41, 44; Karavelioğlu (n 25) 383; Sancakdar (n 4) 229-231; Ermenek (n 25), 1215, 1222.

30 “Hukukî yönden bağlılık” koşulunun, buradaki anlamıyla, yani maddî sebeplerle ve bu işlemlere karşı davada ileri sürülen hukuka aykırılık iddialarıyla bağlı olarak uygulanmasının 5'inci maddeyle güdülen amaca uygun olduğu hk. bkz. Candan (n 26) İdari Yargılama Usulü 307-308.

31 Danıştay VGGK, 604/215, 15.05.2009, (Lexpere).

32 Yenice ve Esin, (n 26) 685. Aynı yönde Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, (n 23) 493. Ayrıca bkz. Candan (n 26) İdari Yargılama Usulü 1068. Krş. Tekin (n 25) 41, 44.

33 Candan (n 26) İdari Yargılama Usulü 304.

34 İbid 304, 1067. Aynı yönde Tekin, (n 25) 41, 44; Balcı (n 5) <<https://vergialgi.net>> Erişim Tarihi 22.01.2021.

35 İbid 304.

36 İbid 304.

- 3568 sayılı Kanun'un 12'nci maddesi uyarınca müştereken ve müteselsilen sorumlu olan mükellef ve yeminli mali müşaviri adına salınan vergiler ve cezaları<sup>37</sup> örnek olarak verilebilirken,

hukukî sebebin aynılığı için;

- Vergi Usul Kanunu'nun aynı maddesinin aynı hükmüne göre fakat ayrı fiiller için kesilen vergi cezaları<sup>38</sup>,

- aynı vergi kanununun aynı hükmü uyarınca farklı dönemler için salınan vergilere ait tarh işlemleri<sup>39</sup>,

- kanunî temsilci adına, Vergi Usul Kanunu'nun 10'uncu maddesi uyarınca ayrı ayrı tesis edilen vergi aslı içerikli/talepli ödeme emri ile bu vergi aslı sebebiyle hesaplanan gecikme faizinin tahsili içerikli/talepli ödeme emri<sup>40</sup>,

- Gelir Vergisi Kanunu'nun 119'uncu maddesine göre yapılacak bildirim yasal süre geçtikten sonra, beyana çağrı mektubu üzerine pişmanlıkla beyan edilmesi üzerine, farklı vergilendirme dönemlerine ait cezalardan birine karşı açılacak dava/lar ile (beyana çağrı mektubunun tebliğinden sonra) pişmanlık hükümlerinden yararlanma(nın mümkün olabilirdiğine ilişkin) talepli dava<sup>41</sup>,

- limited şirketin vergi borcunu ödeyememesi nedeniyle birden fazla ortaktan verginin tahsili içerikli/talepli ödeme emri<sup>42</sup> örnek olarak verilebilir.

Kanun hükmünde “*aynı maddî sebebe dayanma*” ile “*aynı hukukî sebebe dayanma*” şeklinde iki ayrı durum bulunduğu/tercih edildiği “*veya*” bağlacı kullanılarak ifade edilmekte, kanun koyucunun bu açık tercihi/iradesi karşısında “*ve*” bağlacı anlamında kullanıldığı ve yorumlandığı, Danıştay'ın da bu yönde kararları olduğu ileri sürülmektedir. Her iki durumun/koşulun birlikte olduğunun kabulünün zorunluluk olduğu, aksi yönde yorumun ise, “*aynı (kanun) hükmünün uygulanması sonucu görülen ya da aynı vergi doğurucu olaya dayanan tüm davalar arasında bağlantının varlığından söz etmek gibi anlamsız bir sonuç ortaya çıkacağı*” iddia edilerek<sup>43</sup>; “*iki veya daha çok dava arasında bağlantının varlığından söz edebilmek için bunların*

37 İbid 304. 1067, dn.1745.

38 İbid 305.

39 Dş. 7.D., 30.09.2010, E.2010/5548, K.2010/4415, (Dş. Der. Yıl: 40, S.125, 2010, s.264).

40 İbid 304..

41 İbid 307.

42 Karakoç, (n 23) “Genel Vergi” 855; Karakoç, (n 23) 205.

43 Gözübüyük ve Dinçer (n 26) 843. Aynı yönde bkz. Tekin (n 25) 41, 44; Oral, (n 25) 160, 169. Her iki bağlacın kullanılmasının aynı sonuçlar doğuracağı yönünde görüş için bkz. Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, (n 23) 494-

*aynı maddi ve hukuki sebeplerden kaynaklanmış olması yanında bu davaların biri hakkında verilecek kararın, diğerinin veya diğerlerinin sonucunu etkileyecek nitelikte bulunması gerekmektedir. Yoksa davanın taraflarının ve konusunun aynı olmasının önemi bulunmamaktadır. Davaların aynı hukuksal nedenlerden doğması hususu, bağlantılı davaların temelini teşkil etmektedir”.* şeklindeki yargısal yorum, görüşe dayanak olarak gösterilmektedir<sup>44</sup>.

Kanun hükmünde “*aynı maddî sebebe dayanma*” ile “*aynı hukukî sebebe dayanma*” şeklinde iki ayrı durumun birlikte arandığı ve kanun koyucunun “*veya*” bağlacı ile açıkça ortaya koyduğu iradesini “*ve*” bağlacını “*ifade etmek istediği*” şeklinde yorumun, İdarî Yargılama Usulü Kanunu’nun açık metni ile vergi yargılamasına hâkim olan ilke ve esaslara uygun olmadığı gibi dayanak olarak gösterilen yargı kararına da uygun olmadığı düşünülmektedir. Şöyle ki;

İlk olarak yargı kararında, salt “*ve*” bağlacını kullanılmakla Danıştay’ın görüşü olduğu yönünde bir algı kabul edilemeyeceği gibi 7. Daire ile diğer dairelerin bağlantılı davalara ilişkin içtihatlarında mutlak bir birlik (teklik) de söz konusu değildir. Şöyle ki, Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulu’nun 28.02.1975 gün ve E.1971/13, K.1975/8 sayılı kararının alınması sürecinden günümüze Danıştay 7’nci Dairesi’nin bu konudaki içtihatlarının aynı/benzer yönde bir çizgi gösterdiği yönünde bir algı kabul edilebilirse de diğer Daireler’in (açıkça) ne aynı yönde ne de farklı yönde bir içtihat gelişimi gösterdiği anlaşılamamaktadır. Danıştay 7’nci Dairesi dışındaki Daireler’in temyiz başvurularının bu yönünü ihmal etmek suretiyle temyiz/hukuka uygunluk incelemesi yapması zımnî kabul olarak yorumlanabilirse de aksini ortaya koyacak açıklıkta bir içtihat ortaya konulmaması da yerleşik bir Danıştay görüşünden bahsedilmesini olanaksız kılmaktadır.

İkinci olarak, kanun koyucunun hükmü ihdas ve tanzim ederken lafza ilişkin tereddüt bırakmadığı dikkate alınarak, yorumda önceliğin lafza ağırlık verilmesi suretiyle değerlendirme yapılmalıdır. Zira söz konusu lafzî (deyimsel) yorum yönteminde, öncelikle kanun hükmünde yer alan kelimelerin, deyimlerin, ifadelerin dilbilgisi kuralları yönünden cümle yapısı içindeki anlamları araştırılmakta; sonrasında ise vergi kanunlarında yer alan ve diğer hukuk dallarıyla iktisat, muhasebe, işletme gibi alanlara ilişkin deyimlerin ne ifade ettiğinin, söz konusu deyimlerin

495. Aksi yönde Karakoç, (n 23) “Genel Vergi” 855; Karakoç, (n 23) 206; Yasin, (n 25) <e-akademi.org> Erişim Tarihi: 12.11.2021.

44 Danıştay 7.D, 1152/1391, 09.07.1984, (Lexpera).



bu alanlardaki yerleşmiş anlamlarına bakılarak araştırılması gerekmektedir<sup>45</sup>. Buna göre yorum yapılırken, kural olarak, “lafzın açık olmadığı hallerde” diğer yorum yöntemlerine başvurulması gerektiğinden, lafzın açıkça “veya” bağlacının tercih edildiğini gösterdiği bir durumda diğer yorum yöntemlerine başvurulmasının mümkün olmadığı düşünülmektedir. Kaldı ki, diğer yorum yöntemlerine başvurulsa dahi, “veya” bağlacının “ve” olarak yorumlanması gerektiğini ileri süren görüş, tarihî yorum yoluyla sonuca varmaya çalışmakta ve fakat söz konusu yorum yöntemine aykırı bir şekilde, hükmün “konuluşundaki maksat” araştırılmaksızın kanun koyucunun iradesini yorumlamaya çalışmaktadır. Bu çerçevede yapılacak tarihî yorumda, bir kanun hükmü uygulanırken, kanun koyucunun kanunun yapıldığı andaki iradesi ve amacı araştırılmalı; kanun gerekçelerine ve meclis tutanaklarına bakılması gerekmektedir<sup>46</sup>. Buna göre bağlantılı davaların ihdasını sağlayan 4001 sayılı Kanun’un<sup>47</sup> madde gerekçelerine bakıldığında “*eklenen fıkra*da “*bağlantılı dava*”nın tanımı yapılmak suretiyle bağlantılı davalara uygulamada açıklık getirilmek istenmektedir” demek suretiyle tanım yapmak suretiyle iradesini açıkça ortaya koyduğu görülmekte;<sup>48</sup> kanun koyucunun iradesinin “ve” bağlacı yönünde olduğunu tarihî yorum yaparak kabul eden görüşün dayanağını yitirdiği düşünülmektedir<sup>49</sup>.

Yapılan açıklamalardan anlaşılacağı üzere, dayanak alınan içtihadın gerek yerleşik olmaması gerek(se) içeriğinde kanun koyucunun “veya” bağlacını kullanırken (aslında) yerine “ve” bağlacını tercih etmemesi, aksine, hükümde yapılan değişikliklerle, “*aynı şahsı ilgilendiren birden fazla işleme karşı aynı dilekçe ile dava açılabilmesi için, bu işlemler arasında yalnızca maddî yönden bağlılık veya yalnızca hukukî yönden bağlılık (ya da sebep-sonuç ilişkisinin bulunması yeterlidir*” şeklinde anlaşılması gerekmektedir<sup>50</sup>. Kaldı ki, koşulların tamamının varlığını arama yönünde yapılacak yorum kendi içinde çelişkiyi de barındırmış olacak ve davalardan biri hakkında verilecek hükmün diğerini etkileyecek nitelikte olması durumunda bağlantı varlığı halinde, kurumlar vergisi tarhiyatının gelir vergisi stopajı açısından matrah farkı

45 Karakoç, (n 23) “Genel Vergi” 171.

46 İbid 172.

47 “İdarî Yargılama Usulü Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun”, (RG. 18.06.1994-21964).

48 Bkz “İdarî Yargılama Usulü Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun Tasarısı ve Çorum Milletvekili Cemal Şahin'in İdarî Yargılama Usulü Kanununun 2 nci Maddesinde Değişiklik Yapılmasına ve Bu Kanuna Bir Ek Geçici Madde Eklenmesine Dair Kanun Teklifi ve Adalet Komisyonu Raporu”, (<https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d19/c062/tbmm19062115ss0409.pdf>) Erişim Tarihi 22.01.2021.

49 Bkz. Taşkan, (n 25) <[www.yaklasim.com](http://www.yaklasim.com)> Erişim Tarihi 1.10.2021. Krş. Karavelioğlu (n 25) 383.

50 Candan (n 26) “İdarî Yargılama Usulü” 304.

oluşturacağı davalar örneğinde olduğu gibi<sup>51</sup> aynı maddî veya hukukî sebebe dayanmayan davalar söz konusu olacaktır. Öte yandan, davalar yalnız aynı yargılama aşamasında ise bağlantılı dava olarak kabul edilebilir niteliktedir. Bu şartın gerçekleşmesi için bağlantılı olduğu iddia edilen davaların her birinin ya ilk derece mahkemesinde ya da temyiz veya istinaf aşamasında bulunması gerekmektedir<sup>52</sup>; biri istinaf diğeri ilk derece mahkemesinde görülen davaların bağlantılı dava olarak kabul edilmesi mümkün değildir.

Yukarıda sayılan şartların bağlantının tespitine esas alınabilmesi için (bağlantılı) davaların idarî yargı organlarında açılmış ve herhangi biri veya hepsinin henüz karara bağlanmamış olması gerekmektedir. Aynı idarî yargı organının nezdinde açılmış davaların bağlantılı olabileceği kanun hükmünde açıkça belirtilmiş olup adli yargıda görülen bir davanın idarî yargı davası ile bağlantılı olduğu sebebiyle birleştirilmesini talep imkânı bulunmamaktadır<sup>53</sup>. Yine içlerinden bir hakkında karar verilen davaların da bağlantılı dava olması neden gösterilerek birleştirilmesi mümkün değildir. Ayrıca, davaların derdest olmaması ve her bir dava için dava açma koşullarının sağlanmış olması da ileri sürülmektedir<sup>54</sup>.

Kanun metninden ve bağlantılı dava şartlarından da görüleceği üzere İdari Yargılama Usulünde dava arkadaşlığına yer verilmediği gibi her bağlantılı davada dava arkadaşlığından söz etmek de mümkün değildir. Bağlantılı davaların birleştirilmesi sonrasında dava arkadaşlığının görülmesinin mümkün olabileceği ve ihtiyati dava arkadaşlığının bağlantılı davalarda da mümkün olduğu ileri sürülebilirse de bağlantılı davalarda davacı veya davalı tarafta birden fazla kişinin yer alabilmesi mümkün değildir<sup>55</sup>. Zira idari yargılamaya konu edilen davalarda davalı ve davacı tarafın aynı ve tek kişi olduğu hallerde de bağlantılı dava hükümleri uygulanabilmektedir.

---

Tekin (n 25) 41, 44; Oral, (n 25) 160, 171; Candan (n 26) İdari Yargılama Usulü 946; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, (n 23) 497.

52 Tekin, (n 25) 41, 45; Oral, (n 25) 160, 171, 172; Candan (n 26) İdari Yargılama Usulü 946; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, (n 23) 497. Ayrıca bkz. Arzu Ulusoy, “İdari Yargıda Bağlantılı Davalar” (15) 1 İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, 185,187; Üstün (n 24) 39.

53 Tekin (n 25) 41, 46; Oral, (n 25) 160, 171; Arzu Ulusoy, (n 52) 185, 188; Candan (n 26) İdari Yargılama Usulü 1069; Kalabalık (n 23) 346. Ayrıca bkz. Yakup Bal, Mustafa Karabulut ve Yahya Şahin, İdari Yargılama Usulü İle İlgili Danıştay 10. Dairesinin Seçilmiş Kararları (1.Baskı, Seçkin 2003) 851.

54 Üstün (n 24) 42. Ayrıca bkz. Turan Yıldırım, Melikşah Yasin, Nur Kaman, H. Eyüp Özdemir, Gül Üstün ve Özge Okay Tekinsoy, İdare Hukuku, (6. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2017) 812, 813; Zehreddin Aslan, (n 25) 365; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, (n 23) 500.

55 Aksi yönde Sancakdar, (n 4) 224.

Kanun koyucu tarafından bağlantılı davalara ilişkin irade tesis edilirken birleştirme öngörülmediği; davalar arasında bağlantı bulunması halinde birleştirmeye ilişkin hüküm tesis edilmediği yukarıda ifade edilmişti<sup>56</sup>. Öte yandan davaların birleştirilmesine ilişkin hüküm tesis eden Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda söz konusu müessesenin yanında 167'nci maddesi hükmü ile davaların ayrılmasına ilişkin düzenlemeye yer verilmesine karşılık, idarî/vergi yargı alanında ise kanun koyucunun bu yönde düzenlemede bulunmama tercihi yönünde iradesini ortaya koyduğu görülmektedir. Bu nedenle, birleştirmenin mümkün olabileceği yönünde yapılan/yapılacak yorum, diğer gerekçeler dışında idarî yargılama usulü ile getirilen ayrı veya tek dava açma seçimlik hakkının da ortadan kaldırılması anlamına geleceğinden kabulünün mümkün olmadığı düşünülmektedir.

### 3. Bağlantılı Dava – Seri Dava Ayrımı

Kanun koyucu tarafından düzenlenen ve kanun metninde “açıkça” yer verilen kavramlar dikkate alındığında özellikle bağlantılı davalar ve seri davalar ayrımının kesin çizgilerle ortaya konulması elzemdir.

İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 38'inci maddesinde belirtilen aynı maddî veya hukukî sebepten doğan ya da biri hakkında verilecek hüküm diğerlerini etkileyecek nitelikte olan davalar olarak tanımlanan davalar, seri davalar olarak vergi hukuku/yargısı doktrininde tanımlanma çabası bulunsa da<sup>57</sup> açık kanunî düzenleme ve Danıştay kararları kapsamında kabul edilmesi mümkün değildir. Danıştay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu ise seri davaları, seri halinde açılan benzer davalar (yani tarafları ayrı, konusu aynı, tarafları ve konusu aynı olan benzer davalar ) olarak kabul etmiştir<sup>58</sup>. Buna göre bağlantılı davaların unsurların yola çıkan bir tanımlama çabası olduğu görülmekte ise de Kanun'da yer alan bağlantılı davalar düzenlemesinden yola çıkıldığında, müessesenin ve düzenlemenin seri dava kavramını karşılamaya yeterli olmadığı açıktır. Kanunî düzenlemede birbirinin sonucunu etkileyen davaların da bağlantılı dava olacağı kabul edilmişse de söz konusu davaların seri dava olarak kabul edilmesi her durumda mümkün değildir. Birbirinin sonucu etkileyecek davaların konusu aynı olamayacağı gibi seri halinde açılmamış olması ve en önemlisi vekile ayrı emek ve mesai harcatması sebebiyle her zaman seri dava olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Seri dava kavramını hem hukuk/adlî hem de idarî yargı için “aynı veya benzer

56 Birleştirmenin zorunlu olmadığı görüşü için bkz. Oral, (n 25) 160, 186; Kalabalık (n 23) 335.

57 Candan, (n 26) “İdari Yargılama Usulü” 935.

58 Danıştay İBKG, 13/8, 28.2.1975 (Lexpera).

*sebeplerden kaynaklanan ve konuları da birbirine oldukça benzer olan aynı davalı kişi ya da kişilere karşı açılan davalar*” olarak tanımlanabileceğine ilişkin görüş de mevcut olmakla<sup>59</sup> belirtilen gerekçelerle sorunun çözümüne cevap verebilecek nitelik taşımamaktadır. Dolayısıyla, inceleme konusu kararda hukuka aykırı uygulandığı düşünülen Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nin 22'inci maddesinde yer alan seri davalar sebebiyle vekalet ücreti hükümlerinin uygulanması için davaların hem maddî hem de hukukî sebeplerinin aynı olması gerektiği, farklılıkların emek ve çaba harcanmasını gerektireceği ve hatta iyiniyetin aranması gerektiği<sup>60</sup> yönünde kıyası aşan bir yorumun<sup>61</sup> açık kanunî düzenleme (yani pozitif hukuk kaynağı zorunluluğu) ve seri davanın niteliği gereği kabulü mümkün olamamaktadır.

### III. HUKUKÎ DEĞERLENDİRME

İnceleme konusu edilen kararda davacı tarafın talebi iki farklı tarih ve dört farklı sayılı serbest dolaşım beyannamelerinin hesaplamalarındaki hata sebebiyle yapılan itirazın zımnen reddi idarî işleminin iptali ve fazladan ödenen tutarların iadesine ilişkindir. Kararda da belirtildiği üzere ilk derece mahkemesi ve istinaf kararlarında dört farklı beyannameye ilişkin açılan davaların birleştirilmiş olması da değerlendirilerek işlemin iptali fazlaya ilişkin ödemenin iadesine karar verilerek her bir dosya için ayrı ayrı vekalet ücretine hükmedilmiştir.

Danıştay tarafından inceleme konusu edilen kararda tetkik hâkimi tarafından belirtilen görüşte de açıkça “*birleştirilen, ancak seri dava niteliğinde olmayan*” dava hakkında tek vekalet ücretine hükmedilmesi gerektiği belirtilmiştir. Belirtildiği üzere İdari Yargılama Usulü Kanunu, 5'inci maddesi ile boşluk bırakmaksızın<sup>62</sup> davacı tarafa seçimlik hak tanınmış olup her bir idari işleme karşı ayrı dava açılması kural, aralarında maddî veya hukukî yönden bağıllık ya da sebep-sonuç ilişkisi bulunan birden fazla işleme karşı tek dava açılması ise istisnadır.

59 Babacan, (n 15) “Seri Nitelikte Açılan Davalar” 16.

60 “Açılan davaların değeri, aynı amacı elde edilmesine yönelik tek dava yerine pek çok dava açılması, seri davalara harcanan emek ve mesainin çok üzerinde vekalet ücretinin kazanılması iyiniyet kuralları ile bağdaşmaz, dolayısıyla hukuk düzenince de korunmaz” Yar.10.HD. 27.12.2011 tarih ve E: 2011/18171, K: 2020/20469, (Balcı, (n 5) <<https://vergialgi.net>> Erişim Tarihi 22.01.2021).

61 Danıştay 12.D, 5705/4199, 21.05.2013 (Candan (n 26) İdari Yargılama Usulü 936).

62 Aynı yönde bkz. Turgut Candan, “İdari Yargılama Usulüyle İlgili Sorulara Yanıtlar” <<https://turgutcandan.com>> Erişim Tarihi 03.01.2021, (Sorulara Yanıtlar).\_Ayrıca bkz. Balcı (n 5) <<https://vergialgi.net>> Erişim Tarihi 22.01.2021. Krş. Babacan (n 15) “Seri Nitelikte Açılan Davalar” 16.

İnceleme konusu yapılan kararda maddî olaya ilişkin verilen ayrıntılarda davacı tarafın dört farklı beyannameye karşı ayrı ayrı itirazda bulunduğu açıkça belirtilmiştir. Davacı tarafça itiraza konu beyannamelelere ilişkin de seçimlik hak kullanılarak ayrı ayrı dava açılmıştır. Kararda her ne kadar usul ekonomisi ilkesine vurgu yapılmışsa da salt usul ekonomisi ilkesi ileri sürülerek, Kanun'un âmir ve açık hükümlerinin yok sayılmak suretiyle vekalet ücretinde kısıtlamaya gidilmesi mümkün değildir. Kaldı ki, inceleme konusu edilen emsal/örnek kararda ihtiyarî dava arkadaşlığı bulunmamaktadır; bulunsa dahi bu kez açık kanun hükmü gereği her dava ayrı ayrı ve birbirinden bağımsız olarak değerlendirilerek hüküm tesisi yoluna gidilmesi gerekecektir, sonuç değişmeyecektir. Bu nedenle, seçimlik hak kullanılarak her bir beyannameye ilişkin ayrı dava açılması seçimlik hakkın kullanılması niteliğinde görülerek idare tarafından ayrı ayrı düzenlendiği kararda belirtilen beyanname numaralarından da açıkça anlaşılan işlemlere yönelik usulî yargısal işlemde gerekçe ve sonuç yönüyle hukuka uygunluk bulunmadığı düşünülmektedir. İdarece davacı tarafça yapılan itiraza açık bir cevap verilmemiş yapılan itirazların idarece birleştirilerek tek bir cevabın verilmiş olması, davanın açılması ile ilgili seçimlik hak tercihinde bulunan davacı tarafın hukukî tasarrufunun ortadan kaldırıcı nitelikte hukuki düzenleme bulunmadığı gerçeğini ortadan kaldırmamakta<sup>63</sup>; bu kez “*tabi hâkim güvencesi*”nin ihlâli tartışmaya açılacaktır<sup>64</sup>.

Karar belirtildiği ve yukarıda da açıklandığı üzere davaların birleştirilmesi zorunluluk olmayıp birleştirilme halinde dahi ayrı ayrı vekalet ücretine hükmedilmesinde bir sakınca bulunmamaktadır. Kararda da açıkça belirtildiği üzere Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nde davanın takibi sırasında karşılık dava açılması, başka bir davanın bu davayla birleştirilmesi veya davaların ayrılması durumunda, her dava için ayrı ücrete hükmolunacağı hüküm altına alınmıştır. Ancak inceleme konusu edilen kararda (söz konusu karardan yola çıkılarak verilen birçok kararda<sup>65</sup>) bu hükme aykırılık bulunmaktadır.

Yukarıda yer alan değerlendirmeler ile seri dava niteliği taşımayan işbu davalarda seri davaya yaklaşan özellikler mevcut olsa da vekalet ücretinin ayrı ayrı hükmedilmemesine ilişkin sınırın aşılmadığı göz önünde bulundurulduğunda gönderilen beyanname ve yapılan itirazın ayrı

63 Bu durumda ikinci davanın derdestlik nedeniyle incelenmeksizin reddine karar verilmesi yönünde görüş için bkz. Candan (n 62) Sorulara Yanıtlar\_ <<https://turgutcandan.com>> Erişim Tarihi 03.01.2021 Aynı yönde Balcı (n 5) <<https://vergialgi.net>> Erişim Tarihi 22.01.2021.

64 Bkz. Balcı (n 5) <<https://vergialgi.net>> Erişim Tarihi 22.01.2021. Krş. Babacan (n 1) Seri Davalar 9.

65 Bu yönde kararlar için bkz. Balcı (n 5) <<https://vergialgi.net>> Erişim Tarihi 22.01.2021.

ayrı idari işlem konusu olması sebebiyle ayrı ayrı vekalet ücretine hükmedilmesi gerekirken tek vekalet ücretine hükmedilmesi gerektiği yönünde verilen karar doğru bulunmamıştır<sup>66</sup>.

## SONUÇ

İdari Yargılama Usulü Kanunu ile getirilen seçimlik hak ve idarî işlemlerin fazlalığı sebebiyle kendini vekil ile temsil ettiren taraf lehine ayrı ayrı vekalet ücretine hükmedilmesi inceleme konusu örnek/emsal karar nezdinde işbu incelemenin konusunu oluşturmaktadır. Kararda ve Danıştay 7'nci Dairesi'nin yerleşik uygulamasında belirtilen, vekâlet ücretinin salt usul ekonomisi ilkesi gerekçesi ile kısıtlanması pozitif hukuk düzenlemeleri ile usul hukukunun temel müesseseleri karşısında mümkün değildir. Zira vekâlet ücreti, vekilin vermiş olduğu hizmetin, gösterdiği çaba ve emeğin karşılığı olup kanun koyucunun tazmin amacını mı cezalandırma amacını mı yoksa sistem icabı mı bu gidere hükmedilmesini zorunlu kıldığına göre bakılması gerekmektedir<sup>67</sup>. Karara konu yargılamada, yüksek yargı organının kanun koyucunun iradesini esas alarak bu üç amaçtan yalnız birini seçtiğini söylemek de mümkün olamamaktadır. İnceleme konusu edilen kararda da üç sebepten de uzaklaşılarak vekalet ücretinin azaltılması yoluna gidilmiştir. Oysa değerlendirme yapılırken idarî/vergi yargılama hukukunda seri dava- bağlantılı dava ayırımının net bir şekilde ortaya konulması bilhassa davaların birleştirilmesi ve bu sebeple vekalet ücretine ilişkin ihtilafların ortadan kaldırılmasına yardımcı olacaktır. Kararda her ne kadar davaların birleştirilmesi kurumu üzerinde durulduysa da Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na yapılan atıf dikkate alınmadan birleşen davalarda tek vekalet ücretine hükmedilmesi gerektiği yönünden karar tesis edilmiştir. Söz konusu aykırılık özellikle farklı idarî işlemlere karşı yapılan farklı idarî başvurulara idarenin tek cevap vererek davacı tarafın hakları kısıtlayıcı yönde hareket etmesinden kaynaklanmaktadır. Buna göre, idarî usulün başından başlamak üzere tercihini her bir idarî işlemi ayrı yoldan idari ve yargısal süreçte takip etme tercihinde bulunan davacının anayasal ve kanunî haklarının ihlâl edilerek hüküm tesis edildiği sonucuna varılmaktadır.

66 Bu yönde kararlar ve farklı görüş içeren karşı oy için bkz Balcı, (n 5) <<https://vergialgi.net>> Erişim Tarihi 22.01.2021.\_

67 Gözde Kazaz, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Yargılama Gideri Olarak Vekalet Ücreti, (Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi 2019) 69.

**KAYNAKÇA**

Akyılmaz B, Sezginer M ve Kaya Cemil, Açıklamalı-İçtihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku (1.Baskı, Savaş 2019)

Arslan R, Yılmaz E, Taşpınar Ayvaz S ve Hanağası E, Medenî Usul Hukuku, (4. Baskı, Yetkin 2018)

Aslan M, “İdari Yargıda Usul Ekonomisi, Bağlantı, Doğal Hâkim İlkesi Çekişmesi”, (2011) 362 (10) Vergi Dünyası, 116-127

Aslan Z, Açıklamalı ve İçtihatlı İdari Yargılama Usulü Kanunu (1.Baskı, Seçkin 2019)

Ayaz G, “Vergi Yargılama Hukukunda Bağlantılı Davaların Birleştirilmesi” (1998) 12 (72) (Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi) <[www.lebibyalkin.com.tr](http://www.lebibyalkin.com.tr)> Erişim Tarihi 10.12.2021.

Babacan T, Medeni Yargılama Hukukunda Seri Davalar, (Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, 2019), (Seri Davalar).

Babacan T, “Seri Nitelikte Açılan Davalar Sonucunda Verilen Hükümlerin Birbirine Etkisi” (2018) 13 (141) Terazi Hukuk Dergisi, 14-30, (Seri Nitelikte Açılan Davalar).

Bağlı Tahiroğlu Y, Hukuk Yargılamasında Vekâlet Ücreti, (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi 2019).

Bal Y, Karabulut M ve Şahin Y, İdari Yargılama Usulü İle İlgili Danıştay 10. Dairesinin Seçilmiş Kararları (1.Baskı, Seçkin 2003).

Balcı M, “Vergi Yargısında Birleştirme Kararı ve Yaşanan Hukukî Sorunlar” <<https://vergialgi.net>> Erişim Tarihi 22.01.2021

Candan T, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, (8. Baskı, Yetkin 2020), (İdari Yargılama Usulü).

Candan T, “İdari Yargılama Usulüyle İlgili Sorulara Yanıtlar” <<https://turgutcandan.com>> Erişim Tarihi 03.01.2021, (Sorulara Yanıtlar).

Ermenek İ, “Hakem Yargılamasında Bağlantılı Davalar” (2014) 16 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, 1215-1252.

Erkut C, “İ.Y.U.K. Çerçevesinde İdari Dava Türleri ve Bazı Usuli Değişiklikler” (1985) 51 (1-4) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 221-235.

Gözübüyük A.Ş ve Dinçer G, İdari Yargılama Usulü (2. Baskı, Turhan 2001)

- Gözübüyük A.Ş ve Tan T, İdare Hukuku Cilt II (9. Bası, Turhan 2017)
- Kalabalık H, İdari Yargılama Usulü Hukuku (14. Baskı, Seçkin 2020)
- Karakoç Y, Genel Vergi Hukuku (7. Baskı, Yetkin, 2014) (Genel Vergi),
- Karakoç Y, Vergi Yargılaması Hukuku (4. Baskı, Yetkin, 2017), (Vergi Yargılaması).
- Karavelioğlu C, Açıklamalı, İçtihatlı ve İstinaf Kurumuyla İdari Yargılama Usulü Kanunu, (9. Basım, Adalet 2018).
- Kazaz G, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Yargılama Gideri Olarak Vekalet Ücreti, (Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi 2019)
- Kuru B, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, (1. Baskı, Legal 2016)
- Oral H, “Vergi Mahkemelerinde “Vekalet Ücreti” Özelinde Yaşanan Bazı Tartışmalı Uygulamalar” (2011) 3 Ankara Barosu Dergisi, 160-193
- Pekcanitez H, Özkes M, Akkan M ve Taş Korkmaz H, Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku C. III (15. Bası, On İki Levha 2017)
- Rüzgaresen C, Medeni Muhakeme Hukukunda Usul Ekonomisi İlkesi (1. Baskı Yetkin 2013)
- Sancakdar O, “İdari Yargıda “Tek Dilekçe İle Dava Açma” (Karşılaştırmalı Hukukî Analiz)” (2007) 9 (2) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 223-269.
- Taşkan Y.Z, “Vergi Yargısında Bağlantılı Davalar ve Davaların Birleştirilmesi” (1998) 68 <[www.yaklasim.com](http://www.yaklasim.com)> Erişim Tarihi 1.10.2021.
- Tan T, İdare Hukuku, (5. Bası, Turhan 2016).
- Tekin C, “Vergi Yargısında Bağlantılı Davalar ve Birleştirilmesi” (2003) 180 Vergi Sorunları, 41-49.
- Türkoğlu Üstün K, İdari Yargılama Usulüne Hâkim Olan İlkeler, (1.Baskı Seçkin 2019).
- Üstün G, 2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununda Bağlantılı Davalar ve Aynı Dilekçeyle Dava Açılabilecek Haller, (1. Baskı, On İki Levha 2018)
- Ulusoy A, “İdari Yargıda Bağlantılı Davalar” (15) 1 İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, 185-195.
- Ulusoy A, İdari Yargılama Hukuku (2. Baskı, Yetkin 2020).



Yakar S, “Bir Usul Ekonomisi Kolaylığı: Vergi Yargısında Tek Dilekçe İle Dava Açma” (2012) 162 Maliye Dergisi, 448-466.

Yasin M, “İdari Yargıda Bağlantılı Davalar” <e-akademi.org> (2007) 60 (2), Erişim Tarihi: 12.11.2021.

Yıldırım T, Yasin M, Kaman N, Özdemir H, Üstün G ve Okay Tekinsoy Ö, İdare Hukuku, (6. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2017).

Yılmaz E, “Usul Ekonomisi” (2008) 57 (1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 243-274.

Yenice K ve Esin Y, Açıklamalı İçtihatlı Notlu İdari Yargılama Usulü, (1.Baskı 1983).



NKÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, 2022(1), 167-192

DOI 10.51562/nkuhukuk.2022317

<https://dergipark.org.tr/tr/pub/nkuhukuk>

Başvuru:08.05.2022

Kabul:30.05.2022

## NKÜ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

### FİKRİ VE SINAİ HAKLARIN TİCARİ İŞLEMLERDE TAŞINIR REHİNİ KANUNU UYARINCA REHNEDİLMESİ

*Araş. Gör. Rumeysa Betül YILDIRIM\**

#### ÖZ

Fikri ve sınai haklar, ekonomik ve sosyal hayatta büyük önem taşırlar ve taşıdıkları önem her geçen gün artar. Ancak fikri ve sınai hakların bu önemi, özellikle finans sektörü tarafından fark edilmemiştir. Bunun sonucunda fikri ve sınai haklardan bir güvence olarak yararlanılmadığı görülür. 6750 sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu sayesinde fikri ve sınai hakların rehnedilmesinin daha geniş uygulama alanı bulacağı düşünülür. Bu kapsamda fikri ve sınai hakların rehnedilebilirliğinin, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu uyarınca rehnedilmesinin mümkün olup olmadığının ve bu rehmin doğuracağı sonuçların incelenmesi gerekir.

**Anahtar Kelimeler:** Fikri Ve Sınai Haklar, Rehin, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu, Temerrüt Sonrası Haklar

\* Araş Gör, Hacettepe Üniversitesi - Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk ABD, rumeysa-yildirim@hacettepe.edu.tr, ORCID 0000- 0003-0757-5661



## PLEDGE ON INTELLECTUAL AND INDUSTRIAL RIGHTS ACCORDING TO THE PLEDGE OF MOVABLE IN COMMERCIAL TRANSACTIONS ACT

*Res. Asst. Rümeysa Betül YILDIRIM \*\**

### ABSTRACT

Intellectual and industrial rights are of great importance in economic and social life and their importance is increasing day by day. This importance of intellectual and industrial rights is not particularly noticed by the financial sector. As a result, intellectual and industrial rights are not used as a guarantee. With the Pledge of Movable in Commercial Transactions Act numbered 6750, it is thought that the pledge of intellectual and industrial rights will find a wider application area. In this context, it is necessary to examine whether the pledgeability of intellectual and industrial rights is possible in accordance with the Act on Pledge of Movable in Commercial Transactions and the consequences of this pledge.

**Keywords:** Intellectual and Industrial Rights, Pledge, Pledge of Movable in Commercial Transactions Law, Post-Default Rights

---

\*\* Res. Asst., Hacettepe University - Faculty of Law, Civil Law Dept., rumeysa-yildirim@hacettepe.edu.tr, ORCID 0000-0003-0757-5661

### **Extended Summary**

Intellectual and industrial rights are of great importance in economic and social life and their importance is increasing day by day. This importance of intellectual and industrial rights is not particularly noticed by the financial sector. As a result, intellectual and industrial rights are not used as a guarantee. With the Pledge of Movable in Commercial Transactions Act numbered 6750, it is thought that the pledge of intellectual and industrial rights will find a wider application area. In this context, it is necessary to examine whether the pledgeability of intellectual and industrial rights is possible in accordance with the Act on Pledge of Movable in Commercial Transactions and the consequences of this pledge.

Intellectual and industrial rights are of great importance in economic and social life and their importance is increasing day by day. This importance of intellectual and industrial rights is not particularly noticed by the financial sector. As a result, intellectual and industrial rights are not used as a guarantee. With the Pledge of Movable in Commercial Transactions Act numbered 6750, it is thought that the pledge of intellectual and industrial rights will find a wider application area. In this context, it is necessary to examine whether the pledgeability of intellectual and industrial rights is possible in accordance with the Act on Pledge of Movable in Commercial Transactions and the consequences of this pledge.

Intellectual and industrial rights are of great importance in economic and social life and their importance is increasing day by day. This importance of intellectual and industrial rights is not particularly noticed by the financial sector. As a result, intellectual and industrial rights are not used as a guarantee. With the Pledge of Movable in Commercial Transactions Act numbered 6750, it is thought that the pledge of intellectual and industrial rights will find a wider application area. In this context, it is necessary to examine whether the pledgeability of intellectual and industrial rights is possible in accordance with the Act on Pledge of Movable in Commercial Transactions and the consequences of this pledge.

Intellectual and industrial rights are of great importance in economic and social life and their importance is increasing day by day. This importance of intellectual and industrial rights is not particularly noticed by the financial sector. As a result, intellectual and industrial rights are not used as a guarantee. With the Pledge of Movable in Commercial Transactions Act numbered 6750, it is thought that the pledge of intellectual and industrial rights will find a wider application area. In this context, it is necessary to examine whether the pledgeability

of intellectual and industrial rights is possible in accordance with the Act on Pledge of Movable in Commercial Transactions and the consequences of this pledge.

Intellectual and industrial rights are of great importance in economic and social life and their importance is increasing day by day. This importance of intellectual and industrial rights is not particularly noticed by the financial sector. As a result, intellectual and industrial rights are not used as a guarantee. With the Pledge of Movable in Commercial Transactions Act numbered 6750, it is thought that the pledge of intellectual and industrial rights will find a wider application area. In this context, it is necessary to examine whether the pledgeability of intellectual and industrial rights is possible in accordance with the Act on Pledge of Movable in Commercial Transactions and the consequences of this pledge.

## GİRİŞ

6750 sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu<sup>2</sup> (TİTRK), rehin konusunda birçok yenilik getirmiştir. Bu yeniliklerden birini rehin konusu olabilecek taşınır eşya ve hakların sayısını artırması oluşturur. Fikri ve sınai haklar da münferit olarak ticari işlemlerde taşınır rehnine konu olabilecek taşınırlar arasında yer almıştır. Ekonomik bir varlığa sahip olan fikri ve sınai haklar, birçok ticari işletmenin faaliyetini devam ettirebilmesi için önemlidir. Bu sebeple bu hakların rehnedilebilmesi rehinli alacaklının alacağını tatmin etmesini kolaylaştırır.

Sağladığı bu imkanlara rağmen uygulamada bir alacağı güvenceye almak amacıyla fikri ve sınai haklara çok nadir başvurulduğu görülür. TİTRK ile bu hakların rehninin yaygınlaşacağını ummaktayız. Bu amaçla fikri ve sınai hakların TİTRK kapsamında rehninin mümkün olup olmadığı, rehnedilme usulü ve temerrüt sonrası haklar incelenecektir.

Çalışmanın konusunu oluşturan fikri ve sınai haklar oldukça geniş kapsamlı bir içeriğe sahiptirler. Ne yazık ki bütün fikri ve sınai hakların incelenmesi çalışma kapsamında mümkün değildir. Bu nedenle çalışmada Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ve Sınai Mülkiyet Kanunu'ndaki haklar esas alınarak inceleme yapılacaktır.

Çalışmanın ilk bölümünde genel olarak TİTRK'ten ve getirdiği yeniliklerden bahsedilecektir.

İkinci bölümde, fikri ve sınai haklardan genel olarak bahsedilerek fikri ve sınai hakların rehnedilmesi incelenecektir. Bu kapsamda fikri ve sınai hakların rehnedilmesinin mümkün olup olmadığı sorusuna cevap arandıktan sonra özel kanunları uyarınca nasıl rehnedildiklerinden bahsedilecektir.

Üçüncü bölümde, fikri ve sınai hakların TİTRK uyarınca rehnedilmesi hususu irdelenecektir. Bu hakların "TİTRK uyarınca rehnedilmesinin önünde bir engel var mıdır" sorusu cevaplanarak ticari işlemlerde taşınır rehnine konu olmaları durumunda rehin kurulması sürecinin nasıl işleyeceği açıklanmaya çalışılacaktır.

Dördüncü bölümde ise fikri ve sınai hakların rehnedilmesinin ardından rehinli alacaklının sahip olduğu temerrüt sonrası haklardan özellikle lisanslama ve kiralama hakkı incelenecektir.

---

<sup>2</sup> RG. 28.10.2016, S. 29871

## I. TİCARİ İŞLEMLERDE TAŞINIR REHİNİ KANUNU

6750 sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu 01.01.2017 tarihinde 1447 sayılı Ticari İşletme Rehni Kanunu'nu ilga ederek yürürlüğe girmiştir. TİTRK, bazı şartların sağlanması durumunda 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun<sup>3</sup> 949 vd. düzenlenen teslimli taşınır rehni hükümlerine bir istisna getirerek teslimsiz taşınır rehnine uygulama imkânı tanımıştır. TİTRK, teslimsiz taşınır rehninin uygulamasını artırmak ve finansmana erişimi kolaylaştırmak için alternatif yollar sunmayı amaçlar (TİTRK m. 1/1).

Aralarında ticari işlemlerde taşınır rehni tesis edebilecek kişiler sınırlandırılmıştır. TİTRK m. 3, rehin sözleşmesi taraflardan birinin kredi kuruluşu olduğu durumlarda karşı tarafın tacir, esnaf, çiftçi, üretici örgütü, serbest meslek erbabı gerçek veya tüzel kişi olacağını düzenler. Aynı zamanda tacir ve esnafın kendi aralarında rehin sözleşmesi yapabilmesine imkân tanınır.

Rehin hakkının temelinde yatan bir asıl borç ilişkisi vardır ve taraflar bu asıl borç ilişkisinde doğmuş olan bir alacağı güvence altına almak amacıyla rehin sözleşmesi yapar. TİTRK, rehin sözleşmesinin taraflarının asıl ilişkinin tarafları olması zorunlu tutmaz. Asıl ilişki açısından bir üçüncü kişinin rehin borçlusu olarak rehin sözleşmesine taraf olması mümkündür.

Rehin sözleşmesi yapılması rehin hakkının kurulması için yeterli değildir, tarafların rehin sözleşmesini tescil ettirmeleri ile hak tesis edilir (TİTRK m. 4/1). TİTRK'in TMK'da düzenlenen teslimli taşınır rehninden en önemli farklılığı rehin hakkının tescil ile kurulmasıdır. Taşınır rehnine dair genel hükümlerin yer aldığı TMK m. 939, rehin konusu taşınırın rehinli alacaklının zilyetliğine geçirilmesini taşınır rehninin tesis edilmesi için zorunlu kılar. Halbuki TİTRK, taşınmaz ipotegine benzer şekilde rehin hakkının tescil ile doğacağını düzenler.

TİTRK kapsamında oldukça geniş bir taşınır eşya ve hak listesi rehnedilebilir. Ticari işlemlerde taşınır rehnine konu olabilecek taşınırlar için “taşınır varlık” ifadesini kullanılır (TİTRK m. 5/1). Söz konusu ifadenin UNCITRAL Model Law on Secured Transactions'da kullanılan “assets” ifadesinin bir çevirisi olduğu düşünülmektedir. Bununla birlikte kanun koyucu, ticari işlemlerde taşınır rehni konusu olabilecek unsurların tamamının eşya özelliği göstermemesi nedeniyle daha geniş anlamlı bir ifadeye yer vermek isteyebilir. TİTRK m. 5/1 uyarınca hayvan gibi maddi varlığı olan mallardan alacak hakkı gibi haklara, stok malzemelerinden ticaret unvanına kadar oldukça geniş aralıktaki unsurların rehni mümkündür. Dahası TİTRK m. 5/1'de sayılanlar sınırlı sayıda değildir, “p” bendi uyarınca benzeri her türlü taşınır varlık ve hak rehnedilebilir.

<sup>3</sup> RG. 08.11.2001, S. 24607

## II. FİKRİ VE SINAİ HAKLAR VE REHNEDİLMESİ

### A. FİKRİ VE SINAİ HAKLAR

Fikri ve sınai haklar, mutlak haklar arasında yer alır<sup>4</sup>. Mutlak haklar, hak sahibine doğrudan egemenlik sağladıkları gibi bunun bir uzantısı olarak herkese karşı ileri sürülebilir niteliktedir. Hak sahibinin zekasının bir ürünü olarak ortaya çıkan fikri ve sınai haklar, hak sahibi ile arasındaki bu yakın ilişkinin sonucunda bir mutlak hak olarak herkese karşı ileri sürülebilme özelliğini haizdir. Gerçekten de insanın düşünme becerisi ve yaratıcılığının doğrudan sonucu olan fikri hakların, sahibine doğrudan egemenlik hakkı tanınması gerekir. Doğrudan egemenliğin sonucu olarak hak sahibinin hakkını kullanabilmesi ve ondan yararlanabilmesi için kimsenin iznine ihtiyacı olmaz. Dahası hakkının kimse tarafından ihlal edilmemesini isteme imkanını da haizdir.

İnsanın düşünsel becerisinin ve zekasının bir sonucu olarak ortaya çıkan fikri ve sınai haklar somutlaştırılmaya mecburdur. Herkese karşı ileri sürülebilir bir haktan bahsedildiğinde söz konusu hakkın insanın duyuları ile anlayabileceği bir hale getirilmesi ve yalnızca bir düşünce olarak kalmaması önem taşır. Cismi bir varlığı olmayan fikri ve sınai hakların somutlaştırılması gerekir. Ancak somutlaştırılmaları fikri ve sınai haklar ile cisimleştikleri varlıkların bir olduğu anlamına gelmez. Hak ve üzerinde cisimleştiği eşya birbirinden ayrıdır. Bunun sonucunda da fikri ve sınai hakların soyut oldukları söylenebilir<sup>5</sup>. Bir yazar eserini bir kitapta somutlaştırabilir ancak söz konusu kitaba sahip olunması yazarın bu eserden doğan fikri hakkına sahip olduğu anlamına gelmez. Bir kişinin bu kitabı yakarak ortadan kaldırması, yazarın fikri hakkının son bulması sonucunu doğurmaz.

#### 1. Fikir ve Sanat Eserleri

Fikri hakların bir ayağını oluşturan fikir ve sanat eserleri, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu<sup>6</sup> (FSEK) kapsamında korunur. Bir varlığın FSEK kapsamında fikri mülkiyetin konusu yapılabilmesi ve eser niteliğini haiz olabilmesi için sahibinin hususiyetini taşıması ve FSEK'te sınırlı sayıda sayılan eser türleri arasında yer alması gerekir (FSEK m. 1/B-a). Fikir ve sanat eserleri, FSEK'te ilim ve edebiyat eserleri (FSEK m.2), musiki eserleri (FSEK m.3), güzel sanat eserleri (FSEK m.4), sinema eserleri (FSEK m. 5) ve işlemler ve derlemeler (FSEK m. 6) olmak üzere sınırlı sayıda sayılmıştır. Ancak sonradan FSEK'e eklenen ek maddelerle sayıları

<sup>4</sup> Ünal Tekinalp, Fikri Mülkiyet Hukuku, (5th edn, Vedat Kitapçılık 2012) 7; Şafak Erel, Türk Fikir ve Sanat Hukuku, (3rd edn, Yetkin Yayınevi, 2009), 24; Özlem Tüzüner, Marka Rehni Sözleşmesi ve Uygulanacak Hukuk, (1st edn, Vedat Kitapçılık, 2007), 6; Doruk Utku, Sınai Mülkiyet Rehni (1st edn, Yetkin Yayınları, 2009), 80

<sup>5</sup> Tekinalp, (n 4) 6

<sup>6</sup> RG. 13.12.1951, S.7981



artırılmıştır. Ek Madde 8 ile veri tabanları FSEK korumasına eklendiği gibi FSEK m. 2’de 1995 yılında yapılan değişiklik ile de bilgisayar programlarının korunmaya başlanmıştır.

Bir kişinin fikir ve sanat eserleri üzerinde hak sahibi olması için hak sahibi kendi zekâsı ve yeteneği ile ilgili eseri üretmelidir. Ancak eseri yaratan kişi, eser sahibi olabilir (FSEK m. 1/B-b). Hak sahibi olabilmek için bu şartı sağlamak yeterlidir. Eser sahipliği, eserin yaratılması ile doğar; eserin sicile kaydedilmesine gerek yoktur.

## 2. Sınai Haklar

Sınai haklar, FSEK dışında kalan fikri hakları konu edinir. Marka, coğrafi işaretler, tasarım, patent, faydalı model, endüstriyel tasarım 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu<sup>7</sup> (SMK) kapsamında korunurken entegre devre topografyaları, bitki çeşitleri üzerindeki ıslahçı haklar ve internet alan adı kendi özel kanunları kapsamında korunur. Fikir ve sanat eserleri üzerindeki haklardan farklı olarak, sınai mülkiyet haklarının sicile tescil edilmeleri, SMK’nın sağladığı korumadan yararlanmak için zorunludur. Örneğin sınai haklar arasında sayılan ve belki de uygulamada en geniş yer bulan haklardan olan marka hakkı, SMK m. 7 uyarınca marka korumasını tescil yoluyla elde eder. Tescil edilmemiş markalar ise SMK kapsamında marka korumasından yararlanamaz. Tescilsiz markalar sahibine ancak 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) m. 54 vd. hükümleri uyarınca genel korumadan yararlanma imkânı sağlar. Aynı şekilde tasarımlara ilişkin SMK 55/4 de tasarımın tescil edilmesini kural olarak benimser. Fakat sınai mülkiyete konu hakların tescil edilme zorunluluklarının istisnaları mevcuttur. SMK m. 6/4 uyarınca tanınmış marka olarak belirtilen markaların tescil edilmesi gerekmez. SMK m. 55/4 uyarınca ilk kez Türkiye’de kamuya sunulan tasarımların da tescil edilmesine gerek yoktur.

### B. FİKRİ VE SINAI HAKLARIN REHNEDİLMESİ

#### 1. Fikir ve Sanat Eserlerinin Rehnedilmesi

Fikir ve sanat eserlerinden kaynaklanan mali ve manevi haklar vardır. Eser sahibinin sahip olduğu bu hakların tamamı FSEK kapsamında korunur (FSEK m. 1/A, m. 13/1). İşleme hakkı (FSEK m. 21), çoğaltma hakkı (FSEK m. 22), yayma hakkı (FSEK m. 23), temsil hakkı (FSEK m. 24) ve umuma iletim hakkı (FSEK m. 25) FSEK’te sınırlı sayıda sayılan<sup>8</sup> mali haklardır. Mali haklar, yapıları itibariyle başkalarına devredilebilirler. Bu hakların devri, lisans vermek suretiyle gerçekleşir (FSEK m. 48). Ancak mali hakların aksine manevi haklar kural olarak devredilemez

<sup>7</sup> RG. 10.01.2017, S. 29944

<sup>8</sup> Halil Arslanlı, Fikri Hukuk Dersleri II Fikir ve Sanat Eserleri, (Sulhi Garan Matbaası 1954), s. 93

niteliktedir<sup>9</sup>. Devredilebilir nitelikteki mali haklar rehin konusu olmaya da elverişlidir. Gerçekten de rehin hukukunda rehin konusu olan hakların devredilebilir olmaları aranmaktadır. Devredilemez nitelikteki hakların rehnedilmeleri mümkün değildir. Bu nedenle fikir ve sanat eserleri üzerindeki haklardan mali haklar bu özelliğe sahip olduğu için yalnızca mali haklar rehni konusu olabilir<sup>10</sup>. Ancak mali haklar ve manevi haklar arasında keskin bir çizgi çekilmez. Bir kişi mali hakları devraldığı anda bu hakları kullanması için gerekli olan manevi hakları da devralmalıdır. Bu durumda söz konusu manevi haklar rehni bizzat konusunu oluşturmasa da rehin hakkı kapsamında yer alır<sup>11</sup>.

Mali haklar yalnızca devredilebilir oldukları için değil aynı zamanda parasal değerleri olduğu için de rehne konu olabilir. Rehin hakkının en temel unsuru hak sahibine, rehin konusu malı paraya çevirerek bedelinden alacağını tatmin imkânı sağlamasıdır. Mali haklar da eser sahibine veya devredilmesi durumunda hak sahibine, eserden ekonomik olarak yararlanma imkânı sağlar. Dolayısıyla mali haklar hem devredilebilir nitelikleri hem de parasal değerleri olması sebebiyle rehin konusu olmaya uygundur.

Mali haklar üzerinde rehin hakkı kurmaya yetkili tek kişi eser sahibi değildir. Eser sahibi alenileşmiş bir eserin mali haklarını bir başkasına devrettiyse bu kişi de kendisine devredilen mali haklar üzerinde rehin hakkı kurabilir<sup>12</sup>.

Üzerinde rehin hakkı tesis edilen, mali ve manevi hakları birlikte bünyesinde bulunduran eser sahipliği değildir. Eser sahipliği rehnedilemez<sup>13</sup>. Eser sahipliğinin devredilmesi halinde eser ve eser sahibi arasındaki ilişkinin tamamen kesilmesi gerekmektedir ki bu, eserle sahibi arasındaki şahsi ilişkinin yapısı itibarıyla mümkün değildir. Bu sebeple eser sahipliğinde devredilemezlik ve bunun sonucunda rehnedilemezlik ilkesi geçerlidir.<sup>14</sup> Bir bütün halinde eser sahipliğini sona erdirecek devirler mümkün değildir.

FSEK m. 61’de rehni caiz olmayan eserler sayılırken FSEK m. 62’de rehni caiz olanlar sayılır. Bir eserin rehni caiz olması için öncelikle alenileşmiş olması gerekir (FSEK m. 20/1). Alenileşmemiş bir eserden yararlanma hakkı yalnızca eser sahibine aittir, eser sahibinin kişisel

<sup>9</sup> Şirin Aydınçık, *Fikri Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri*, (1st edn, Arıkan Yayınları, 2006), 31

<sup>10</sup> Kemal Şenocak ve Zafer Kahraman ve İdil Tuncer Kazancı ve Bahar Öcal Apaydın, *Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni* (1st edn, Yetkin Yayınları, 2019) 65; Aslı Makaracı Başak, *Taşınır Rehni Sözleşmesi* (1st edn, On İki Levha Yayıncılık, 2014) 41; Süleyman Kandemir, *Ticaret Hukuku ve Eşya Hukuku Boyutuyla Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu* (1st edn, Seçkin Yayınları, 2018) 78-79

<sup>11</sup> Ereli, (n 4) 14

<sup>12</sup> Arslanlı, (n 8)198

<sup>13</sup> Tekinalp, (n 4) 170

<sup>14</sup> Aydınçık, (n 9) 26

alanından henüz çıkmamış olan alenileşmemiş eser üzerinde mali haklar henüz doğmamıştır<sup>15</sup>. Mali haklar henüz doğmamış olduğundan eser, alenileşmeden önce rehnedilemez. Yalnızca alenileşmemiş eser üzerindeki muhtemel mali hakları değil, bu eserlerin müsveddeleri veya asılları da rehin konusu oluşturmaz. Ancak alenileşmemiş eser sahibinin veya eser sahibinin mirasçılarının mülkiyetinde bulunan eserin mali hakları bir hukuki işleme konu edilmiş ise bu durumda hukuki işlem sonucunda elde edilen alacaklar üzerinde rehin hakkı kurulması mümkün olur<sup>16</sup>.

FSEK m. 61, alenileşmemiş eserlerin rehninin caiz olmadığını belirtmişse de öğretilerde bu yasağın mutlak bir yasak olmadığı ve alenileşmemiş eserin rehnedilebileceği ifade edilir. Kanun koyucunun bu hükümdeki amacının alenileşmemiş eser sahibini korumak olduğu açıktır. Eser sahibi, alenileşmemiş eser üzerinde rehin hakkı tesis ederek hem kendisine tanınan korumadan feragat etmiş olacak hem de rehin hakkı ile birlikte eseri alenileşmiş sayılacaktır<sup>17</sup>.

Yalnızca alenileşmemiş eserler değil, mali hakları konu alan hukuki işlemlerden doğan para dışındaki alacakların rehnedilmesi de yasaklanmıştır. Yukarıda da bahsedildiği üzere rehin hakkının en temel unsuru rehinli alacaklıya paraya çevirme yetkisi tanımasıyken paraya çevrilemeyecek bir alacağın rehin konusu olması mümkün değildir.

FSEK m. 62 uyarınca rehnedilmesi caiz olan eserler şöyle sayılmıştır: “alenileşmiş bir eserin müsveddesi ve aslı, yayımlanmış bir eserin çoğaltılmış nüshaları, eser sahibinin korunmaya layık olan manevi menfaatlerini ihlal etmemek şartıyla alenileşmiş bir eser üzerindeki mali haklar, eser sahibinin mali haklara dair hukuki muamelelerden doğan para alacakları”. Eser alenileşmekle birlikte rehnedilebilir olur. Eser sahibi alenileşmiş bir eser üzerinde oldukça geniş bir tasarruf imkanına sahip olsa dahi manevi haklar eser sahibinin kişiliği ile yakın ilişkili olduğu için korunur. Eser sahibinin kişiliğini korumak adına, alenileşmiş bir eser üzerindeki mali haklar, eser sahibinin manevi haklarına zarar veriyorsa rehnedilemez<sup>18</sup>.

---

<sup>15</sup> Arslanlı, (n 8) 93

<sup>16</sup> Tekinalp, (n 4) 243; Bayezit, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Kapsamında Rehin Sözleşmesi ve Hükümleri (1st edn, On İki Levha Yayıncılık, 2019) 319. Alenileşmemiş sinema eserleri üzerindeki mali hakların rehnedilmesi mümkündür (FSEK m. 61/b.2). Sinema eserlerinin yapımı süresince geniş bir çevrenin bilgisinin olması ve alenileşmemiş olsa dahi eser sahibine ait ticari bir meta olması, alenileşmeden önce rehnedilebilmelerinin nedeni olarak gösterilir. Bkz. Arslanlı, (n 4) 202; Nuşin Ayiter, Eşya Hukuku (Kısa Ders Kitabı) (3rd edn, Savaş Yayınları, 1987) 224

<sup>17</sup> Arslanlı, (n 8) 197; Erel, (n 4) 323

<sup>18</sup> Arslanlı, (n 8) 200

FSEK'e dayanılarak bir rehin tesis edildiğinde rehnedilen malın özelliğine göre TMK'nın teslimli taşınır rehni hükümleri veya hak ve alacak hakkı rehni hükümlerine göre rehin hakkı kazanılmaktadır<sup>19</sup>.

FSEK'te fikir ve sanat eserlerinin rehnedilmesi özel olarak düzenlenir. FSEK m. 62/3 uyarınca fikir ve sanat eserlerinin rehnedilmesi için rehin sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması ve rehin olarak verilen unsurların ayrı ayrı gösterilmeleri gerekir. Bu iki şart karşımıza geçerlilik şartı olarak çıkar<sup>20</sup>.

## 2. Sınai Mülkiyet Hakların Rehnedilmesi

Sınai mülkiyet hakları devredilebilir, miras yoluyla intikal edebilir ve rehnedilebilir (SMK m. 148/1). Rehin sözleşmesinin aynı FSEK'te olduğu gibi yazılı şekilde yapılması gerekir (SMK m. 148/4). Rehin hakkının kurulması için sözleşmenin yapılmış olması yeterlidir, ayrıca sicile tescil edilmesi gerekmez. Tescil ve bültende yayımlanması rehin hakkının iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesine hizmet eder (SMK m. 148/5).

SMK kapsamında hangi sınai mülkiyet haklarının rehnedilebileceği konusunda bir sınırlamaya gidilmiştir. SMK m. 148/1 son cümle uyarınca coğrafi işaretlerin ve geleneksel ürün adının rehnedilmesine izin verilmez<sup>21</sup>. Geleneksel ürün adı zaten SMK m. 1/1'de sayılan sınai mülkiyet hakları arasında yer almaz. Öğretide bir görüş geleneksel ürün adının sınai mülkiyet hakları arasında sayılmadığı için SMK kapsamında rehnedilmesinin beklenemeyeceğini ifade eder<sup>22</sup>. Kanımızca SMK m. 1/1'de sayılan hakların sınırlı sayıda olmamaları dolayısıyla geleneksel ürün adının sınai mülkiyet hakkı olmadığı yönündeki değerlendirmenin doğru değildir. SMK m. 1/1'de sayılmamanın bir rehnedilememe sebebi olarak değerlendirilmesi durumunda coğrafi işaretlerin rehnedilememesi anlamsız olur. Gerçekten de coğrafi işaretler SMK m. 1/1'de sayılan sınai mülkiyet hakları arasında yer alır. Dolayısıyla sınai mülkiyet hakları arasında sayılmadığı için rehnedilememe argümanı coğrafi işaretler için geçerli değildir.

<sup>19</sup> Tekinalp, (n 4) 246; Bahar Öcal Apaydın, 'Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Uyarınca Teminat Yükünün Kapsamı Bakımından Öncelik Arz Eden Haller' (2018) 13 (169-170) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 111

<sup>20</sup> Tekinalp, (n 4) 246; Öcal Apaydın, (n 19) 76; Şenocak ve Kahraman ve Tuncer Kazancı ve Öcal Apaydın, (n 10) 76

<sup>21</sup> Belirtmek gerekir ki SMK m. 148/1'deki ifade rehnedilemezler değildir. SMK m. 148/1 "Coğrafi işaretler ve geleneksel ürün adı hakkı; lisans, devir, intikal, haciz ve benzeri hukuki işlemlere konu olamaz ve teminat olarak gösterilemez" demektedir. Her ne kadar açıkça rehnedilemeyeceği denilirse de devredilmesi ve haczedilmesi yasak olan bir varlığın rehnedilmesi de mümkün olmayacaktır. Dahası benzeri hukuki işlemler kapsamında aklımıza ilk gelen hukuki işlemin rehin sözleşmesi olması gerekir. Bu açıklamadan da anlaşılacağı üzere açıkça rehnedilemeyecekleri kanunda ifade edilmemişse ilgili hükmü başka şekilde anlamak mümkün değildir.

<sup>22</sup> Bayezit, (n 16) 320

Geleneksel ürün adı ve coğrafi işaretler dışındaki marka<sup>23</sup>, patent, faydalı model ve endüstriyel tasarımlar ile özel kanunlarda düzenlenen ve sınai mülkiyet hakkı sayılan diğer hakların rehnedilmesi mümkündür.

SMK, yalnızca yukarıda bahsedilen unsurların rehnedilmesinin mümkün olduğunu belirtmekle yetinip FSEK'in aksine nasıl rehnedileceklerini ve rehnin hükümlerini detaylı bir şekilde düzenlememiştir. Bu sebeple TMK m. 954 ve devamındaki alacaklar ve diğer hakların rehnedilmesine ilişkin genel hükümler uygulama alanı bulur<sup>24</sup>.

### III. FİKRİ VE SINAI MÜLKİYETE KONU HAKLARIN TİCARİ İŞLEMLERDE TAŞINIR REHNİ KANUNU UYARINCA REHNEDİLMESİ

#### A. FİKRİ VE SINAI MÜLKİYET KONU HAKLARIN TİCARİ İŞLEMLERDE TAŞINIR REHNİ KANUNU UYARINCA REHNEDİLEBİLİRLİĞİ

TİTRK m. 5/1-c uyarınca fikri ve sınai hakların TİTRK kapsamında rehnedilebileceği düzenlenir. Her ne kadar bu hakların tek başına veya TİTRK m. 5/2 uyarınca ticari işletme rehinde ticari işletmeye özgülenmeleri durumunda ticari işletmenin bir parçası olarak rehnedilebilecekleri düzenlenmiş olsa da TİTRK m. 8/3 nedeniyle fikri ve sınai hakların gerçekten rehnedilip rehnedilemeyeceklerinin incelenmesi gerekir. TİTRK m. 8/3 “Diğer kanunlar uyarınca bir sicile tescili zorunlu olan taşınır rehinlerine ilişkin hükümler saklıdır. Bu taşınır varlıklar üzerinde bu Kanun kapsamında Sicile tescil edilmek suretiyle rehin tesis edilmez” diyerek kendi sicili olan fikri ve sınai hakların TİTRK uyarınca rehnedilip rehnedilemeyeceği hususunda bir tartışma yapmayı gerekli kılar.

TİTRK m. 8/3'ün nasıl anlaşılması gerektiği hususunda farklı görüşler ortaya koyulmuştur. Maddenin ifadesinden rehin hakkının kurulması için kendi siciline tescil edilmesi gereken taşınırların mı ifade etmek istendiği yoksa ancak kendi siciline tescil edilmekle üzerinde rehin hakkı kurulabilen ve başka bir sicile tescil yoluyla üzerinde rehin hakkı kurulamayan taşınırların mı kastedildiği açık değildir<sup>25</sup>. TİTRK m. 8/3'ün kendi sicili olan ve bu sicile tescille üzerinde

<sup>23</sup> Tescilsiz markanın rehnedilmesi öğretide tartışmalıdır. Tescilsiz markanın iktisadi değerlerinin olması ve devredilebilir nitelikte olması nedeniyle rehinin mümkün olduğu yönünde bkz. Makaracı Başak (n 10) 63. Türk hukukunda kabul gören dar mülkiyet anlayışının bir sonucu olarak tescilsiz markanın rehnedilemeyeceği yönünde bkz. Utku, (n 4) 96 vd

<sup>24</sup> Şenocak ve Kahraman ve Tuncer Kazancı ve Öcal Apaydın, (n 10) 77; Gökhan Antalya ve Faruk Acar, “Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni” (3rd edn, Aristo Yayınları, 2020) 108

<sup>25</sup> Şenocak ve Kahraman, Tuncer Kazancı ve Öcal Apaydın, (n 10) 25

teslimsiz taşınır rehni kurulması mümkün olan varlıklar üzerinde Kanun uyarınca rehin kurulamayacağı şeklinde anlaşılması gerektiğini savunan bir görüş bulunur<sup>26</sup>. Bu görüşe göre fikri ve sınai haklardan bazılarının TİTRK kapsamında rehnedilmesi mümkün değildir. Göle/Aydoğan, başka bir sicile kaydı öngörülmemiş olan taşınır varlıkların ticari işlemlerde taşınır rehnine konu olabileceğini savunur<sup>27</sup>. Bu görüş kapsamında marka hakkının özel sicile tescili öngörüldüğü için rehnedilmesi mümkün olmazken telif hakkının rehnedilmesi mümkündür. Öğretide, ancak kendi siciline tescille üzerinde rehin hakkı kurulabilecek taşınırların TİTRK m. 8/3 kapsamında rehnedilmesinin yasaklandığını savunan bir başka görüş de vardır<sup>28</sup>. Son görüş siciller arasında veri paylaşımını düzenleyen TİTRK m. 8/4'ün TİTRK m. 8/3'ün anlaşılmasına yardım edeceğini düşünür.

TİTRK m. 8/3 ve m. 8/4 birlikte değerlendirildiğinde kendi sicili olan taşınırların TİTRK kapsamında rehnedilmesinde bir engel bulunmadığı açıkça görülür. Rehinli Taşınır Sicili Yönetmeliği (Sicil Yönetmeliği) m. 13/3 “telif hakkı, marka, patent, faydalı model, endüstriyel tasarım, entegre devre topografyası ile yeni bitki çeşitleri üzerindeki ıslahçı hakları üzerinde Kanun uyarınca rehin kurulması halinde, rehin hakkı sicil birimi tarafından bu taşınır varlıkların kayıtlı olduğu ilgili sicile bildirilir” diyerek fikri ve sınai haklar ile ilgili daha detaylı bir düzenleme getirir. TİTRK hükümlerince rehnedilip TARES’e tescil edildikten sonra rehne konu varlığın kendi siciline yapılan tescil bildirici niteliktedir. Zaten iki tescilin birden kurucu nitelikte olması beklenemez. Bunun yanı sıra Ticari İşlemlerde Rehin Hakkının Kurulması ve Temerrüt Sonrası Hakların Kullanılması Hakkında Yönetmelik (Temerrüt Yönetmeliği) m. 2/2’de ticari işlemlerde taşınır rehni kapsamında yer almayan varlıkların sayılır ve fikri ve sınai haklar bunlar arasında yer almaz. Tescil ile amaçlanan ve taşınır varlığın kendi siciline tescil ettirmesi ile sağladığı alenilik, aleni bir sicil olan TARES’e tescil ile de sağlanır. Amaç üçüncü kişilerin iyiniyet iddialarını bertaraf etmek ise<sup>29</sup> TİTRK m. 8/4 uyarınca taşınır varlığın kendi siciline yapılacak olan tescil ile yalnızca kendi siciline tescil edilmesi ile doğan bütün faydalardan yararlanabilir. Üstelik iki farklı sicile tescil edildiği için üçüncü kişinin söz konusu taşınır varlık ile ilgili kayıtları öğrenmesi ihtimali de artar. Bu durumda fikri ve sınai hakların TİTRK kapsamında rehnedilmekten kural olarak yasaklı olmadıklarını söylemekte bir beis yoktur.

<sup>26</sup> Başak Şit İmamoğlu, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Üzerine Bir İnceleme, (1st edn, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayınları, 2017) 25

<sup>27</sup> Celal Göle ve Gökhan Aydoğan, “Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu”nun Ticaret Hukuku Açısından Değerlendirilmesi’ (2017) 33 (1) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 22, 28-29

<sup>28</sup> Şenocak, Kahraman, Tuncer, Kazancı ve Öcal Apaydın, (n 10) 25, 32 vd.; Şafak Narbay ve M. Enes Yıldız, ‘Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Çerçevesinde Ticari İşletme Rehninde “Rehinli Taşınır Sicili”nin Diğer Sicillerle İlişkisi üzerine Değerlendirme’ (2018) 34 (4) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 52; Öcal Apaydın, (n 19) 111

<sup>29</sup> Antalya ve Acar, (n 24) 109

TİTRK'in amacı göz önünde bulundurulduğunda TMK m. 8/3'ün yorumlanmasında daraltıcı yorum yapılması fayda sağlamaz<sup>30</sup>. Fikri ve sınai haklar TİTRK uyarınca rehnedildiklerinde bu durum kendi sicillerine bildirilir. Eğer kendi sicillerinde önceki tarihli bir rehin hakkı bulunuyorsa o halde TİTRK uyarınca kurulan sonraki rehin bir sonraki sırada yerini alır<sup>31</sup>. İlgili sicile bildirim yapılması, üçüncü kişilerin bir hak üzerindeki rehinleri öğrenmek için birden fazla sicile bakması şeklinde uygulanması beklenemez bir durumu ortadan kaldıracağı gibi rehlin paraya çevrilmesinin talep edilmesi halinde sıra cetvelinin oluşturulmasına ve alacaklılar arasında bir sıra ilişkisi kurulmasına hizmet eder<sup>32</sup>.

Her ne kadar fikri ve sınai hakların kendi rehinleri olması TİTRK kapsamında rehnedilmelerine bir engel teşkil etmese de özel olarak hangi hakların rehnedilebileceğini incelenmesi gerekir. İlgili kanunlarda farklı düzenledikleri için bu hakların tamamını aynı değerlendirmek ve hepsinin TİTRK kapsamında rehnedilebileceklerini söylemek mümkün değildir.

FSEK açısından tescil zorunluluğu incelenmeye başlandığında her ne kadar fikir ve sanat eserlerinin kendi sicilleri olsa da bu eserler üzerinde rehin hakkı kurmanın tescile bağlanmadığını görülür. FSEK yalnızca yazılı rehin sözleşmesinden bahseder ve aynı hak açısından kurucu nitelikli bir tescil öngörmez. Bunun ötesinde FSEK m. 13/3, "hak ihdas etme amacı taşımaksızın, sahip oldukları hakların ihlal edilmemesi, hak sahiplerinin belirlenmesinde ispat kolaylığı sağlanması ve mali haklara ilişkin yararlanma yetkilerinin takip edilmesi maksadıyla" tescilde bulunulabileceğini düzenleyerek tescilin kurucu nitelikte olmasının aksine bildirici olduğunu düzenlemiştir. Görüldüğü üzere FSEK'te düzenlenen tescilin kurucu özelliği bulunmamaktadır<sup>33</sup>. Bu durumda üzerlerinde rehin hakkı kurulması yalnızca kendi siciline tescil edilmesine bağlanan eserlerden bahsedilemeyeceği eser üzerinde TİTRK hükümlerince rehin hakkı kurulması mümkündür.

<sup>30</sup> Antalya ve Acar, (n 24) 109

<sup>31</sup> Şenocak, Kahraman, Tuncer Kazancı ve Öcal Apaydın, (n 10) 78

<sup>32</sup> Siciller arasında paylaşım önem verildiğini TİTRK m. 8/4'teki düzenlemenin benzerleri olmasından anlamaktayız. Sınai Mülkiyet Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik m. 127/2, birinci fıkraya uyarınca rehnedildikten sonra sicile tescil edilen ve bültende yayımlanan rehinlerin TİTRK uyarınca kurulan Sicil'e kaydedileceğini düzenlemiştir. Görüldüğü üzere yalnızca TARES'e tescil edilen rehinlerin rehinli taşınırın kendi siciline bildirildiği tek taraflı bir ilişki söz konusu olmamakta, iki taraflı bir ilişki olarak kendi siciline yapılan tesciller de TARES'e bildirilmektedir. Üçüncü kişinin haklarını korumak ve hukuki güvenliği sağlamak açısından en uygunu ilgili varlığın kayıtlı olduğu bütün sicillerde söz konusu varlık üzerindeki bütün aynı hakların görülmesini sağlamaktır (Aynı yönde bkz. Narbay ve Yıldız, (n 28) 53).

<sup>33</sup> Elif Cemre Haziroğlu, 'Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nda Sicilli Taşınır Varlıkların Durumu ve Ticari İşletme Rehninin Bunlar Üzerindeki Etkileri' (2017) 33 (2) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 191

SMK m. 148/5, sınai mülkiyet haklarında tescilin kurucu nitelikte olmadığını, daha çok üçüncü kişilerin iyiniyet iddiaları bertaraf etme amacı güttüğünü gösterir. Bununla birlikte sınai mülkiyet hakları münferit düzenlemelere tabi tutulmuşlardır. Genel hükmün aksinin düzenlendiği özel hükümler olabileceği gerekçesiyle bu konuda bir inceleme yapılması gerekir.

Sınai mülkiyet hakları arasında yer alan marka, tasarım, patent ve faydalı modellerin rehnedilmeleri için herhangi bir tescil şartının öngörülmediği görülür. Bu sayede TİTRK m. 8/3 kapsamına girmeden rehnedilebilirler<sup>34</sup>. Her ne kadar bu hakların rehniyle ilgili genel bir kısıtlama olmasa da garanti markaları ve ortak markaların devredilmesi ya da ortak markalar için lisans verilmesi tescile tabidir (SMK m. 148/7). Rehnedilmelerinin tescille mümkün olacağı açıkça yazmasa da bu hakların devrinin rehnedilmesi ile olan yakın ilişkisi düşünüldüğünde ve amaca uygun yorum yapıldığında söz konusu markaların rehninin de ancak kendi sicillerine tescille mümkün olacağı görülür<sup>35</sup>. Kurucu tescile bağlanan garanti markası ve ortak markaların TİTRK hükümlerince rehnedilemez<sup>36</sup>.

Entegre devre topografyaları ve bitki çeşitleri üzerindeki ıslahçı haklar, sınai mülkiyet hakları olmakla birlikte kendi özel kanunlarında düzenlenir. 5147 sayılı Entegre Devre Topografyalarının Korunması Hakkında Kanun<sup>37</sup> (EDTKHK) m. 17 uyarınca entegre devre topografyalarının rehnedilmesi mümkündür ancak rehin hakkının kurulabilmesi için yazılı bir rehin sözleşme yapılması gerekir. Bunun yanı sıra EDTKHK m. 17/2, rehin hakkının taraflardan birinin talebi ile sicile tescil edilmesi gerektiğini öngörür. Söz konusu tescilin rehin hakkı açısından kurucu nitelikte olduğu söylenemez<sup>38</sup>.

Bitki çeşitleri üzerindeki ıslahçı haklar da aynı entegre devre topografyaları gibi kendi kanununda düzenlenmiştir. 5042 sayılı Yeni Bitki Çeşitlerine Ait Islahçı Hakların Korunmasına İlişkin Kanun<sup>39</sup> m. 49, EDTKHK m. 17/2'ye benzer bir düzenleme getirerek hakkın rehne konu

<sup>34</sup> Antalya ve Acar, (n 24) 79

<sup>35</sup> Aynı yönde bkz. Antalya ve Acar, (n 24) 79; Tüzüner, (n 4) 44; Vural Seven, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'na Göre Taşınır (Varlık) Rehni (2nd edn, Filiz Kitabevi, 2019) 80. Seven, her ne kadar garanti markalarının kendi siciline tescil edilmesinin öngörüldüğü kanısında olsa da TİTRK m. 5/1-c'nin TİTRK m. 8/3'e göre özel hüküm olduğunu iddia etmekte ve marka türleri arasında bir ayırım yapmanın haklı bir gerekçesi olmadığını ifade ederek TİTRK kapsamında rehnedilebileceklerini savunmaktadır. Seven'e göre garanti markalarının TİTRK hükümlerine dayanılarak rehnedilmesinde SMK tarafından öngörülen yazılı sözleşme şartı fazlasıyla sağlanmakta ve garanti markalarına zarar verecek bir durum doğmamaktadır. Bu halde ilgili markaların TİTRK hükümlerince rehnedilmesinde bir mahsur bulunmamaktadır (Seven, (n 35) 81).

<sup>36</sup> Aynı yönde bkz. Antalya ve Acar (n 24) 110; Saibe Oktay-Özdemir, 'Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'na Göre Üzerinde Rehin Hakkı Kurulabilecek Ticari İşletmeler Dışındaki Taşınır Varlıklar' Lale Sirmen ve Barış Özbilen (eds), Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Sempozyumu (Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi 2018) 70

<sup>37</sup> RG. 30.04.2004, S. 25448

<sup>38</sup> Aynı yönde bkz. Utku, (n 4) 254; Hazıroğlu, (n 33) 193

<sup>39</sup> RG. 15.01.2004, S. 25347



edilebileceğini ve taraflardan birinin rehin hakkını tescil talebinde bulunabileceğini düzenler. Ancak entegre devre topografyalarında olduğu gibi bitki çeşitleri üzerindeki ıslahçı haklarda da tescil zorunlu olmadığı gibi kurucu niteliği haiz de değildir<sup>40</sup>. Yukarıda TİTRK m. 8/3'e dair yapılan incelemeler göz önüne alındığında, kendi siciline tescilin kurucu nitelik dahi taşımadığı bu hakların TİTRK uyarınca rehnedilebileceği söylenebilir. Hem entegre devre topografyaları hem de bitki çeşitleri üzerindeki ıslahçı haklar TİTRK hükümlerine göre münferit olarak rehnedilebilir. Yapılan tescil sonrasında TİTRK m. 18/4 uyarınca taraflardan birinin talep etmesi halinde kendi sicillerine bildirici nitelikte bir tescil yapılır.

Sınai mülkiyet hakları kapsamında değerlendirilmesi gereken son husus internet alan adlarına ilişkindir. İnternet alan adları 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu<sup>41</sup> m. 3/v'de tanımlanır ve İnternet Alan Adları Yönetmeliği'nde detaylı olarak düzenlenir. İnternet alan adlarının rehne konu edilip edilemeyeceği tartışmalıdır<sup>42</sup>. Bununla birlikte rehne konu olabileceğini kabul edilirse TİTRK m. 5/1-c uyarınca rehnedilmesine engel bir durum bulunmaz. Gerçekten de İnternet Alan Adları Yönetmeliği'ne bakıldığında m. 13 internet alan adlarının satılabileceği ve devredilebileceği düzenlenirken devir bir tescil şartına bağlanmamıştır. Bu durumda internet alan adları, ticari işlemlerde taşınır rehnine konu olabilir. İnternet alan adı, bir sınai mülkiyet hakkı olarak kabul edilmediğinde dahi TİTRK m. 5/1-son uyarınca rehnedilmesi mümkündür<sup>43</sup>.

## B. TİCARİ İŞLEMLERDE TAŞINIR REHNE KANUNU UYARINCA REHİN HAKKININ TESİSİ

Ticari İşlemlerde Taşınır Rehne Kanunu teslimsiz tescilli bir rehin öngörür. TİTRK'te sayılan taraflar arasında, taşınır varlıkları konu alan bir rehin sözleşmesi yapılır ve bu sözleşmenin tescil edilmesiyle taşınır rehne kurulmuş olur (TİTRK m. 4/1). TİTRK, 5. maddede sayılan taşınır varlıklar üzerinde münferiten rehin kurulmasına müsaade eder. TİTRK m. 5/2 uyarınca ticari işletmenin tümü üzerinde bir rehin kurulmasında ticari işletmeye özgülenmiş unsurlar olarak da bu varlıklar üzerinde rehin kurulması mümkün olur. Fikri ve sınai haklar üzerinde tesis edilen

<sup>40</sup> Utku, (n 4) 254; Hazıroğlu, (n 33) 193

<sup>41</sup> RG. 10.11.2008, S. 27050

<sup>42</sup> Poroy/Yasaman rehne konu edilebileceğini savunurken (Reha Poroy ve Hamdi Yasaman, Ticari İşletme Hukuku (18th edn, Vedat Kitapçılık, 2019) 62) Makaracı Başak, internet hakkı üzerinde bir mutlak hak bulunmadığı gerekçesiyle rehne konu edilemeyeceğini savunmaktadır. İnternet alan adlarının hukuki niteliği hakkında detaylı bilgi için: Sefer Oğuz: "İnternet Alan Adı Hakkının Hukuki Niteliğinin Değerlendirilmesi" Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2021, C.9, S. 1- s. 13-30

<sup>43</sup> Hazalcan Yurtman, 6750 sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehne Kanunu Uyarınca Temerrüt Sonrası Haklar, (1st edn, On İki Levha Yayınları, 2021) 125

rehin hakkı üç farklı şekilde kendini gösterir: fikri ve sınai hakların cisimleştiği maddi varlık üzerinde rehin hakkı kurulması, mali haklar ve lisans hakları üzerinde rehin kurulması ve son olarak da ticari işletme rehni kapsamında rehin kurulması.

Fikri ve sınai haklar insan zekasının ve yaratıcılığının bir sonucu olarak ortaya çıkmış olsalar da yalnızca düşünsel düzlemde kalan ve somutlaşmayan fikirler, fikri ve sınai mülkiyete konu olamazlar. Her ne kadar insanın kişiliğiyle özdeşleşen bu yaratıcılık korunmak istense de hukuk düzeni tarafından korunabilir hale gelmesi için somutlaşması gerekir. Bu somutlaşma da kendini maddi bir varlık üzerinde gösterir. İşte bu maddi varlığın kendisi rehnedilebilir. Gerçekten de FSEK m. 62'ye bakıldığında alenileşmiş bir eserin müsveddesi, aslı veya çoğaltılmış nüshaları üzerinde rehin hakkı kurulabildiği görülür. Bu maddi malvarlığı, TİTRK kapsamında da bir taşınır varlık olarak rehnedilip paraya çevrilerek alacaklının alacağını karşılamasını sağlar. Ancak belirtmek gerekir ki bu maddi varlığın rehnedilmesi ve paraya çevrilmesi, söz konusu varlık üzerindeki fikri ve sınai haklara tesir etmez<sup>44</sup>. Bunun nedeni fikri ve sınai hakların her ne kadar bir maddi varlık üzerinde somutlaşması gerekse de bu maldan soyut olmasıdır. Tıpkı bir kitabın yakılmasının kitabın yazarının eser sahipliğinden doğan haklarını sona erdirmeyeceği gibi bu kitabın rehnedilerek bir üçüncü kişiye satılması da eser sahipliğinden doğan hakların devri sonucunu doğurmaz. Eser sahibinin FSEK m. 17'den doğan hakları burada kendini gösterir.

Bizzat maddi varlığı olan cisim üzerinde rehin kurulmasının yanı sıra fikri ve sınai hakların rehnedilmesinden bahsedildiğinde asıl anlaşılan mali hakların ve lisans haklarının rehnedilmesidir. Yukarıda da belirtildiği üzere mali haklar ekonomik bir değeri olması ve devredilmeye elverişli olması sebebiyle rehnedilmeye müsaittir. Mali haklar üzerinde rehin kurma yetkisini haiz olanlar eser sahibi, eser sahibinin mirasçıları veya mali haklar bunlar tarafından bir üçüncü kişiye devredilmişse devralmış olan üçüncü kişi olarak karşımıza çıkar<sup>45</sup>.

Lisans hakkı hem FSEK'te hem de SMK'de düzenlenen ortak haklardandır. FSEK m. 48 uyarınca mali hakları kullanma yetkisinin bir başkasına bırakılmasına lisans denir. Sınai mülkiyet haklarında ise lisans hakkı, marka, patent, tasarım veya diğer sınai mülkiyet hakları üzerindeki kullanım yetkisinin 3. kişilere devredilmesini sağlar<sup>46</sup> (SMK m. 24 vd., m. 75 vd., m. 125 vd.). Lisans sözleşmesi isimsiz ve sui generis bir sözleşmedir<sup>47</sup>. Oldukça açıktır ki lisans hakkı, fikri

<sup>44</sup> Erel, (n 4) 324

<sup>45</sup> Erel, (n 4) 325

<sup>46</sup> Oktay-Özdemir, 'Sempozyum' (n 36) 74; Burak Ongan, Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmelerinde Tarafların Hukuki Durumu, (1st edn, Seçkin Yayınları, 2006) 17; Deniz Topçu, Patent Lisans Sözleşmeleri, (1st edn, Seçkin Yayınları, 2016) 41

<sup>47</sup> Saibe Oktay-Özdemir, Lisans Sözleşmesi, Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuku Düzenlemelerinin Lisans Sözleşmelerine Uygulanması, (1st edn, Beta Yayınları, 2002) 53

veya sınai mülkiyet hakkı sahibine verilmez. Fikri ve sınai hak sahibi zaten lisans ile gelen kullanma yetkisini haizdir. Daha mali hak üzerindeki kullanma yetkisinin tamamı veya bir kısmının, bir bedel karşılığında bir üçüncü kişiye devredilmesidir<sup>48</sup>.

Lisans hakları inhisari ve inhisari olmayan lisans şeklinde ikiye ayrılır. İnhisari lisans, sahibine bir fikri veya sınai hak üzerinde münhasıran kullanma yetkisi veren lisans türüdür. İnhisari lisans hakkı sahibi, bir başkasına lisans veremeyeceği gibi fikri ve sınai hak sahibi dahi aksi sözleşmede belirtilmediği sürece lisans sözleşmesine konu olan yetkileri kullanamaz. İnhisari lisans sözleşmesinin söz konusu olduğu durumda kullanma yetkilerinin tamamı tek bir şahıs elinde toplanır<sup>49</sup>. İnhisari lisans hakkı öyle geniş bir yetki alanı tanır ki lisans sahibi neredeyse fikri ve sınai hakkın sahibi kadar geniş yetkilere sahiptir<sup>50</sup>.

İnhisari olmayan lisans hakkı ise hak sahibine münhasır bir hak tanımaz. Sözleşmede açıkça kararlaştırılmasa dahi fikri ve sınai hak sahibinin lisans sözleşmesine konu yetkileri kullanma ihtimali vardır. Hak sahibi kendisi bu yetkileri kullanabileceği gibi başkalarına da lisans hakkı sahibi ile aynı bölgede ve aynı zamanda, inhisari olmayan lisans sahibi ile aynı yetkileri kullanma hakkı tanıyabilir.

Lisans hakkının, başka bir sicile kaydı öngörülmediği sürece ve idari izin belgesi niteliğini haiz olmadığı sürece ve TİTRK m. 8/3'e göre kapsam dışı bırakılmamak şartıyla TİTRK m. 5/7 uyarınca rehnedilmesi mümkündür<sup>51</sup>. SMK m. 148/5 uyarınca öngörülen tescil, lisans sözleşmeleri için de geçerlidir. Bu durumda kurucu nitelikli olmayan bu tescil, lisans hakkının üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi işlevini üstlenmiş olup lisans hakkının TİTRK kapsamında rehnedilmesinin önünde bir engel oluşturmaz.

Bir lisans sözleşmesinde çelişkili ifadeler kullanılması durumunda ne yapılacağı tartışmalıdır. Suluk, inhisari lisans hakkını konu aldığı ifade eden bir sözleşmede, bu hakkı ihlal eden ve üçüncü kişilere lisans verilebileceğini kararlaştıran hükümlerin geçersiz sayılması gerektiğini kabul eder<sup>52</sup>. Buna karşılık Ongan, tarafların inhisari lisans hakkı tanıma noktasındaki iradelerinin birleşmemesine dayanarak inhisari olmayan lisans hakkının tanındığını savunur<sup>53</sup>. Gerçekten de SMK m. 24/2, 75/2 ve 125/2 uyarınca lisans sözleşmeleri kural olarak inhisari olmayan lisans haklarını konu alır. FSEK m. 56/2 de fikir ve sanat eserleri bağlamında kural olanın

<sup>48</sup> Erel, (n 4) 304

<sup>49</sup> Erel, (n 4) 304

<sup>50</sup> Topçu, (n 46) 45

<sup>51</sup> Şenocak, Kahraman, Tuncer Kazancı ve Öcal Apaydın, (n 10) 82-83; Oktay-Özdemir, 'Sempozyum' (n 36) 73

<sup>52</sup> Cahit Suluk, Tasarım Hukuku, (1st edn, Seçkin Yayıncılık 2003) 409

<sup>53</sup> Ongan, (n 46) 54

inhisari olmayan lisans hakkı olduğunu düzenler. Kural olarak inhisari olmayan lisans sözleşmesi geçerli olduğu görülür. İnhisari lisans hakkının kurulabilmesi için tarafların bu konuda iradeleri birleşmelidir. Yalnızca sözleşmenin inhisari lisans hakkını konu aldığı ifade edilmesi tarafların iradelerinin bunun üzerinde uyduğu anlamına gelmez. Sözleşmede daha sonra düzenlenen ifadelerin, iradelerin uyuşmadığı sonucuna götürmesi veya en azından bu konuda şüpheye düşürmesi durumunda tarafların bu yöndeki iradelerini kabul etmemek en doğrusudur. Bu sebeple Ongan'ın görüşünün daha isabetli olduğu kanısındayız.

İnhisari lisans hakkının rehnedilmesi söz konusu olduğunda bu hakkın rehinli alacaklı tarafından kullanılması mümkün değildir. Rehinli alacaklı, alt lisans sözleşmesi yaparak lisans hakkının bedel karşılığı bir başkasına kullandıramaz. Rehinli alacaklının bu durumda yapabileceği şey, TİTRK m. 14/1-a uyarınca mülkiyeti devir talep etmektir. Lisans sahibinin lisans hakkını rehnetmesi durumunda fikri ve sınai hakkın tamamı üzerinde bir rehin hakkı tesis edemeyecektir. Ancak lisans hakkının kendisine tanıdığı imkan üzerinde rehin hakkı kurulabilir. Rehinli alacaklı da rehnin konusunu oluşturan lisans hakkının kendisine devredilmesini isteyebilir. Daha anlaşılır olması adına FSEK kapsamında yayma hakkını konu alan bir lisans sözleşmesi yapıldığı durumu ele alalım. Rehin borçlusunun rehnedebileceği tek hak yayma hakkı üzerindeki lisans hakkıdır, eserin tamamı bir yana bütün mali haklar üzerinde dahi rehin hakkı kurulamaz. Bu durumda rehinli alacaklı ancak lisans hakkının konusunu oluşturan yayma hakkının kendisine devredilmesini isteyebilir<sup>54</sup>.

Mali haklar ve lisans hakkı münferiten rehin konusu olabilecekleri gibi TİTRK m. 5/2 uyarınca kurulan ticari işletme rehni kapsamında da rehin konusu olabilirler. TİTRK'in aksine TİTRK ticari işletme rehnini son çare olarak düzenler. Ancak TİTRK m. 5/1'de sayılan taşınır varlıkların alacağı tatmin etmeye yetmemesi durumunda işletmenin tümü üzerinde rehin kurulmasına izin verilir (TİTRK m. 5/2-son cümle). Elbette ki ticari işletme rehni söz konusu olduğunda bu rehnin konusunu yalnızca TİTRK m. 5/1'de sayılan taşınırlar oluşturmaz, "rehnin kuruluşu anında işletmenin faaliyetine tahsis edilmiş olan her türlü varlık" ticari işletme rehni kapsamında rehnedilmiş sayılır. Ticari işletme rehni yapılırken Türk Ticaret Kanunu m. 11'de düzenlenen ticari işletmenin bütünlüğü ilkesine dikkat edilmesi gerekir<sup>55</sup>. İşletmenin bütünlüğü ilkesinden anlaşılması gereken işletmeye özgülenen veya işletme ile herhangi bir bağı olan bütün varlıkların bu kapsamda istisnasız rehnedilmesi değildir. Anlaşılması gereken, işletmenin ticari

<sup>54</sup> Hikmet Bilgin, '6750 sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'na İcra İflas Hukuku Açısından Genel Bir Bakış' (2017) 31, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 650

<sup>55</sup> Narbay ve Yıldız, (n 28) 75

varlığını sürdürebilmesi için gerekli olan ve bu amaçla işletmeye özgülenen malvarlığının rehnedilmesidir. TTK m. 66 uyarınca tacir tarafından her faaliyet döneminde düzenlenen ticari envanter, ticari işletmenin varlığını sürdürmesi için özgülenen varlıkları tespit edilmesi açısından büyük önem taşır. Ticari işletmenin varlığını sürdürmesi için gerekli olan ve işletmeye özgülenen marka, patent gibi fikri ve sınai mülkiyet hakları da ticari işletme kapsamında rehnedilebilir.

#### **IV. TİCARİ İŞLEMLERDE TAŞINIR REHNİ KANUNU UYARINCA TEMERRÜT SONRASI HAKLARIN KULLANILMASI**

Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu, muaccel olmasına rağmen alacağını elde edemeyen rehinli alacaklıya yalnızca rehni paraya çevirme hakkı tanımamıştır. TİTRK, aynı zamanda TİTRK m. 14’te temerrüt sonrası haklar olarak ifade edilen ve rehinli alacaklının alacağını tatmin etmesini sağlayan başka usuller de öngörmüştür. Temerrüt sonrası hakların amacının, rehni paraya çevrilmesi kuralına alternatif yollar üreterek alacaklının alacağını tatmin etmesini sağlamak olduğu düşünüldüğünde<sup>56</sup> bu hükümlerin kanunun amacına uygun olarak geniş yorumlanması gerekir. Dahası fikri ve sınai haklar özelinde bir değerlendirme yapıldığında rehinli alacaklıya sağlanan tek imkânın rehni paraya çevrilmesi olması hem rehinli alacaklı hem de rehin borçlusu açısından yeterli tatmini sağlamaz.

TİTRK öncesinde de öğretilde kiralama ve lisans hakkının tanınması gerektiği ifade edilmiştir<sup>57</sup>. TİTRK tarafından tanınan temerrüt sonrası hakların kapsamı oldukça geniş olduğu için çalışma kapsamında önemli olduğu düşünülen kiralama hakkından ve lisans hakkından bahsedilecektir.

Lisans ve kiralama hakkı zilyetliğin devrine konu olmayan taşınır varlıklar için öngörülmüştür. Kiralama hakkı temel olarak kiracılık hakkı ve ticari hat ve plaka üzerinde kullanılır. Bununla birlikte fikri ve sınai haklar üzerinde de kiralama hakkının kullanılması mümkündür. Fikri ve sınai haklarda yalnızca kiralama değil, lisanslama hakkının da rahatça kullanılabileceği açıktır.

Kiralama hakkının söz konusu olduğu durumlarda taşınır varlık üzerinde bir kiracılık hakkı tesis edilir ve rehinli alacaklı, kira bedelinden alacağını elde ettikten sonra kiralama hakkı sona erer. Kiralama hakkı, rehin konusu fikri ve sınai hakkın kullanım hakkının yararlanma hakkıyla

---

<sup>56</sup> Seven, (n 35) 197

<sup>57</sup> Utku, (n 4) 339

birlikte veya tek başına devrini ifade eder<sup>58</sup>. Rehinli alacaklı kiralama hakkından kendisi yararlanmak isteyebileceği gibi taşınırın bir üçüncü kişiye kiralanmasını da talep edebilir. Bu durumda İİK m. 150/b uygulama alanı bulacaktır<sup>59</sup>.

Lisans hakkı ise rehin borçlusunun ürettiği bir fikri veya sınai mülkiyete tabi hak üzerinde rehinli alacaklı lehine veya rehinli alacaklının talebi ile bir üçüncü kişi lehine inhisari veya inhisari olmayan nitelikte, yararlanma veya kullanma hakkı veren bir yetki tanınmasıdır<sup>60</sup>. Rehin alacaklısı, lisans hakkını kullanmakla birlikte kendi veya bir üçüncü kişi lehine bir çeşit zorunlu lisans hakkı kurar.

Rehin borçlusu, fikri veya sınai mülkiyete konu hak üzerinde bir başkası lehine lisans hakkı kurmuş olabilir. Bu durumda ne olacağı üzerinde durulması gerekir. Eğer rehin borçlusu, inhisari olmayan lisans sözleşmesi yapmışsa rehinli alacaklı lehine lisans hakkı kurulması mümkündür. İnhisari olmayan lisans hakkı, hak sahibinden başkalarının da lisans hakkına konu olan yetkileri kullanmasına müsaade ettiği için rehin borçlusu, bir sorunla karşılaşmadan rehinli alacaklı lehine lisans hakkı kurabilir. Asıl sorun inhisari lisans sözleşmesi ile bir başkası lehine hak tesis edildiğinde rehinli alacaklının bu yetkisini nasıl kullanabileceği hususunda çıkar. İnhisari lisans sözleşmesi, hak sahibine bir bölgede bir zamanda münferiten bir haktan yararlanma imkânı sağlar. Her ne kadar lisans hakkı nispi özellikte olsa da inhisari lisans hakkı üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilir<sup>61</sup>. Ancak SMK m. 138/5, tescilin üçüncü kişilerin iyiniyetini bertaraf etmek amacıyla olduğunu söylemektedir. Bir lisans hakkının tescil edilmesi öngörülmemişse veya öngörülmüş olmasına rağmen tescil edilmemişse bu lisans hakkı inhisari olsa dahi hak sahibi tescil edilmemiş bu rehin hakkını üçüncü kişiye karşı ileri süremez<sup>62</sup>. Rehinli alacaklı lehine bir lisans hakkı kurulması durumunda da rehinli alacaklıya karşı inhisari lisans hakkına sahip olduğunu iddia edebilir. Bu durumda rehin borçlusu inhisari lisans hakkı sahibi, inhisari lisans hakkını ihlal edip rehinli alacaklı lehine bir lisans hakkı kuramaz. Öğretide de inhisari lisans sözleşmesinin söz konusu olduğu durumlarda rehinli alacaklının temerrüt sonrası haklardan lisans hakkını kullanamayacağı belirtilir<sup>63</sup>.

<sup>58</sup> Mustafa Alper Gümüş, '6750 Sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Bakımından Temerrüt Sonrası Haklar' Lale Sirmen ve Barış Özbilen (eds), Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Sempozyumu (Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi 2018) 224

<sup>59</sup> Gümüş, (n 518 225; Hakan Hasırcı, '6750 Sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nun İcra ve İflas Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi' (2017) 33 (2) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 260

<sup>60</sup> Bilgin, (n 53) 647

<sup>61</sup> Oktay-Özdemir, 'Lisans Sözleşmesi' (n 47) 179

<sup>62</sup> Yurtman, (n 43) 179

<sup>63</sup> Bilgin, (n 53) 649

Elbette ki rehinli alacaklıya tanınan kiralama ve lisans hakkı bedelsiz değildir<sup>64</sup>. Rehlinli alacaklının bu hakkı TİTRK kapsamında kullanmadığı durumlarda bir bedel ödemesi gerekir. Ancak TİTRK kapsamında bu hak kullanıldığında, rehinli alacaklının kiralama ve lisans hakkı karşılığında ödeyeceği bedel, alacağı ile takas edilerek rehinli alacaklıya alacağını elde edinceye kadar bu haklara sahip olma imkânı tanınır. Kiralama ve lisans hakkından doğan borç ve asıl alacak birbirine eşitlendiğinde bu haklar da sona erer (Temerrüt Yönetmeliği m. 41/2). Görüldüğü üzere bu haklar, rehinli alacaklıya süresiz olarak sağlanmaz. Lisans ve kiralama hakkını kullanma imkânı tanınmasının rehinli alacaklıya alacağını tatmin için alternatif yollar sunmak olduğu düşünüldüğünde, TMK m. 2 dürüstlük kuralı gereğince alacak tatmin edildiğinde bu hakların sona ermesi gerekir. Yine de kanun koyucu genel esaslara gidilmesine gerek bırakmadan Temerrüt Yönetmeliği ile hakkın kullanımını sınırlandırmıştır.

Lisans ve kiralama hakkının nasıl kullanılacağı ne Kanun'da ne de Temerrüt Yönetmeliği'nde düzenlenmiştir. Bu hakların rehinli alacaklıya yeni tanınan haklar olması dolayısıyla tarafların hukuken güvende olmaları ve beklenmeyen sonuçlarla karşılaşmamları adına detaylı bir şekilde düzenleme yapılması gerekir.

Kural olarak sözleşme ile kurulan lisans ve kiralama hakkı, TİTRK kapsamında kanunen rehinli alacaklıya tanınan yetkiler arasındadır. Rehlinli alacaklının bu haklardan yararlanmak istemesi halinde, rehin sözleşmesine hakkı kullanmak istediğine dair bir kayıt düşülmesi mümkündür. Ancak alacak muaccel olduktan sonra rehinli alacaklı lisans veya kiralama hakkını kullanmak istediğinde talep hakkının dayanağı nedir? Eğer aralarındaki sözleşmeden kaynaklanan bir talep hakkının olduğu kabul edilirse, rehin borçlusu sözleşmeye aykırı davranarak rehin hakkı tesis etmediğinde rehinli alacaklının alacak davası açması gerekir. Mahkeme bu dava sonucunda rehinli alacaklı lehine karar verdiğinde söz konusu kararın uygulaması nasıl olacağı belirsizdir. Rehlinli alacaklı yine sözleşmeye dayanarak lisans veya kiralama hakkı kurulmasını mı isteyecektir yoksa mahkeme kendiliğinden hareket ederek hakkın konusunu oluşturan fikri ve sınai haklar üzerinde TARES'e başvurarak rehin hakkı tesis edilmesini mi isteyecektir? En mantıklı sonuç mahkeme kararına dayanarak ilamlı icraya başvurulmasıdır. Söz konusu hakkın kullanımının taraflar arasında yapılacak bir sözleşme olmaması halinde ise icra hukuku çerçevesinde kullanılmasının savunulması gerekir. Bu duruma TİTRK m. 14/1-a'da tanınan mülkiyeti devir hakkında olduğu gibi İİK m. 24 uyarınca lisans ve kiralama hakkı kurulmasının talep edilebilmesi söz konusu olacaktır. Öğretide bir görüş yine icra hukuku müesseselerine başvurarak hakkın

<sup>64</sup> Turgut Öz, 'Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu' (2017) 16 (2) İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 182

kullanılmasına imkan tanınması gerektiğini savunurken ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip kurumundan yararlanılabileceğini ifade etmiştir<sup>65</sup>. Kanaatimizce burada TİTRK m. 14/1-a'daki İİK m. 24'ün uygulanacağına dair hükmün kıyasen lisans ve kiralama hakkı için de kullanılması en uygunudur.

Temerrüt sonrası haklara dair bahsetmek istediğimiz son husus, rehin borçlusunun bir fikri veya sınai mülkiyete tabi hak üzerinde kurulmuş olan lisans hakkının rehnedilmesi oluşturur. Lisans hakkı dolayısıyla doğan hak TİTRK m. 5 uyarınca rehnedilebilir. Ancak rehin konusunun devredilebilir olması gerektiği göz önünde bulundurulduğunda ancak lisans sözleşmesinin üçüncü kişiye devretmeye izin vermesi halinde hak rehnedilebilir<sup>66</sup>. Lisans hakkının rehin konusu yapıldığında rehinli alacaklı temerrüt sonrası haklardan mülkiyetin devrini talep edilebilir mi sorusu cevaplanmalıdır. Her ne kadar TİTRK m. 14, rehinli alacaklıya mülkiyeti talep hakkı tanısa da öğretilerde yalnızca taşınır eşyaların değil, hak ve alacakların devrinin talep edilebileceği söylenir<sup>67</sup>.

## V. SONUÇ

Fikri ve sınai haklar, ekonomik değerleri göz önünde bulundurulduğunda rehnedilmeleri halinde rehinli alacaklıya alacağını tatmin etmede önemli bir imkân sağlar. Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nun 5. maddesi, fikri ve sınai hakların hem münferit olarak hem de ticari işletmenin bir parçası olarak rehnedilmesine imkân tanır. Öğretilerde diğer kanunlarda bir sicile kaydı zorunlu olan taşınırların TİTRK uyarınca rehnedilmesini engelleyen TİTRK m. 8/3'ün nasıl anlaşılması gerektiğine dair farklı görüşler vardır. Bizim katıldığımız görüşe göre taşınır üzerinde rehin kurulması için kendi özel siciline tescilin zorunlu olduğu ve başka bir sicile tescile izin verilmeyen hallerde TİTRK m. 8/3 kapsamında rehin hakkı kurulması-yasaktır. Buna göre fikri ve sınai haklar üzerinde TİTRK uyarınca rehin hakkı kurulmasında bir sakınca yoktur.

Fikri ve sınai haklar üzerinde kurulmak istenen rehin üç şekilde karşımıza çıkar. Bunlardan ilkinde fikri ve sınai hakkın üzerinde cisimleştiği varlık rehnedilmek istenmektedir ki bu durum fikri ve sınai hakkın rehnedilmesi sonucunu doğurmaz. İkinci olarak doğrudan hakkın veya hakkın tanıdığı yetkiler rehnedilmek istenmektedir. Bu durumda mali hakkın kullanılmasını sağlayan manevi hakların da devredilmesi anlaşılrsa da aslında şahıs varlığı ile yakından ilişkili olan manevi

<sup>65</sup> Yurtman, (n 43) 184

<sup>66</sup> Oktay-Özdemir, 'Sempozyum' (n 36) 75

<sup>67</sup> Gümüş, (n 58) 208; İdil Tuncer Kazancı, 'Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Kapsamında Kurulan Rehinlerde Rehinli Alacaklının Tatmin Edilmesi' (2019) 10 (1) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 78



hakların rehnedilmesi ve devredilmesi mümkün değildir. Son olarak TİTRK m. 5/2 uyarınca ticari işletme rehninin bir parçası olarak ticari işletmenin varlığını devam ettirmesini sağlayan ve ticari işletmeye özgülünen fikri ve sınai haklar rehnedilebilir. Bu rehin hakkı TARES'e tescil ile kurulur ve sonrasında rehnedilen fikri ve sınai hakkın kendi siciline bildirilir.

Çalışma kapsamında incelenen son husus TİTRK m. 14 ile tanınan temerrüt sonrası haklardan lisanslama ve kiralama hakkının fikri ve sınai hakların rehnedilmesindeki uygulamasıdır. Rehinli alacaklının rehin konusu olan fikri ve sınai hakkı paraya çevirmek yerine bu haklar üzerinde lisans veya kiralama hakkı kurarak alacağını tatmin edinceye kadar kararlaştırılmış bir bedel üzerinden fikri ve sınai haklardan yararlanabilir. Bu durum hem değerinin çok altına satılmadığı için rehinli alacaklının alacağını karşılamasını kolaylaştırır hem de ticari işletmesi için büyük önem arz eden fikri ve sınai haklardan yalnızca bir süreliğine uzak kalmış olacağı ve bu hakların mülkiyetini kaybetmeyeceği için rehin borçlusu lehine bir durum oluşturur.

#### KAYNAKÇA

- Antalya G ve Acar F, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni, (3rd edn, Aristo Yayınları, 2020)
- Arslanlı H, Fikri Hukuk Dersleri II Fikir ve Sanat Eserleri, (Sulhi Garan Matbaası, 1954)
- Aydıncık Ş, Fikri Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri, (1st edn, Arıkan Yayınları, 2006)
- Ayiter N, Eşya Hukuku (Kısa Ders Kitabı), (3rd edn, Savaş Yayınları, 1987)
- Bayezit F, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Kapsamında Rehin Sözleşmesi ve Hükümleri (1st edn, On İki Levha Yayıncılık, 2019)
- Bilgin H, '6750 sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'na İcra İflas Hukuku Açısından Genel Bir Bakış' (2017) 31, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 619-658
- Erel Ş, Türk Fikir ve Sanat Hukuku, (3rd edn, Yetkin Yayınevi, 2009)
- Göle C ve Aydoğdu G, "Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu"nun Ticaret Hukuku Açısından Değerlendirilmesi' (2017) 33 (1) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 5-51.
- Gümüş MA, '6750 Sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Bakımından Temerrüt Sonrası Haklar' Lale Sirmen ve Barış Özbilen (eds), Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Sempozyumu (Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi 2018), 199-225
- Hasırcı H, '6750 Sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nun İcra ve İflas Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi' (2017) 33 (2) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 207-269

Hazıroğlu EC, 'Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nda Sicilli Taşınır Varlıkların Durumu ve Ticari İşletme Rehninin Bunlar Üzerindeki Etkileri' (2017) 33 (2) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 177-204

Kandemir S, Ticaret Hukuku ve Eşya Hukuku Boyutuyla Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu, (1st edn, Seçkin Yayınları, 2018)

Makaracı Başak A, Taşınır Rehni Sözleşmesi (1st edn, On İki Levha Yayıncılık, 2014)

Narbay Ş ve Yıldız E, 'Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Çerçevesinde Ticari İşletme Rehninde "Rehlinli Taşınır Sicili'nin Diğer Sicillerle İlişkisi üzerine Değerlendirme' (2018) 34 (4) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 37-90

Oğuz S, 'İnternet Alan Adı Hakkının Hukuki Niteliğinin Değerlendirilmesi' (2021) 9 (1) Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 13-30

Oktay-Özdemir S, 'Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'na Göre Üzerinde Rehin Hakkı Kurulabilecek Ticari İşletmeler Dışındaki Taşınır Varlıklar' Lale Sirmen ve Barış Özbilen (eds), Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Sempozyumu (Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi 2018), 53-85

Oktay-Özdemir S, Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuku Düzenlemelerinin Lisans Sözleşmelerine Uygulanması, (1st edn, Beta Yayınları, 2002)

Ongan B, Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmelerinde Tarafların Hukuki Durumu, (1st edn, Seçkin Yayınları, 2006)

Öcal Apaydın B, 'Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Uyarınca Teminat Yükünün Kapsamı Bakımından Öncelik Arz Eden Haller' (2018) 13 (169-170) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 87-119

Öz T, 'Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu' (2017) 16 (2) İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 151-186

Poroy R ve Yasaman H, Ticari İşletme Hukuku, (18th edn, Vedat Kitapçılık, 2019)

Seven V, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'na Göre Taşınır (Varlık) Rehni, (2nd edn, Filiz Yayınevi, 2019)

Suluk C, Tasarım Hukuku, (1st edn, Seçkin Yayıncılık, 2003)

Şenocak K ve Kahraman Z ve Tuncer Kazancı İ ve Öcal Apaydın B, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni (1st edn, Yetkin Yayınları, 2019)

Şit İmamoğlu B, Ticari işlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Üzerine Bir İnceleme, (1st edn, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayınları, 2017)

Tekinalp Ü, Fikri Mülkiyet Hukuku, (5th edn, Vedat Kitapçılık, 2012)

Topçu D, Patent Lisans Sözleşmeleri, (1st edn, Seçkin Yayınları, 2016)

Tuncer Kazancı İ, 'Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Kapsamında Kurulan Rehinlerde Rehinli Alacaklının Tatmin Edilmesi' (2019) 10 (1) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 73-86

Tüzüner Ö, Marka Rehni Sözleşmesi ve Uygulanacak Hukuk, (1st edn, Vedat Kitapçılık, 2007)

Utku D, Sınai Mülkiyet Rehni (1st edn, Yetkin Yayınları, 2009)

Yurtman H, 6750 sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Uyarınca Temerrüt Sonrası Haklar, (1st edn, On İki Levha Yayınları, 2021)



## NKÜ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

### YARGITAY'IN 12.11.2021 TARİHLİ VE 2020/2 E., 2021/3 K. SAYILI İÇTİHADİ BİRLEŞTİRME BÜYÜK GENEL KURULU KARARI ÇERÇEVESİNDE KOOPERATİFLERİN TACİR NİTELİĞİ

*Dr. Öğr. Üyesi Sema AYDIN \* Dr. Öğr. Üyesi Hasan Ali KAPLAN\*\**

#### ÖZ

Bu makalede, Yargıtay'ın 12.11.2021 tarihli ve 2020/2 E., 2021/3 K. Sayılı İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararı çerçevesinde kooperatiflerin tacir niteliği incelenecektir. Kooperatiflerin tacir sayılıp sayılmayacakları yıllardır öğreti ve uygulamada çeşitli yönleri ile tartışılmaktadır. Kooperatiflerin hukuki niteliği konusundaki tartışmaların ortaya çıkışı, 1969 tarihli 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden öncesine dayanmaktadır. Nitekim konu ile ilgili olarak kooperatiflerin ticaret şirketi ve tacir niteliğinde olduğu sonucuna varılan 1945 yılında verilmiş bir içtihadı birleştirme kararı da bulunmaktadır. Türk Ticaret Kanunu'nda ticaret şirketleri arasında düzenlenen kooperatiflerin, Kooperatifler Kanunu'nda "ortaklık" olarak belirtilmesine rağmen, açıkça ticari nitelikte olduğunun belirtilmemiş olması, kooperatiflerin kazanç elde etmek ve paylaşım amacının bulunup bulunmadığı ve tacir ve tacir olmaya bağlı sonuçların kooperatifler hakkında uygulanmasının uygun olup olmayacağı noktasında gerek doktrinde gerekse mahkeme kararlarında görüş ayrılıkları oluşmuştur. Mahkeme içtihatları arasındaki görüş ayrılıkları ve farklı uygulamalar nedeniyle İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulunca 2021 tarihli içtihadı birleştirme kararı alınmıştır. Sözü edilen karar, ilgili mercilerin görüşleri ve karşı oy yazısı da dikkate alınarak yasal hükümler ve bilimsel görüşler çerçevesinde değerlendirilecektir.

**Anahtar Kelimeler:** Kooperatif, Yapı Kooperatifi, Ticari İşletme, Tacir, Ortaklık

\* Yıldız Teknik Üniversitesi, İİBF İşletme Bölümü, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, aydinsema@yahoo.com, ORCID ID: 0000-0002-1233-5508

\*\* Yıldız Teknik Üniversitesi, İİBF İşletme Bölümü, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, kaplanha@gmail.com, ORCID ID: 0000-0001-5685-4986



**12.11.2021 DATE AND 2020/2 E., 2021/3 K. OF THE SUPREME  
COURT OF APPEALS WITHIN THE FRAMEWORK OF THE  
DECISION OF THE GRAND GENERAL ASSEMBLY TO UNIFY THE  
JURISPRUDENCE MERCHANT QUALIFICATION OF  
COOPERATIVES**

*Asst. Prof. Sema AYDIN\* Asst. Prof Hasan Ali KAPLAN\*\**

**ABSTRACT**

In this article, the merchant nature of cooperatives will be examined within the framework of the Supreme Court's Decision of the Grand General Assembly to Unify the Jurisprudence dated 12.11.2021 and numbered 2020/2 E., 2021/3 K. Whether cooperatives can be considered merchants or not has been discussed in various aspects in doctrine and practice for years. The emergence of the debates on the legal nature of cooperatives dates back to before the Cooperatives Law No. 1163 dated 1969 came into force. As a matter of fact, there is also a decision to merge the jurisprudence made in 1945, which concluded that cooperatives are in the nature of trading companies and merchants. Despite cooperatives are regulated as commercial companies, although they are referred as “partnership” in the Cooperatives Law, as it is not explicitly stated that they are commercial in nature, there have been differences of opinion in doctrine and in court decisions on whether they are committed to earning and sharing profits, and whether it is appropriate to apply the results of trading and being a trader to cooperatives. Due to the differences of opinion and different practices between the jurisprudence of the Court, the decision of the Grand General Assembly to Unify the Jurisprudence dated 2021 was taken. The aforementioned decision will be evaluated within the framework of legal provisions and scientific opinions, taking into account the opinions of the relevant authorities and the dissenting vote.

**Keywords:** Cooperative, Building Cooperative, Commercial Enterprise, Merchant, Partnership

---

\* Yıldız Technical University, Faculty of Economics and Administrative Sciences, Department of Business Administration, Department of Commercial Law, aydinsema@yahoo.com, ORCID ID: 0000-0002-1233-5508

\*\* Yıldız Technical University, Faculty of Economics and Administrative Sciences, Department of Business Administration, Department of Commercial Law, kapha@gmail.com, ORCID ID: 0000-0001-5685-4986

### **Extended Summary**

In the decision of the Court of Cassation dated 12.11.2021 and numbered 2020/2 E., 2021/3 K.; whether cooperatives/construction cooperatives will be deemed as merchants or not emerges and was evaluated as a legal issue. Whether cooperatives are deemed to be merchants or not has been discussed in various aspects in the doctrine and practice for years. Since the decisions of the 11th Civil Chamber, 12th Civil Chamber, 14th Civil Chamber (closed), 19th Civil Chamber (closed), 15th Civil Chamber (closed), 20th Civil Chamber (closed) and 23rd Civil Chamber (closed) of the Court of Cassation have reached different conclusions regarding the above-mentioned legal issue, it is necessary for the Grand General Assembly of the Unification of Jurisprudence to resolve the contradiction between the contrary decisions.

The decisions of the 11th Civil Chamber, 12th Civil Chamber, 14th Civil Chamber (closed) and 19th Civil Chamber (closed) of the Court of Cassation summarize that Article 1 of the Cooperatives Law No. 1163 defines cooperatives as "partnerships", Article 124 of the Turkish Commercial Code (TCC) No. 6102 recognizes cooperatives as commercial companies, and Article 16/1 of the TCC attributes merchant status to all commercial companies and binds them to all provisions and consequences of being a merchant.

In the decisions of the 15th Civil Chamber (closed), 20th Civil Chamber (closed) and 23rd Civil Chamber (closed) of the Court of Cassation, in summary, it is stated that Article 1 of the Co-operatives Law No. 1163 does not clarify that a cooperative is considered a merchant, that cooperatives do not have the purpose of earning profit and sharing it among their members, that although cooperatives are listed among commercial companies in Article 124 of the TCC, they are not considered as capital companies in the second paragraph, and that accepting cooperatives as merchants and subjecting them to the consequences thereof is contrary to the purpose of the legal regulation.

In the decision of the Court of Cassation HGK dated 29.11.2017 and numbered 2017/1658 E., 2017/1464 K., it is stated that cooperatives are commercial companies and merchants, that they gain legal personality upon registration in the trade registry, that they keep commercial books, that the members are under capital commitment, that they are subject to regulations similar to companies and that the conditions of merger, division and change of type are regulated, that they are subject to bankruptcy, and that it is not possible for them not to be accepted as commercial companies and merchants. The aforementioned decision concludes that although the sole purpose of cooperatives is not to generate profit, they are

commercial partnerships aiming to develop the economic interests of their members, that they do not completely abandon the purpose of generating profit, otherwise they would not be able to maintain their existence, that whether or not they generate profit and share it among the members does not change the fact that the cooperative serves an economic purpose, and that the fact that cooperative companies are not listed as sole proprietorships and capital companies in Article 124 of the TCC will not prevent them from being accepted as commercial companies within the framework of the clear legal regulation. In the dissenting opinion to the decision of the HCJK, it is stated that Article 1 of the Cooperatives Law Article 1 of the Law on Cooperatives states that although it is accepted that cooperatives constitute a partnership, it is not clear that they constitute a "commercial partnership", that the purpose of cooperatives is different from the purpose of earning and sharing profits compared to other commercial companies, that the economic benefits of the members and their needs related to their profession or livelihood are prioritized to be protected by providing mutual assistance, solidarity and surety through work and monetary contributions, and that the social aspect of cooperatives outweighs the social aspect of cooperatives in this respect, and that cooperatives will not be considered as merchants.

There is also a unification of jurisprudence decision issued in 1945 on the subject. The 2021 unification of case law decision is expected to put an end to the discussions in terms of implementation.

In fact, the legal nature of cooperatives is subject to debate within the framework of Article 171 of the Constitution, the definition of cooperatives in Article 1 of the Cooperatives Law, and TCC Articles 16 and 124, and different opinions are expressed.

In our opinion, based on Articles 16 and 124 of the TCC, the legal nature of cooperatives should be evaluated as commercial companies and merchants. As a matter of fact, this conclusion is generally accepted in the doctrine, and it is stated that judicial decisions stating that cooperatives cannot be considered as commercial companies and merchants constitute an interpretation contrary to the law.

As a result, since some judicial decisions have concluded that cooperatives cannot be considered as merchants, it is necessary to resolve the issue with a unification of case law. At this point, we believe that the fact that there is a unification of jurisprudence decision dated 1945 and that there is no discussion on whether there is a need to amend or abolish this decision constitutes a procedural deficiency. This is because the case-law consolidation decision dated 1945 and the case-law consolidation decision dated 2021, which is subject to

review, reach the same conclusion, and it is seen that the opinions for and against are largely similar. While the 1945 case law unification decision exists, it is noteworthy that the judicial bodies have developed case law contrary to it.

We conclude that the unification of jurisprudence decision, which recognizes cooperatives as commercial companies and merchants, is appropriate and in line with the legal regulations.

The statements in the dissenting opinion are extremely important and they bring to mind the concepts of positive law and ideal law and seem to be close to the ideal law. However, the idea of the ideal law should not take precedence over the positive law in the formation and implementation of judicial decisions. The justifications in the dissenting opinion are also noteworthy in terms of a possible future legal arrangement, and it may be possible to consider an explicit legal arrangement in which all types of cooperatives are considered as merchants and some of them are not considered as merchants.



## GİRİŞ

### I. İÇTİHADİ BİRLEŞTİRME KARARINA KONU HUKUKİ MESELE

Yargıtay'ın 12.11.2021 tarih ve 2020/2 E., 2021/3 K. Sayılı İçtihadı Birleştirme (İBK) kararında<sup>2</sup>; kooperatiflerin/yapı kooperatiflerinin tacir sayılıp sayılmayacakları bir hukuki mesele olarak ortaya çıkmakta ve değerlendirilmektedir.

### II. MERCİLERİN GÖRÜŞLERİ

Yukarıda değinilen hukuki meseleyle ilgili olarak, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 12. Hukuk Dairesi, 14. Hukuk Dairesi (kapatılan) ve 19. Hukuk Dairesi (kapatılan) ile 15. Hukuk Dairesi (kapatılan), 20. Hukuk Dairesi (kapatılan) ve 23. Hukuk Dairesi (kapatılan) kararlarında farklı sonuçlara varılması nedeniyle aykırı yöndeki kararlar arasındaki çelişkinin İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulunca sonuca bağlanması gerekmiştir.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 12. Hukuk Dairesi, 14. Hukuk Dairesi (kapatılan) ve 19. Hukuk Dairesi (kapatılan) kararlarında özetle; 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun 1. maddesinde kooperatiflerin "ortaklık" olarak tanımlandığı, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) 124. maddesinde kooperatiflerin de ticaret şirketi olarak kabul edildiği, TTK m. 16/1 uyarınca tüm ticaret şirketlerine tacir niteliğinin atfedildiği ve tacir olmanın bütün hüküm ve sonuçlarıyla bağlı tutulduğu ifade edilmektedir.

Yargıtay 15. Hukuk Dairesi (kapatılan), 20. Hukuk Dairesi (kapatılan) ve 23. Hukuk Dairesi (kapatılan) kararlarında özetle; 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun 1. maddesinde kooperatifin tacir sayılmasına yönelik açıklık bulunmadığı, kooperatiflerin kazanç elde ederek bunu ortakları arasında paylaşırma amacının bulunmadığı, TTK m. 124'de kooperatifler ticaret şirketleri arasında sayılmakla birlikte, ikinci fıkrasında sermaye şirketleri olarak kabul edilmediği, kooperatiflerin tacir kabul edilerek bunun sonuçlarına tabi tutulmasının yasal düzenlemenin amacına aykırı olduğu belirtilmektedir.

Yargıtay HGK'nun 29.11.2017 tarih ve 2017/1658 E., 2017/1464 K. sayılı kararında; kooperatiflerin ticaret şirketi ve tacir oldukları, ticaret siciline tescille tüzel kişilik kazandıkları, ticari defter tuttıkları, ortakların sermaye taahhüdü altında bulunduğu, şirketlere benzer düzenlemelere tabi tutularak birleşme, bölünme ve tür değiştirme koşullarının düzenlendiği, iflasa tabi oldukları, ticaret şirketi ve tacir kabul edilmemelerinin olanaklı olmadığı ifade edilmektedir. Anılan kararda, kooperatiflerin tek amacı kâr elde etmek olmamakla birlikte, ortaklarının

<sup>2</sup> RG. 01.04.2022, S. 31796

ekonomik menfaatlerini geliştirmeyi amaçlayan ticari birer ortaklık oldukları, kâr elde etme amacını tamamen terk etmedikleri, aksi halde varlığını idame ettiremeyeceği, kâr elde ederek bunu ortaklar arası paylaşımına tabi tutup tutmamanın kooperatifin ekonomik bir amaca hizmet ettiği gerçeğini değiştirmediği, kooperatif şirketlerin TTK m. 124’de şahıs ve sermaye şirketi olarak sayılmamasının açık yasal düzenleme çerçevesinde karşısında bunların ticaret şirketi kabul edilmesine mani olmayacağı sonucuna varılmaktadır. HGK kararına yönelik karşı oy yazısında ise; Kooperatifler Kanunu’nun 1. maddesinde, kooperatiflerin bir ortaklık oluşturduğu kabul edilmekle birlikte, “ticari nitelikte bir ortaklık” teşkil ettiği hususunda bir belirginlik bulunmadığı, kooperatiflerde amacın diğer ticaret şirketlerine kıyasla kazanç elde ederek bunun paylaşılmasından farklı olduğu, ortakların ekonomik yararlarını, meslek veya geçimlerine ilişkin gereksinimlerinin çalışma ve parasal katkılar vesilesiyle karşılıklı yardım, dayanışma ve kefalet suretiyle sağlanarak korunmasının ön planda olduğu, kooperatiflerin bu yönüyle sosyal yönünün daha ağır bastığı belirtilerek kooperatiflerin tacir sayılmayacakları ifade edilmektedir.

### **III. YARGITAY İÇTİHADİ BİRLEŞTİRME KARARINDA VARILAN SONUÇ VE GEREKÇELERİ**

Öncelikle İctihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu’ndaki müzakerelerde, işin esasının görüşülmesinden önce hukuki meselenin “yapı kooperatiflerinin tacir sayılıp sayılmayacağı” olarak kabul edilmesinin gerekli olup olmadığı ön sorun mahiyetinde görüşülmüş, ancak Büyük Genel Kurulda ön sorun bulunmadığı ve içtihadı birleştirme konusunun değiştirilmesinin gerekli olmadığına oy çokluğu ile karar verilmiştir.

Yargıtay’ın incelemeye konu kararında özetle; 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu’nun 1. maddesinde kooperatiflerin tüzel kişiliğinin niteliğinin “ortaklık/şirket”, şeklinde belirlendiği, kooperatiflerin 1163 sayılı Kanun’un 1. maddesinde yer aldığı üzere bazı ekonomik yararlar etrafında bir araya gelen gerçek/tüzelkişilerce oluşturulan, tüzelkişiliğe sahip bir şirket/ortaklık olarak tanımlanabileceği, 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu’nun 99. maddesi uyarınca bu Kanun’da yer alan hususlardan ileri gelen hukuk davalarının, tarafların tacir niteliğini haiz olup olmadıklarından bağımsız olarak ticarî dava sayılacağı, TTK’nin 4. maddesinde yer alan ve mutlak ticarî dava olarak nitelendirilen davaların kapsamına 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu’nda düzenlenen yer alan hususlardan ileri gelen davaların da dâhil olduğu, TTK m. 16/1 hükmü ile ticaret şirketlerinin tacir sayıldığı, TTK m. 124/1 hükmü uyarınca da ticaret şirketlerinin kollektif, komandit, anonim, limited ve kooperatif şirketlerden ibaret olduğu ifade edilmektedir. Bu kapsamda TTK m. 125 uyarınca tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketlerinin Kanun’un 16/1. maddesi

gereğince tüzel kişiliği ticaret siciline tescil kazandıkları ve bu suretle tacir sıfatına da sahip oldukları belirtilmektedir. Bu hususun 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun 7. maddesinde de düzenlendiği, kooperatiflerin ticaret siciline tescille birlikte tüzel kişilik kazanacakları ifade edilmektedir. Gerçek kişilerin tacir niteliğini düzenleyen TTK m. 12/1'deki koşulların ticaret şirketleri açısından aranmayacağı, ticaret şirketlerinin tacir niteliğini haiz olması yönünden tek koşulun, TTK m. 124/1'de belirtilen ticaret şirketlerinden biri olarak tüzel kişiliğe sahip olmaları olduğu, her bir ticaret şirketinin, başkaca bir koşul aranmadan tacir sıfatını kazanacağı vurgulanmaktadır. Diğer bir deyişle, ticaret şirketlerinin tacir niteliğini kazanması bakımından TTK m. 124/1'de sayılan şirket türlerinden birine uyularak tüzel kişilik kazanması dışında, gerçek kişi tacirlere özgü bir koşul olan ticari bir işletmenin işletilmesi koşulunun aranmayacağı ifade edilmektedir.

1945 yılında verilen bir İçtihadı Birleştirme Kararında da<sup>3</sup> kooperatiflerin tacir niteliği ile ilgili olarak şu sonuca varılmaktadır; “Ticaret kanununda, mutlak surette tacir addolunacağı ve Ticaret şirketleri nevinden olduğu tasrih olunan ve ticaret şirketlerinin bütün mümeyyiz vasıflarını haiz bulunan kooperatif şirketlerini, muameleleri bakımından Medeni veya Ticari diye ayırt etmeğe kanun hükümleri müsait olmadığından bu şirketleri ortaklarının sıfatı ve muamelelerinin vasfı ne olursa olsun sadece ortaklığın hukuki şekline göre ticari şirketlerden madut olduğuna ve şirket azası arasında çıkan davanın Ticaret mahkemelerinde görülmesi gerekli bulunduğuna 7/Kasım/1945 gününde üçte iki çoklukla karar verildi”.

TTK m. 124'ün gerekçesinde şu ifadelerin yer aldığı belirtilmektedir; “Kanun kooperatifin şirket olduğunu belirtmiştir (KoopK m. 1). Gerçi anılan Kanununun 1 inci maddesinde kooperatifin şirket olduğu ifade edilmekte, ticaret şirketi olup olmadığı hususu açık bırakılmaktadır. Bu boşluk dolayısıyla, bir tartışma başlatılabilir ve kooperatifin ticaret şirketi olmadığı teorik olarak ileri sürülebilir ve 124'üncü maddenin kooperatifi ticaret şirketi kabul etmesi eleştirilebilir. Ancak, böyle bir tartışma kooperatif şirketin niteliği tartışmasını davet eder. Anılan şirket adı şirket olamayacağına göre Türk hukukunda üç kategori şirket ortaya çıkmış olur. Kooperatif şirkete uygulanacak hükümler sorunu da diğer sorunların ortaya çıkmasına sebep olur. Tasarı, tüm bu çözümü güç sorunları ortadan kaldırmak amacıyla kooperatifin ticaret şirketi olduğunu hükme bağlamıştır”. Gerekçede yer alan ifadeler nedeniyle kanun koyucunun 6102 sayılı TTK'de kooperatifleri ticaret şirketleri arasında saymakla yetinmeyerek, Kooperatifler Kanunu'nun 1. maddesinde “ortaklık” şeklinde nitelendirilen kooperatiflerin “ticari nitelikte bir ortaklık” olarak

<sup>3</sup> Yar. İBK, E. 1944/8, K. 1945/14, 7.11.1945

nitelendirilip nitelendirilemeyeceği hususunda öğreti ve uygulamada devam eden görüş ayrılıkları çerçevesinde iradesini TTK m. 124'ün gerekçesinde açıkça ifade ettiği vurgulanmaktadır.

Yargıtay İBK kararında; kooperatiflerin tacir niteliğine sahip olup olmayacağı hususunun, uzun yıllardır farklı kanunların uygulandığı dönemlerde de tartışıldığı ve farklı görüşlere yol açtığı, kooperatiflerin ticaret şirketi sayılıp sayılmayacağına odak noktayı oluşturduğu, zira 865 sayılı TK, 6762 sayılı TTK ve 6102 sayılı TTK'de ticaret şirketlerinin tacir şeklinde nitelendirildikleri, 865 sayılı TK'nin yürürlüğü esnasında kooperatiflerin/yapı kooperatiflerinin tacir niteliği sorununun 07.11.1945 tarihli ve 1944/8 E., 1945/14 K. sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu kararıyla çözüme kavuşturulduğu, 6762 sayılı TTK ile 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun yürürlüğe konulmasıyla kooperatiflerin tacir sıfatının tekrar tartışılmaya başlandığı, 1163 sayılı Kanunun 1. maddesinde 21.04.2004 tarihli ve 5146 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ve 6102 sayılı TTK'nin yürürlüğe girmesiyle kooperatiflerin şirket/ortaklık teşkil ettiğinin açıklığa kavuşturulduğu belirtilmektedir. 6102 sayılı TTK bakımından ticaret şirketleri arasında sayılan kooperatiflerle ilgili temel düzenlemenin 1163 sayılı Kanun olduğu, bu Kanun'un 3. maddesinde kooperatif ve şubelerinin ticaret siciline tescil olunacağı, 7. maddesinde kooperatifin ticaret siciline tescil ile tüzel kişilik kazanacağı, 98. maddesinde de bu Kanunda aksine açıklama olmayan hususlarda Türk Ticaret Kanunu'ndaki anonim şirketlere ait hükümlerin uygulanacağı hususlarının düzenlendiği ifade edilmektedir. Anılan yasal düzenlemeden ötürü, özellikle anonim şirketlere ilişkin hükümler yanında 1163 sayılı Kanun'a aykırı olmayan birleşme, bölünme ve tür değiştirmeye ilişkin hükümlerinde kooperatiflere uygulanacağı ve kooperatiflerin defter tutmak zorunda olduğu, 1163 sayılı Kanun'un 99. maddesiyle davaların ticarî dava sayılacağına düzenlendiği, İcra ve İflas Kanunu'nun (İİK) 179 ve 285. maddelerine göre kooperatiflerin iflasa ve konkordatoya tabi oldukları vurgulanmakta ve 1163 sayılı Kanun ile "ortaklık/şirket" olarak nitelendirilen kooperatiflerin, 6102 sayılı TTK'nin 124. maddesi ile ticaret şirketi olduğunun kuşkuya yer bırakmayacak şekilde düzenlendiği belirtilmektedir.

İncelemeye konu İBK kararında önceki kanun-sonraki kanun veya genel kanun-özel kanun ilişkisine de değinilerek şu sonuca varılmaktadır; "Hemen belirtmelidir ki; kooperatifler bakımından diğer kanunlara nazaran özel kanun niteliğini haiz olan 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun, kendisinden sonra yürürlüğe giren genel kanun niteliğindeki 6102 sayılı TTK ile çelişkili hükümler içermemesinden hareketle kooperatiflerin tacir olup olmadıklarına dair yapılacak olan belirlemede 6102 sayılı TTK hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Dolayısıyla kooperatiflerin tacir olup olmadıklarına ilişkin herhangi bir düzenleme içermeyen 1163 sayılı

Kanun'un yanında, sonradan yürürlüğe giren 6102 sayılı TTK'nin kooperatifleri ticaret şirketi sayan 124/1. maddesi ile ticaret şirketlerini tacir sayan 16/1. maddesi hükümlerinin uygulanmasında da herhangi bir engel bulunmamaktadır”.

Yargıtay İBK kararında sonuç olarak şu saptama yapılmaktadır; “Neticeten, 1163 sayılı Kanun ile 6102 sayılı TTK'de yer alan yasal düzenlemeler ile anılan düzenlemelere ilişkin kanun koyucunun iradesini ortaya koyan gerekçeler nazara alındığında; kooperatiflerin nitelikleri itibarıyla ticaret şirketi ve bir ticari işletmenin işletilmesi kriterinden bağımsız olarak tacir oldukları açıktır. Bu açık kanun hükümleri karşısında ticaret siciline tescili zorunlu olan, ancak bu şekilde tüzel kişilik kazanabilen, ticarî defterler tutan, ortaklarının sermaye koyma borcu bulunan, şirketler ile birlikte düzenleme yapılıp birleşme, bölünme ve tür değiştirme şartları düzenlenen ve iflasa tabi olan kooperatiflerin ticaret şirketi ve tacir sayılmaları gerekmektedir. Önemle belirtilmesi gerekir ki; tek amacı kâr elde etmek olmamakla birlikte kooperatifler, ortaklarının ekonomik menfaatlerini geliştirmeyi amaçlayan ticari birer ortaklıktırlar. Zira kâr elde edilip bunun ortaklar arasında paylaşılıp paylaşılmadığı, diğer bir deyişle ne şekilde tasarruf edildiği kooperatifin amacının ekonomik olduğu gerçeğini değiştirmemektedir. Kooperatif şirketinin 6102 sayılı TTK'nin 124. maddesinde ne şahıs ne de sermaye şirketleri arasında gösterilmemiş olması, kanunun açık lafzı karşısında kooperatifin ticaret şirketi sayılmasına engel değildir”. Ayrıca kararda, öğretilerde de, 1163 sayılı Kooperatifler Kanununun 1. maddesinde 2004 yılında 5146 sayılı Kanun kapsamında yapılan değişiklik ile kooperatifin tacir olup olmadığı hususundaki tartışmanın noktalandığı ve kooperatifin bir şirket olduğunun vurgulandığı, 6102 sayılı TTK'nin 124/1. maddesi ile de ticaret şirketi niteliğinde olduğunun bir kez daha teyit edildiği, kooperatifin tacir sayılmayacağı yönündeki yorumun kanuna aykırı (contra legem) bir yorum faaliyeti olduğu, 07.11.1945 gün ve 1944/8 E., 1945/14 K. sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu kararında da tespit edildiği üzere kooperatifin "... ticari işletme işletip işletmediğinden bağımsız olarak (hukuki) şekli (kalıbı) dolayısıyla tacir... olduğu”nun ifade edildiği, hâl böyle olunca, kooperatiflerin/yapı kooperatiflerinin 6102 sayılı TTK kapsamında tacir/ticaret şirketi olduklarına karar verilmesi sonucuna ulaşıldığı (üçte ikiyi aşan oy çokluğu ile) ifade edilmektedir.

#### IV. İBK KARARINA İLİŞKİN KARŞI OY YAZISI

İncelemeye konu İBK ilişkin karşı oy yazısında yer alan hususlar aşağıda özetle belirtilecektir.

Karşı oy yazısında; bazı Yargıtay Dairelerinin, kooperatiflerin tacir sayılmayacakları yönündeki kararlarını Anayasamın 171. maddesine ve Kooperatifler Kanunu'nun 1. maddesi

hükümlerine dayandırdıkları, diğer Dairelerin ise 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 124/1 maddesi uyarınca ticaret şirketi olarak kabul edilmesinden ötürü kooperatiflerin tacir sayılması gerektiğini yönünde içtihat oluşturdukları, içtihadı birleştirme müzakereleri esnasında ilk görüşe sahip dairelerin görüşlerinden vazgeçtiklerini belirttikleri ancak vazgeçmeye ilişkin tatmin edici gerekçe belirtmedikleri vurgulanmaktadır. Genel kurul çoğunluğunun ikinci görüşe katıldığı, kooperatiflerin tacir olarak kabul edilmesi gerektiği sonucuna varıldığı belirtilmektedir. İçtihat uyuşmazlığının yasal düzenlemelerin çelişen kurallara sahip olmasından kaynaklandığı, uygulanabilecek üç normun bulunduğu, bunların sırasıyla Anayasanın 171. maddesi, Kooperatifler Kanunu'nun 1. maddesi ve TTK'nin 124/1 maddesi hükümlerinin çelişki içinde buldukları, bir yasal düzenleme yürürlükten kaldırılmadan yorum yoluyla bir sonuca ulaşarak içtihat birleştirmesi yapma imkanının bulunmadığı ifade edilmektedir. Hâkimlerin ancak bir kanun boşluğu bulunan durumlarda norm koyucu bir işlev üstlenebilecekleri, anayasal ve yasal birden fazla düzenleme bulunduğu ancak normlar hiyerarşisi kuralları dikkate alınarak hareket edilebileceği, Anayasa hükümleriyle çelişki içeren ve Anayasa'ya aykırılık taşıyan yasal düzenlemenin iptali amacıyla başvuruyu yapılarak sonucuna göre hareket edilmesi gerekli iken bazı Yargıtay Dairelerinin özel yasayı, diğer grup Dairelerin genel yasa hükmünü görüşlerine esas almasının hukuka uygun kabul edilemeyeceği ifade edilmektedir. Mevzuatta çelişkili hükümler bulunmakta ise Anayasa'ya aykırı hükmün iptali yoluna başvurulmadan, yasal düzenlemelere dayanarak uygulama yapılmasının hukuki bir tarz olamayacağı, mahkemenin bir yasa hükmünün Anayasaya aykırılık taşıdığı kanaati taşıması durumunda iptale ilişkin bir başvuru yapmasının, Anayasa m. 152'deki iptal prosedürüne başvurulmasının gerekli olduğu belirtilmektedir. Yargıtay Dairelerinin normlar hiyerarşisi kurallarına aykırı davranışlarından ötürü içtihat uyuşmazlığının ortaya çıktığı açıkça vurgulanmaktadır. Dikkate değer bir hususun, TTK'nin 124. maddesinde kooperatiflerin ne şahıs ne de sermaye şirketi olarak tarif edemediği olduğu, aslında böyle bir tanımlama yapılmasının olanaklı olmadığı, kooperatiflerin ne şahıs ne de sermaye şirketi oldukları ifade edilmektedir. Kooperatiflerin, emek, sermaye, dayanışma ve tekaful unsurlarını bünyesinde barındıran kendine özgü ortaklıklar olduğu, TTK'nin 124. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarının çelişkili olduğu, kooperatiflerin limited, anonim, komandit ve kollektif şirketler arasına ilişitirildiği belirtilmektedir. Kooperatiflerin hangi amaca hizmet ederek kurulacaklarının ve niteliklerinin gerek anayasada gerekse özel yasada belirtildiği, Anayasa'da ve özel yasada yapılan tanımlamanın, bu düzenlemelere aykırı genel bir yasayla bertaraf edilemeyeceği vurgulanmaktadır. Üst nitelikteki normun tanımlamasını kaldırarak şekilde yorum yapılamayacağı gibi, bir yasal düzenleme de yapılamayacağı, yasa koyucunun nitelik belirlemesinin Anayasa koyucunun nitelik belirlemesine

aykırı olamayacağı hususunu normlar hiyerarşisinin gereği olduğu ifade edilmekte ve Anayasa hükmü ile Kooperatifler Kanunu ve TTK madde hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, kooperatif ortaklıklarının temel amacının kar etmek olmadığı gibi, anayasada ve özel yasada bu amaçtan hiç bahsedilmediği, ikincil nitelikte amaç olarak da kabul görmediğinin anlaşıldığı vurgulanmaktadır. Özel yasada ekonomik menfaat ve gereksinimlerin karşılanmasından söz edilirken anayasada milli ekonominin yararları dikkate alınarak üretici ve tüketicinin korunması amacıyla hareket edildiği, kooperatifler yönünden kar olgusunun yokluk yaptırımı ile karşılanacağı, yokluk yaptırımına tabi tutulması gereken bu durumun kararda dikkate alınmadığı belirtilmektedir. Ayrıca, özel-genel kanun çatışmasında; TTK'nin, 1163 sayılı Kanunu yürürlükten kaldırmadığı, TTK'nin, 1163 sayılı Kanun'a göre genel nitelikli bir kanun olduğu ve yeni kanunun eski kanuna kıyasla genel nitelikte olması durumunda, örtülü şekilde yürürlükten kaldırmanın yorumla yapılarak varılacak sonuçla belirlenmesi gerektiği, önceki tarihli özel kanunun sonraki tarihli genel kanun ile yürürlükten kaldırılamayacağına genel kabul gören bir ilke olduğu ifade edilmektedir. Bu çözümün Latince bir ilke olarak "Generalis clausula non porrigitur ad ea quae antea specialiter sunt comprehensa" şeklinde belirtildiği, bir genel hükmün önceden özel olarak öngörülmüş şeyleri sona erdiremeyeceği, buna göre sonraki kanun olan TTK'nin 124. maddesindeki düzenlemenin, 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun 1. maddesini yürürlükten kaldırabilecek nitelikte olmadığı vurgulanmaktadır. Asıl amacı kar elde etmek olan ticari şirketler karşısında sosyal amaçlarla kurulan kooperatif ortaklıkların genellikle zayıf sermayeye sahip olmalarından ötürü tacirlere uygulanmakta olan yaptırımlara muhatap kılınmasının adalet ve hakkaniyete aykırı düşeceği, ülkemiz kooperatifçiliğinin, yüzlerce yıllık imece kültürümüzün, milli bünyemizin yüzyıllar içinde oluşturduğu ve sosyal/ekonomik katkıları bulunan kuruluşlarımızın ağır yaptırımlar içeren bir rejime içinde asli fonksiyonlarını gerçekleştiremeyeceği, imece ruhumuz ve dayanışma hırslarımızın huzurdaki içtihadı birleştirme kararı nedeniyle çok büyük olumsuzluklar yaşayacağı belirtilmekte ve bu haliyle içtihadı birleştirme kararı çoğunluk görüşünün oluşa da uygun olmadığı ifade edilmektedir.

## **V. KARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ**

### **A. KARARIN USUL YÖNÜNDEN DEĞERLENDİRİLMESİ**

İncelemeye konu kararda hukuki mesele, kooperatiflerin niteliğinde toplanmakta olup, kooperatiflerin ticaret şirketi ve tacir niteliğinde mi yoksa kendine özgü ortaklıklar niteliğinde mi

olduğu farklı görüşlerin odak noktasını oluşturmaktadır. Kooperatiflerin hukuki niteliği uzun yıllardır öğreti ve uygulamada farklı değerlendirmelere konu edilmektedir<sup>4</sup>. Bir kısım yargı kararlarında kooperatifler ticaret şirketi ve tacir niteliğine sahip kabul edilmekte iken, diğer bir kısım kararlarda ise aksi sonuca varılmaktadır.

İncelemeye konu içtihadı birleştirme kararının esas yönünden değerlendirilmesinden önce, usul yönünden bazı saptama ve değerlendirmelerin yapılması gerekmektedir. 2797 sayılı Yargıtay Kanunu'nun 15. maddesinin 2/b bendine göre, hukuk daireleri arasında içtihat uyuşmazlıkları bulunursa, bunları içtihatların birleştirilmesi yoluyla kesin olarak karara bağlamak Hukuk Genel Kurulu'nun görevleri arasında yer almaktadır. Hukuk Genel Kurulu ile bir hukuk dairesi arasındaki içtihat uyuşmazlıklarını gidermek ve içtihatları birleştirmek ise, Yargıtay Büyük Genel Kurulu'nun görevleri arasındadır (m. 16/5). Kanununun 16. maddesinin son fıkrasına göre ise, Yargıtay Büyük Genel Kurulunun kararları kesin olup, bu kararlar aleyhine başka bir yargı merciine başvurulamaz.

Yargıtay Kanunu'nun 45. maddesi “İçtihadların birleştirilmesini istemek yetkisi ve bağlayıcılığı” kenar başlığını taşımakta olup, anılan maddenin 1. fıkrasına göre; “İçtihadların birleştirilmesini Birinci Başkan, doğrudan doğruya veya Yargıtay dairelerinin veya genel kurulların verdikleri karar sonucunda veya Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının bizzat yazı ile başvurması halinde, ilgili kuruldan ister. Bu istemlerin gerekçeli olması zorunludur”. Kanununun 45. maddesinin 2. fıkrasına göre ise; “Diğer merci veya kişilerin gerekçe göstererek yazılı başvurmaları halinde, içtihadı birleştirme yoluna gitmenin gerekip gerekmediğine Birinci Başkanlık Kurulu karar verir. Bu karar kesindir”. Görüldüğü üzere; Yargıtay Kanunu'nun 45. maddesinin 1. ve 2. fıkralarında, içtihadı birleştirme yoluna gidilmesini talep yetkisinin kimlere tanındığı düzenlenmektedir. Ancak, Kanununun 45. maddesinin 3. fıkrasında farklı bir durum olan,

---

<sup>4</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Mustafa Topaloğlu, ‘Kooperatiflerin Genel İlkeleri ve Kuruluşu’ (2021) 18(2) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 645, 665; İsmail Kırcı, ‘Kooperatiflerin Tacir Niteliği Hakkında Yargıtay’ın Tutumu: Kanuna Aykırı Yorum mu Yoksa Örtülü Boşluk Doldurma Gayreti mi?’ (2017) 33(2) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 5,25; Nurdan Orbay Ortaç ve Ozan Can, ‘Yapı Kooperatiflerinin Tacir Sıfatı Olup Olmadığı Sorusu Bağlamında Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 15.9.2014 Tarih, 2014/2787 Esas ve 2014/5195 Karar Sayılı Kararının Eleştirisi’ (2016) 32(3) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 91 vd.; Ali Said Yazıcı, ‘1163 Sayılı Kooperatifler Kanunu’na Göre Kooperatiflerin Denetimi’, (YL Tezi, Ondokuz Mayıs Üniversitesi, 2016); Yusuf Mollaoğlu, ‘Kooperatiflerin Hukuki Niteliği’, (YL Tezi, Selçuk Üniversitesi, 2018); Sinan Sarıkaya, ‘Kooperatiflerin Katıldığı Birleşmelerde Kanunların Çatışmasından Doğan Sorunlar ve Uygulanacak Hükümlerin Tespiti’, (2019) 5(2) Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, 224 ; Hamdi Pınar, ‘Kooperatif Yöneticilerinin Görevden Alınması ve Kooperatiflerde Denetim Sorunu’ (2014) 18(2) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 142; Bilal Özel ve Mustafa Eser Cinbaş, ‘Kooperatif Ortaklıklarda Yönetim Kurulunun Oluşumu’ (2013) 21(2) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 256, 257; Orhan Nuri Çevik, ‘Kooperatifler Ortaklık (Şirket) Değildir’, (2006) 1(2) Terazi Hukuk Dergisi 7,10.; Ticari işletme ve tacir kavramları açısından ayrıca bkz. Sami Karahan, ‘Ticari İşletme ve Tacir Kavramları İle İlgili 6102 Sayılı Ticaret Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi’, (2012) 18(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 3,9



içtihadı birleştirme kararlarının değiştirilmesi veya kaldırılmasının istenmesi düzenlenmekte ve bunun da aynı usule tabi olduğu belirtilmektedir. Nitekim, içtihadı birleştirme kararlarının benzer hukuki konularda Yargıtay Genel Kurullarını, dairelerini ve adliye mahkemelerini bağlayacağıının öngörülmesi (m. 45/5), “içtihadı birleştirme kararlarının değiştirilmesi veya kaldırılmasının istenmesi” yetkisini farklı bir boyuta taşımaktadır.

İncelemeye konu kararda da değinildiği üzere, kooperatiflerin ticaret şirketi ve tacir niteliğine sahip olup olmadığı, 1945 yılında verilen bir İçtihadı Birleştirme Kararına da (Yargıtay İBK, 7.11.1945, 1944/8 E., 1945/14 K.) konu olmuş ve kooperatiflerin ticaret şirketi ve tacir niteliğinde olduğu sonucuna varılmıştır. Nitekim, anılan İçtihadı Birleştirme Kararının müzakerelerine katılan bir üyenin karar metninde yer alan beyanı şu şekildedir; “Geçen celse müzakeresine başlanan ve bugün de devam eden Yapı Kooperatiflerinin muameleleri adi olduğu hakkındaki kararı veren hakim bendenizim. Bana bu kararı verdirmeye amil olan saiki anlatayım: Ticaret Kanununun ticari şirketlere ait olan faslında kooperatiflerin de mutlak surette ticari olarak vasıflandırıldığı görülüyor. Binaenaleyh ticari şirket addedilmeleri icap eder. ***Ancak kararına tekaddüm eden zamanlarda Tevhidi İçtihat Genel Kurulu'nun Zirai Kooperatifler adi mahiyettedir yolunda bir kararına rastladım.*** Zirai Kooperatif adi olunca evsiz kimseleri bir mesken sahibi etmek için teşekkül eden yapı kooperatiflerinin de adi olması icap edeceğine kani oldum. Yapı kooperatiflerinin inşaatlarından azalar haricinde hiç kimse istifade edemez. Memurların da bir kooperatifleri vardır; bir ticarethane açmıştır ve buradan sadece azalar değil herkes alış veriş etmektedir. Yapı kooperatiflerinde ise hariçteki kimselerle böyle bir muamele yapılamamaktadır. ***Kooperatiflerin muamelatı mutlak olarak ticari addedilirse evveleminde zirai kooperatifler hakkındaki tevhidi içtihat kararı kaldırılmalıdır kanaatındayım***”. Bu beyan üzerine söz alan diğer bir üyenin beyanı ise şu şekildedir; “Geçen celsede de izah etmiştim. ***O karar tevhidi içtihat mahiyetinde değil tayini merci mahiyetinde mutlak ekseriyetle verilmiş bir karardır***”.

Yukarıda yer verilen beyanlar incelendiğinde, üyelerden birinin daha önce verilmiş olan bir içtihadı birleştirme kararı bulunduğu ve öncelikle bu kararın kaldırılması gerekip gerekmediğinin müzakere edilmesi itirazında bulunduğu, diğer bir üyenin ise anılan kararın içtihadı birleştirme kararı mahiyetinde olmadığı, mercii tayini mahiyetinde verilen bir karar olduğu yönünde görüş beyan ettiği görülmektedir. Başka bir anlatımla, 1945 yılında verilen içtihadı birleştirme görüşmelerinde, daha önce verilmiş bir içtihadı birleştirme kararının bulunduğu, öncelikle bu kararın kaldırılması hususunun müzakere edilmesi gerekip gerekmediğinin üyeler arasında tartışmaya açıldığı anlaşılmaktadır.

Acaba, 1945 yılında verilen ve kooperatiflerin ticaret şirketi ve tacir niteliğinde olduğunu belirten içtihadı birleştirme kararının değiştirilmesi veya kaldırılması hususunun incelemeye konu içtihadı birleştirme kararının müzakerelerinde gündeme getirilmemiş olması usuli açıdan bir eksiklik yaratmakta mıdır? Zira, içtihadı birleştirme kararları belirli bir zaman geçtikten sonra ya da yasal değişiklikler sonrasında kendiliğinden etkisini kaybetmemektedir. Bu nedenle, yukarıda da değinildiği üzere Yargıtay Kanunu'nun 45. maddesinde içtihadı birleştirme kararlarının değiştirilmesi veya kaldırılması konusu ayrıca düzenlenmiştir. İchtihadı birleştirme kararının değiştirilmesi veya kaldırılması ihtiyacı yasal düzenlemelerde değişiklik yapılması ya da toplumsal ve sosyal gelişmelerin ardından şüphesiz gündeme gelebilir. Kanunda bu yolun öngörülmesi de bu ihtiyaca dayanmaktadır. Ancak, incelemeye konu kararda bu konuya hiç değinilmemesi, başka bir anlatımla daha önce verilmiş bulunan içtihadı birleştirme kararının değiştirilmesi ya da kaldırılması gerekip gerekmediğinin müzakereye açılmaması usuli açıdan eksiklik oluşturmaktadır. Yukarıda da belirtildiği üzere, kanun koyucu içtihadı birleştirme kararlarının kaldırılması ya da değiştirilmesi ihtiyacının doğabileceğini öngörerek, bu konuda açık bir düzenleme öngörmüş iken, bu yola başvurulmaması eksiklik yaratmaktadır. Kanun koyucunun abesle iştiğal etmeyeceği düşüncesinden hareketle, evveliyatla önceki yıllarda verilen içtihadı birleştirme kararının müzakereye açılarak, bu kararın değiştirilmesi ya da kaldırılması ihtiyacı bulunup bulunmadığının tartışılması ve bu konuda bir karara varılması usuli açıdan daha doğru bir yaklaşım teşkil edecektir. Yukarıda da belirtildiği üzere, içtihadı birleştirme kararları tüm mahkemeler açısından bağlayıcı niteliktedir. Aynı konuda daha önce verilen içtihadı birleştirme kararı bulunmakta iken, yargı organlarının bu karara aykırı içtihat geliştirmeleri de farklı boyutları ile irdelenmesi gereken bir husustur. 1945 yılında verilen içtihadı birleştirme kararı incelendiğinde, kooperatiflerin tacir niteliğine sahip olup olmadığı hususunda, incelemeye konu içtihadı birleştirme kararında yer alan lehte ve aleyhte tüm argümanların örtüştüğü görülmektedir<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> Öğretide de 1945 yılında verilen içtihadı birleştirme kararının günümüzde de geçerli olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Kırcı, (n 3) 21

## B. KARARIN VE KARŞI OY YAZISININ ESAS AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

### 1. Kararın Değerlendirilmesi

Yukarıda da belirtildiği üzere, kooperatiflerin hukuki niteliği uzun yıllardır uygulamada farklı değerlendirmelere konu edilmekte; bir kısım yargı kararlarında kooperatifler ticaret şirketi ve tacir niteliğine sahip kabul edilmekte iken, diğer bir kısım kararlarda ise aksi sonuca varılmaktadır.

Bu başlık altında kooperatiflerin hukuki niteliği konusunda içtihadı birleştirme kararında ele alınan hususlar değerlendirilmeye çalışılacaktır.

Yargıtay'ın incelemeye konu kararında özetle; 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun 1. maddesinde kooperatiflerin tüzel kişiliğinin niteliğinin "ortaklık" olarak belirlendiği, 1163 sayılı Kanununun 99. maddesi uyarınca tarafların tacir olup olmadıklarından bağımsız olarak davaların ticarî dava sayılacağı, TTK m. 16/1 hükmü ile ticaret şirketlerinin tacir sayıldığı, TTK m. 124/1 hükmü uyarınca da ticaret şirketlerinin kollektif, komandit, anonim, limited ve kooperatif şirketlerden ibaret olduğu, kooperatiflerin tüzel kişilik kazanmalarıyla birlikte tacir niteliğini de kazanacakları, gerçek kişi tacirler açısından TTK m. 12/1'deki koşulların aranmayacağı, ticaret şirket türlerinden birine uyularak tüzel kişilik kazanan ticaret şirketlerinin, başkaca bir koşul aranmaksızın tacir sıfatını kazandıkları vurgulanmaktadır. Kararda, TTK m. 124'ün gerekçesine de atıf yapılarak kanun koyucunun 6102 sayılı TTK'de kooperatiflere ticaret şirketleri arasında yer verdiği, Kooperatifler Kanunu'nun 1. maddesinde "ortaklık" şeklinde belirtilen kooperatiflerin "ticari nitelikte bir ortaklık" oluşturup oluşturmadığı noktasında öğreti ve uygulamadaki görüş farklılıkları karşısında iradesini açıkça gösterdiği ifade edilmektedir. Nihayetinde kararda, 6102 sayılı TTK'de ticaret şirketi olarak kabul edilen kooperatiflerle ilgili temel düzenlemenin 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu olduğu, bu Kanun'un 3. maddesinde kooperatif ve şubelerinin ticaret siciline tescil olunacağı, 7. maddesinde kooperatifin ticaret siciline tescil ile tüzel kişilik kazanacağı, 98. maddesinde de bu Kanunda aksine açıklama olmayan hallerde TTK'nin anonim şirketleri düzenleyen hükümlerinin uygulama alanı bulacağı<sup>6</sup> ifade edilmekte ve 1163 sayılı Kanun ile "ortaklık/şirket" kavramı ile nitelendirilen kooperatiflerin, 6102 sayılı

<sup>6</sup> Kooperatifler konusunda özel bir düzenleme olarak 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nda yer alan hükümlerin TTK hükümlerine nazaran öncelikle uygulanmak zorunda olduğu, bunun sonucu olarak sadece 1163 sayılı Kanun'da aksine açıklama olmayan hususlarda TTK'de yer alan anonim şirketlere ait hükümler dikkate alınarak yorum yapılmasının gerekli olduğu hususunda bkz. Pınar, (n 3) 142-143

TTK'nin 124. maddesi ile ticaret şirketi olduğunun tereddüt oluşturmayacak şekilde düzenlendiği belirtilmektedir. İncelemeye konu kararda, önceki kanun-sonraki kanun veya genel kanun-özel kanun ilişkisine de değinilmekte ve kooperatifler bakımından özel kanun niteliğine sahip 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun, genel kanun niteliğindeki 6102 sayılı TTK ile çelişik hükümler içermemesinden (1163 sayılı Kanun'un kooperatiflerin tacir olup olmadıklarına ilişkin herhangi bir düzenlemeye sahip olmamasından) ötürü, kooperatiflerin tacir niteliğine yönelik saptamada, 6102 sayılı TTK hükümlerinin uygulanması gerektiği, sonradan yürürlüğe giren 6102 sayılı TTK'nin 124/1 ve 16/1. maddeleriyle kooperatiflerin ticaret şirketi ve tacir sayıldığı ifade edilmektedir.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararında yer alan ve yukarıda özetlenen gerekçelere genel olarak katılmaktayız<sup>7</sup>. Kararda yer alan gerekçe ve saptamalara ilaveten birkaç saptamayı da görüşümüz çerçevesinde belirtmeliyiz. Öncelikle incelemeye konu kararda ve aşağıda ele alınacak karşı oy yazısında da belirtildiği üzere, kanunlar çatışmasının çözümünde kullanılan önceki kanun-sonraki kanun ve özel kanun-genel kanun ilişkisi çerçevesinde, sonraki tarihli kanunun önceki tarihli bir kanunla çatışması durumunda sonraki tarihli kanunun, özel kanun ile genel kanun arasında bir çatışma olması durumunda ise özel kanunun uygulanması temel bir ilkedir. 1163 sayılı Kanun ile TTK arasında özel-kanun genel kanun ilişkisi bulunduğundan, önceki kanun-sonraki kanun ilişkisinden ziyade, konunun özel kanun-genel kanun ilişkisi çerçevesinde değerlendirilmesi isabetlidir. Ancak, burada gözden kaçırılmaması gereken bir husus şudur; bazı durumlarda genel kanun içerisinde özel bir hüküm bulunabilir. Genel kanun niteliğindeki TTK'de yer alan ve kooperatifleri ticaret şirketi ve tacir sayan hükümler, aslında genel nitelikteki bir kanun içinde yer almakla birlikte, özel hüküm niteliğindedir ve uygulanma önceliğine sahip olmalıdır. 1163 sayılı Kanun kooperatifleri ortaklık olarak nitelendirmekte, TTK ise bunu ticaret şirketi olarak nitelendirmektedir<sup>8</sup>. Burada TTK'de yer alan hüküm 1163 sayılı Kanun ile kıyaslandığında, özel hüküm niteliğine sahip olmaktadır. Zira, içtihadı birleştirme kararında da ifade edildiği üzere, 1163 sayılı Kanun'da kooperatiflerin ticaret şirketi veya tacir niteliğinde sayılmasını engelleyen ya da yasaklayan herhangi bir hüküm bulunmadığından, TTK'de yer alan özel hükümlerin

<sup>7</sup> Kooperatiflerin ticaret şirketi ve tacir olduğu yönünde ayrıca bkz. Topaloğlu, (n 3) 646-647; Emrullah Aykut, 'Kooperatiflerin Tacir Sıfatı' (2021) Kasım (Özel Sayı) Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 45 ; Aksi yöndeki görüş ve değerlendirmeler için bkz. Çevik, (n 3) 9-10 Hukuk Fakültesi Dergisi, 45 vd. Aksi yöndeki görüş ve değerlendirmeler için bkz. Çevik, 9-10.

<sup>8</sup> "Sonraki kanun olan ve kooperatife ilişkin özel düzenlemelere yer veren TTK gereği kooperatiflerin ticaret şirketi niteliği taşıdığı açıktır" şeklinde değerlendirme için bkz. Topaloğlu, (n 3) 647

uygulanmasına hukuki bir engel bulunmamaktadır<sup>9</sup>. Nitekim, özel kanun- genel kanun ilişkisi değerlendirilirken şu şekilde bir saptama da yapılmaktadır<sup>10</sup>; “Aynı anda aynı olayı düzenleyen biri genel diğeri özel iki ayrı kanun yürürlükte bulunduğu takdirde ise, eğer önceki kanun genel yeni kanun özel ise, bu takdirde olaya özel olan yeni kanun hükümleri uygulanmalıdır. Şayet, önceki kanun özel yeni kanun genel ise bu durumda da kanun koyucunun genel yasayı çıkarırken hangi amacı taşıdığına bakmak gerekir. Yasa koyucu önceki tarihli özel kanunla düzenlenen hususlarda yeni bir bakış açısıyla sonraki tarihli genel kanunla bir değişiklik öngördüğü takdirde olaya sonraki tarihli genel kanunun uygulanması gerekir (Zevkliler, 1986: 72-73)”. Başka bir yönüyle de değerlendirildiğinde, 1163 sayılı Kanunda kooperatiflerin ticaret şirketi sayılmasını engelleyen bir hüküm bulunmamakta iken, TTK’de yer alan ve kooperatifleri ticaret şirketi ve tacir kabul eden hükümler “yorum” yoluyla etkisizleştirilebilir mi? Nitekim öğretide de, kooperatifleri tacir saymayan Yargıtay kararlarında (karar metninde açıkça ifade edilmese de) bir örtülü boşluk doldurma gayreti bulunduğu ifade edilmekte, ancak kooperatiflerin tacir niteliği ile ilgili doldurulması gereken bir örtülü boşluk bulunmadığı, kooperatiflerin tacir sayılmayacağı yönündeki yargı kararlarının kanuna aykırı yorum (contra legem) faaliyeti oluşturduğu vurgulanmaktadır<sup>11</sup>.

Ayrıca belirtmelidir ki, içtihadı birleştirme kararında da değinildiği üzere, 1163 sayılı Kanununun 98. maddesine göre, “bu kanunda aksine açıklama olmayan hususlarda Türk Ticaret Kanunundaki anonim şirketlere ait hükümler uygulanır”. İchtihadı birleştirme kararında bu hükme atıf yapılmakla birlikte, bu hükmün yeterince ele alınmadığı kanaatindeyiz. Acaba, TTK’de kooperatifleri ticaret şirketi ve tacir sayan açık bir hüküm bulunmasaydı, yine de 1163 sayılı Kanun’un 98. maddesinde yer alan ve anonim şirketlere ilişkin hükümlerin kooperatiflere uygulanmasını öngören hüküm nedeniyle, kooperatiflerin ticaret şirketi ve tacir niteliği tartışmaya açılabilir miydi? Başka bir açıdan da bakıldığında, TTK m. 124/1’in kooperatifleri ticaret şirketi saymasına karşın, aynı maddenin ikinci fıkrasında kooperatiflerin şahıs şirketi veya sermaye şirketi olarak nitelendirilmemesinin tereddüt doğurduğu anlaşılmaktadır. Acaba 1163 sayılı Kanununun 98. maddesi nedeniyle, anonim şirketler gibi kooperatiflerin de sermaye şirketi olduğu

<sup>9</sup> Kooperatiflerin tacir niteliği hususunda Kooperatifler Kanunu ile TTK arasında bir çatışma bulunmadığı, sonraki genel kanun olan TTK kooperatifleri tacir olarak kabul ettiğine ve özel kanun olan Kooperatifler Kanunu’nda açık bir düzenleme bulunmadığına göre TTK hükümlerinin dikkate alınması hususunda bkz. Orbay Ortaç ve Can, (n 3) 92

<sup>10</sup>Erdal Kuluçlu, ‘Türk Hukuk Sisteminde Normlar Hiyerarşisi ve Sayıştay Denetimine Etkileri’ (2008) Aralık (71) Sayıştay Dergisi, 8 ; Ayrıca bkz. Tahir Çağa, ‘Özel Hüküm Genel Hüküm Her Zaman Bertaraf Eder mi?’ (1991) (3) Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 366-375; Yusuf Üstün, ‘Normlar Hiyerarşisi ve Kooperatiflerin Denetimi Meselesi’ (2014) (2) Tematic Ticaret ve Mevzuat Araştırmaları Dergisi 1,3; Sarıkaya, (n 3) 223 (Yazar s. 226’da, TTK ve Kooperatifler Kanununun arasında birleşmeler bakımından mevcut olan çatışmanın, sonraki tarihli kanun olarak TTK m. 134 çerçevesinde çözümleneceğini belirtmektedir.).

<sup>11</sup>Kırca, (n 3) 23.

iddia edilebilir mi? Nitekim, şahıs şirketi-sermaye şirketi ayrımı şirket türlerinin bünyesinde bulundurduğu ortak özellikler dikkate alınarak gerçekleştirilen bir ayrımı yansıtmaktadır<sup>12</sup>.

## 2. Karşı Oy Yazısının Değerlendirilmesi

Karşı oy yazısında, bazı Yargıtay Dairelerinin, kooperatiflerin tacir sayılmayacağı yönündeki kararlarını Anayasanın 171. maddesine ve Kooperatifler Kanunu'nun 1. maddesine dayandırdıkları, diğer bir kısım Dairelerin ise TTK'nin 124/1 maddesinde kooperatiflerin ticaret şirketi niteliğinde düzenlenmesinden ötürü tacir sayılmaları gerektiği yönünde içtihat oluşturdukları, içtihadı birleştirme müzakereleri esnasında ilk görüşe sahip Yargıtay Dairelerinin içtihatlarından döndüklerini belirtmelerine karşın tatmin edici bir gerekçe belirtmedikleri vurgulanmaktadır. Burada dikkat çeken husus kooperatiflerin tacir olmadığı yönünde kararlar veren dairelerin içtihadı birleştirme görüşmeleri sırasında içtihatlarından döndüklerini beyan ettiklerinin ifade edilmesidir. Bu husus, içtihadı birleştirme kararından anlaşılammakta, konuya yalnızca karşı oy yazısında yer verilmektedir. Karşı oy yazısında, kooperatiflerin tacir olmadıkları yönünde içtihatlarla sahip dairelerin bu görüşlerinden döndüklerini beyan etmelerine karşın doyurucu bir gerekçe sunamadıkları belirtilmektedir. İçtihadı birleştirme kararı incelendiğinde, kooperatiflerin tacir olmadıkları yönünde içtihatlarla sahip dairelerin; Yargıtay 15. Hukuk Dairesi (kapatılan), 20. Hukuk Dairesi (kapatılan) ve 23. Hukuk Dairesi (kapatılan) olduğu anlaşılmaktadır. Görüldüğü üzere, bu daireler içtihadı birleştirme kararının verildiği tarihten önce kapatılan dairelerdir<sup>13</sup>. Bu dairelerin daha önce verdikleri içtihatlardan dönme olanakları var mıdır? İçtihatlarından dönme olanakları olduğu kabul edilecek olursa, içtihadı birleştirme müzakereleri konusuz mu kalacaktır? Kapatılan dairenin içtihatlarından dönme hakkı bulunmakta ise, bu irade kimin tarafından ifade edilebilir? Karşı oy yazısında da değinilen anayasamızın 171. maddesi şu şekildedir; “Devlet, milli ekonominin yararlarını dikkate alarak, öncelikle üretimin artırılmasını ve tüketicinin korunmasını amaçlayan kooperatifçiliğin gelişmesini sağlayacak tedbirleri alır”. Acaba, bu hüküm kooperatiflerin hukuki niteliğini tartışmaya yer bırakmayacak kesinlikte belirtmekte midir? Kanaatimizce, anılan hüküm kooperatiflerin hukuki niteliğinden

<sup>12</sup> Kooperatiflerin anonim şirketlere benzetmekle birlikte, sermaye şirketlerinden ayrılan yönleri ile ilgili bkz. Alev Akgökçe, ‘1163 Sayılı Kooperatifler Kanunu’na Göre Kooperatif Yönetim Kurulu Üyelerinin Cezai Sorumluluklarının İncelenmesi’ (YL Tezi, Ankara Üniversitesi, 2019) 4 vd.

<sup>13</sup> İçtihadı birleştirme kararının verildiği tarihte uygulanmakta olan, Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulunun 02/07/2021 tarihli ve 211 sayılı dairelerin iş bölümünü düzenleyen karara göre; Yargıtay daireleri 12 hukuk dairesi ve 12 ceza dairesinden oluşmaktadır. Bkz. <<https://www.yargitay.gov.tr/documents/ek1-1632234416.pdf>> Erişim Tarihi 30.04.2022

ziyade devlete ödev yükleyen ve somut uyuşmazlıklarda doğrudan uygulanma kabiliyeti taşımayan bir hüküm niteliğindedir. Zira, anayasalar temel hukuk belgesi ve normlar hiyerarşisinde kanunların üzerinde bulunmakla birlikte, anayasalarda yer alan hükümlerden bir kısmı somut uyuşmazlıklarda doğrudan uygulanma kabiliyetine sahip iken, bazı hükümler yol gösterici, temenni edici nitelikte hükümlerdir ve somut uyuşmazlıklarda doğrudan uygulanma kabiliyetleri bulunmamaktadır<sup>14</sup>. Öğretide de, kooperatiflerin tacir sayılmasının Anayasanın 171. maddesine aykırılık teşkil edeceği iddiasının haklı bir temelinin bulunmadığı ifade edilmektedir<sup>15</sup>.

Karşı oy yazısında, içtihat uyuşmazlığının ortaya çıkmasının nedeninin hukuk kurallarının birbiriyle çelişik hükümler ihtiva etmesi olduğu belirtilmekte ve somut uyuşmazlığa yönelik uygulanabilecek üç norm bulunduğu, bunların Anayasanın 171. maddesi, özel yasa niteliğindeki Kooperatifler Kanunu'nun 1. maddesi ve sonraki tarihli bir genel yasa niteliğindeki TTK'nin 124/1 maddesi hükümlerinin birbiriyle çelişkili oldukları ve bu çerçevede bir hukuk kuralı yürürlükten kaldırılmadan yorum yoluyla bir sonuca ulaşarak içtihat birleştirmesi yapma olanağının bulunmadığı, hâkimlerin ancak bir yasa boşluğu mevcut ise norm koyucu bir işlev üstlenebilecekleri, ancak somut uyuşmazlıkta Anayasal ve yasal birden fazla düzenleme bulunduğundan, hâkimlerin ancak normlar hiyerarşisi ilkelerine uyarak hareket edebilecekleri, Anayasal hükümlerle çelişmekte olan ve Anayasa'ya aykırı içeriğe sahip yasa hükmünün iptalini sağlamak için gerekli başvuru yapılarak, bu başvurunun sonucuna göre hareket edilmesi gerekirken, bazı Yargıtay Dairelerinin özel yasayı, diğer Dairelerin genel yasa hükmünü görüşlerine dayanak almalarının hukuka uygun olmadığı, mevzuatta çelişkili hükümler bulunmakta ise Anayasa'ya aykırılık içeren düzenlemenin iptali yoluna gidilmesi gerektiği, mahkemelerin bir yasal düzenlemenin Anayasaya aykırı olduğunu saptamasından sonra yapılması gereken işlemin Anayasanın 152. maddesindeki başvuru yolunu işletmek olduğu belirtilmektedir. Kooperatiflerin hangi amaçlarla kurulacağını ve niteliklerinin gerek Anayasa'nın ilgili maddesinde gerekse de özel yasada belirtildiği, bu düzenlemelere aykırılık yaratacak şekilde genel yasayla Anayasal nitelemenin bertaraf edilemeyeceği, üst normun nitelik belirlemesini işlevsiz bırakacak şekilde yorum yapılamayacağı gibi, bir yasal düzenleme de yapılamayacağı, Anayasa, Kooperatifler Kanunu ve TTK hükümleri değerlendirildiğinde, ticaret şirketlerinin temel amacının kar etmek olduğu, oysa kooperatif ortaklıklarının temel amacının kar etmek olmadığı, Anayasa'da

<sup>14</sup> Anayasada öngörülen bir konunun kanunda eksik düzenlendiği durumlar ile kanun koyucunun düzenlediği bir hususun anayasada hiç düzenlenmemiş olmasının anayasaya aykırılık yönünden değerlendirilmesi için bkz. Erdoğan Teziç, 'Kanunların Anayasaya Uygunluğunun "Esas" Açısından Denetimi', (1985) 51(1-4) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 36-38; Yasemin Özdek, 'Anayasaya Uygunluk Denetiminin Kapsamı' (1988) 4(4) Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 137-138

<sup>15</sup> Kırca, (n 3) 25

ve özel yasada kar elde etmek amacından hiç bahsedilmediği, ikincil amaç olarak dahi belirtilmediği, özel yasada ekonomik menfaat ve ihtiyaçların karşılanmasından söz edilirken, Anayasa’da milli ekonominin yararlarını dikkate alan üretici ve tüketicinin korunması amacından hareket edildiği, kooperatifler yönünden kar amacının yokluk yaptırımını ile karşılanması gerektiği, yokluk yaptırımına tabi tutulması gereken bu hususun sayın çoğunlukça göz ardı edildiği belirtilmektedir. Anayasamızın 152. maddesi somut norm denetimi olarak isimlendirilen, kanunların anayasaya aykırılığı iddiası/şüphesinin görülmekte olan bir dava sırasında gündeme gelmesini düzenlemektedir. Anılan hükme göre; bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun hükmünü Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır. Kooperatiflerin ticaret şirketi ve tacir olduğu görüşüne dayanak alınan TTK hükümlerinin anayasaya aykırı olduğu iddia edilebilir mi? Bu iddianın “görülmekte olan bir dava” esnasında gündeme getirilmesi mümkündür. İctihadı birleştirme müzakereleri “görülmekte olan bir dava” olarak nitelendirilemeyeceğinden, bu aşamada somut norm denetiminin gerçekleştirilmesi olanaklı görülmemektedir. Ancak, karşı oy yazısında yer alan hususlar son derece dikkate değer gerekçelerdir.

Karşı oy yazısında, TTK'nun 124. maddesinde yasa koyucunun kooperatifleri şahıs veya sermaye şirketi olarak nitelendiremediği, böyle bir tarif yapmanın olanaksız olduğu, kooperatiflerin ne şahıs ne de sermaye şirketi oldukları, kooperatiflerin, emek, sermaye, dayanışma ve tekaful unsurlarının bileşkesi olan kendine özgü ortaklıklar olduğu, TTK'nun 124. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarının çelişkili olduğu, kooperatiflerin limited, anonim, komandit ve kollektif şirketlerin arasına ilişitirildiği belirtilmektedir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, kooperatiflerin şahıs şirketleri veya sermaye şirketleri arasında sayılmaması kooperatiflerin hukuki niteliğinin belirlenmesinde belirleyici bir ölçüt niteliğinde bulunmayıp, 1163 sayılı Kanununun 98. maddesi nedeniyle, anonim şirketler gibi kooperatiflerin de sermaye şirketi olduğu dahi tartışmaya açılabilir. Öğretide de, kooperatiflerin sermaye şirketleri arasında sayılmamış olmasının ya da kendine özgü bir şirket türü olmasının ticaret şirketi niteliğini etkilemeyeceği ifade edilmektedir<sup>16</sup>.

Karşı oy yazısında, sosyal amaçlarla kurulan kooperatif ortaklıklarının zayıf sermaye yapısına sahip oldukları, bu ortaklıkların tacirlere özgü yaptırımlara tabi tutulmalarının adalet ve hakkaniyete aykırılık oluşturacağı, ülkemiz kooperatifçiliğinin, yüzlerce yıllık imece kültürümüzün, milli bünyemizin asırlar içerisinde vücuda getirdiği bu sosyal ve ekonomik katkılar

---

<sup>16</sup> Kırcı, (n 3) 22-23



sağlayan milli kuruluşumuzun ağır yaptırımlar içeren hukuki rejim içerisinde fonksiyonlarını gerçekleştiremez duruma geleceği, içtihadı birleştirme kararı nedeniyle çok büyük olumsuzluklar yaşanacağı belirtilmekte ve bu haliyle içtihadı birleştirme kararı çoğunluk görüşünün oluşa da uygun olmadığı ifade edilmektedir. Karşı oy yazısında yer alan ifadeler son derece önemli olmakla birlikte, pozitif hukuk ve ideal hukuk kavramlarını akla getirmekte ve ideal hukuka yakın görünmektedir<sup>17</sup>. Ancak, ideal, olması gereken hukuk düşüncesi yargı kararlarının oluşturulması ve uygulanmasında pozitif hukukun önüne geçmemelidir. İleride gerçekleşebilecek olası bir yasal düzenleme açısından bu gerekçeler dikkate değer olup, tüm kooperatif türleri dikkate alınarak bazılarının tacir sayılması, bazılarının ise tacir sayılmaması yönünde açık bir yasal düzenleme yapılması da gündeme getirilebilir.

## SONUÇ

Bu çalışmada, Yargıtay'ın 12.11.2021 tarihli ve 2020/2 E., 2021/3 K. sayılı İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararı çerçevesinde kooperatiflerin tacir niteliği incelenmiştir. Kooperatiflerin tacir sayılıp sayılmayacakları yıllardır öğreti ve uygulamada çeşitli yönleri ile tartışılmaktaydı. Konu ile ilgili olarak 1945 yılında verilmiş bir içtihadı birleştirme kararı da bulunmaktadır. 2021 tarihli içtihadı birleştirme kararının uygulama açısından tartışmaları sona erdireceği düşünülmektedir.

Esasen kooperatiflerin hukuki niteliği Anayasanın 171, Kooperatifler Kanunu'nun 1. maddesinde yer alan kooperatif tanımı ile TTK'nin 16 ve 124. maddeleri çerçevesinde tartışmaya konu edilmekte ve farklı görüşler ifade edilmektedir.

Kanaatimizce TTK m. 16 ve 124 değerlendirildiğinde, kooperatiflerin hukuki niteliği ticaret şirketi ve tacir şeklinde değerlendirilmelidir. Nitekim öğretilerde de bu sonuç genel kabul görmekte olup, kooperatiflerin ticaret şirketi ve tacir sayılmayacaklarına yönelik yargı kararlarının kanuna aykırı yorum oluşturduğu ifade edilmektedir. Sonuç olarak, bir kısım yargı kararlarında kooperatiflerin tacir sayılmayacakları sonucuna varıldığından, sorunun içtihadı birleştirme kararı ile çözüme bağlanması ihtiyacı doğmuştur. Bu noktada ise, 1945 tarihli içtihadı birleştirme kararı bulunmakta iken ve bu kararın değiştirilmesi ya da kaldırılması ihtiyacı bulunup bulunmadığının müzakere edilmemiş olmasının usuli açıdan bir eksiklik oluşturduğunu düşünmekteyiz. Zira, 1945 tarihli içtihadı birleştirme kararı ile incelemeye konu edilen 2021 tarihli içtihadı birleştirme kararı aynı sonuca varmakta olup, lehte ve aleyhte görüşlerin de büyük ölçüde

<sup>17</sup> Kooperatiflerin tacir sayılıp sayılmayacağı hususunun *de lege lata* tartışmayı gerektirmeyecek ölçüde açık olduğu ve aksi yöndeki görüşlerin ancak *de lege feranda* önem taşıyabileceği hususunda bkz. Kırcı, (n 3) 19 ve 21

benzer olduğu görülmektedir. 1945 tarihli içtihadı birleştirme kararı bulunmakta iken, yargı organlarının buna aykırı içtihat geliştirmeleri de dikkate değer bir husustur.

İncelemeye konu içtihadı birleştirme kararının sonucu itibariyle yerinde olduğu ve yasal düzenlemeler ile uyumlu olduğu sonucuna varılmaktadır. Ancak, başta 1945 tarihli içtihadı birleştirme kararı bulunmakta iken, bu kararın değiştirilmesi ya da kaldırılması ihtiyacının bulunup bulunmadığının müzakereye açılmaması olmak üzere bazı konuların içtihadı birleştirme kararında yeterince ele alınmadığı kanaatindeyiz.

Karşı oy yazısında yer alan ifadeler son derece önemli olmakla birlikte, pozitif hukuk ve ideal hukuk kavramlarını akla getirmekte ve ideal hukuka yakın görünmektedir. Ancak, ideal olması gereken hukuk düşüncesi yargı kararlarının oluşturulması ve uygulanmasında pozitif hukukun önüne geçmemelidir. İleride gerçekleştirilecek olası bir yasal düzenleme açısından karşı oy yazısında yer alan gerekçeler de dikkate değer olup, tüm kooperatif türleri dikkate alınarak bazılarının tacir sayılması, bazılarının ise tacir sayılmaması yönünde açık bir yasal düzenleme yapılması da gündeme getirilebilir.

## KAYNAKÇA

Akgökçe, A, '1163 Sayılı Kooperatifler Kanunu'na Göre Kooperatif Yönetim Kurulu Üyelerinin Cezai Sorumluluklarının İncelenmesi' (YL Tezi, Ankara Üniversitesi, 2019)

Aykut, E, 'Kooperatiflerin Tacir Sıfatı' (2021) Kasım (Özel Sayı) Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 41-50

Çağa, T, 'Özel Hüküm Genel Hükmü Her Zaman Bertaraf Eder mi?' (1991) (3) Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 366-375

Çevik, O N, 'Kooperatifler Ortaklık (Şirket) Değildir' (2006) 1(2) Terazi Hukuk Dergisi, 7-10

Karahan, S, 'Ticari İşletme ve Tacir Kavramları İle İlgili 6102 Sayılı Ticaret Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi' (2012) 18(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 3-9

Kırca, İ, 'Kooperatiflerin Tacir Niteliği Hakkında Yargıtay'ın Tutumu: Kanuna Aykırı Yorum mu Yoksa Örtülü Boşluk Doldurma Gayreti mi?' (2017) 33(2) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 5-25

Kuluçlu, E, 'Türk Hukuk Sisteminde Normlar Hiyerarşisi ve Sayıştay Denetimine Etkileri' (2008) Aralık (71) Sayıştay Dergisi, 3-22

- Mollaoğlu, Y, ‘Kooperatiflerin Hukuki Niteliği’ (YL Tezi, Selçuk Üniversitesi, 2018)
- Orbay Ortaç, N ve Can, O, ‘Yapı Kooperatiflerinin Tacir Sıfatı Olup Olmadığı Sorusu Bağlamında Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 15.9.2014 Tarih, 2014/2787 Esas ve 2014/5195 Karar Sayılı Kararının Eleştirisi’ (2016) 32(3) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 79-104
- Özdek, Y, ‘Anayasaya Uygunluk Denetiminin Kapsamı’ (1988) 4(4) Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 119-148
- Özel, B ve Cinbaş, M E, “Kooperatif Ortaklıklarda Yönetim Kurulunun Oluşumu”, (2013) 21(2) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 255-269
- Pınar, H, ‘Kooperatif Yöneticilerinin Görevden Alınması ve Kooperatiflerde Denetim Sorunu’ (2014) 18(2) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 139-174
- Sarıkaya, S, ‘Kooperatiflerin Katıldığı Birleşmelerde Kanunların Çatışmasından Doğan Sorunlar ve Uygulanacak Hükümlerin Tespiti’ (2019) 5(2) Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, 222-242
- Teziç, E, ‘Kanunların Anayasaya Uygunluğunun “Esas” Açısından Denetimi’ (1985) 51(1-4) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 23-43
- Topaloğlu, M, ‘Kooperatiflerin Genel İlkeleri ve Kuruluşu’ (2021) 18(2) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 645-665
- Üstün, Y, ‘Normlar Hiyerarşisi ve Kooperatiflerin Denetimi Meselesi’, (2014) (2) Tematic Ticaret ve Mevzuat Araştırmaları Dergisi, 1-10
- Yazıcı, A, S, ‘1163 Sayılı Kooperatifler Kanunu’na Göre Kooperatiflerin Denetimi’ (YL Tezi, Ondokuz Mayıs Üniversitesi, 2016)



NKÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, 2022(1), 217-262

DOI 10.51562/nkuhukuk.2022319

<https://dergipark.org.tr/tr/pub/nkuhukuk>

Başvuru:02.05.2021

Kabul:11.04.2022

## NKÜ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

### MÜSADERENİN MÜLKİYET HAKKI İLE İLİŞKİSİNİN ANAYASAL AÇIDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

*Dr. Ahmet Korhan MASTI \* ve Abdullah DÖLEN*

#### ÖZ

12/10/2004 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak 01/06/2005 de yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, hukukumuza önemli yenilikler ve düzenlemeler getirmekte, en önemlisi de çalışmamızın konusunu oluşturan müsadere konusunda da önemli yenilikler getirmektedir. 765 sayılı TCK'nin 36. maddesinin karşılığı olarak 5237 sayılı TCK'da madde 54 ve 55' de düzenlenmiş olan müsadere 765 sayılı kanunun aksine, eşya müsadere ayrı bir maddede, kazanç müsadere ayrı bir madde de düzenlenmiştir. Müsadere ile ilgili bu çalışmamız müsadere kavramının tanımı, müsaderenin amacı ve hukuksal niteliğine ilişkin görüşler, müsaderenin çeşitleri, ardından elkoyma, muhafaza altına alma, mülkiyetin kamuya geçirilmesi gibi müsaderenin benzer kavramlarla ilişkisine değinilecektir. İkinci bölümde müsadere ile mülkiyet hakkı ile ilişkisi 1982 anayasasında mülkiyet hakkı ve sınırlanması anayasal uygunluğu, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması rejimi çerçevesinde incelenecektir. Çalışma ile amaçlanan müsadere konusunun açıklanması ve müsaderenin Anayasa hükümleri ile koruma altına alınan temel hak ve özgürlüklerden mülkiyet hakkına etkisinin ortaya konulmasıdır. Nitekim, müsadere ile kamu düzeninin korunması, suç ve suçlu ile mücadele amaçlanmakta, fakat başta mülkiyet hakkı olmak üzere hak ve menfaatler üzerinde sınırlayıcı veya ortadan kaldırıcı etkileri bulunmaktadır.

**Anahtar Kelimeler** Müsadere, Müsadere yargılaması, Anayasa, Mülkiyet hakkı, Mülkiyet hakkının sınırlandırılması

\* Çağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

\*\* Çubuk Cumhuriyet Savcısı



## CONFISCATION LAW AND RIGHT TO PROPERTY

*Dr. Ahmet Korhan MASTI \*\* ve Abdullah DÖLEN*

### ABSTRACT

The Turkish Criminal Law No. 5237 and the Law of Criminal Procedure Law numbered 5271, which were published in the official newspaper dated 12/10/2004 and entered into force on 01/06/2005, bring important innovations and regulations to our law. The most importantly, it brings important innovations in confiscation, which is the subject of our thesis. Contrary to the law numbered 765 to the confiscation regulated in Articles 54 and 55 of the Turkish Criminal Law numbered 5237 in return for the article 36 of the Turkish Criminal Code numbered 765, the goods confiscation is regulated in a separate article, and the confiscation of earning is regulated in a separate article. This work on confiscation consists of two parts; In the first part, the definition of the concept of confiscation, the purpose of the confiscation and the opinions about the legal quality, the types of confiscation are explained under the titles of general confiscation and private confiscation, compulsory confiscation and discretionary confiscation, property confiscation and gain confiscation, and then the relation of confiscation with similar concepts will be mentioned such as; seizure, bulwark, alienation to the public. In the second part, the relationship with confiscation and the right to property will be examined constitutionally from the 1982 constitution. The purpose of the study is to explain the subject of confiscation and to reveal the effect of confiscation from the fundamental rights and freedoms protected by the Constitutional provisions on the right to property. Indeed, protection of public order by confiscation, being up against offense and criminalis aimed, but it has restrictive or eliminating effects on rights and interests, especially the right to property.

**Keywords** Confiscations, Security measures, Confiscations of earnings, Goods confiscation, Trial of confiscation, Execution of confiscation, Constitution, Right to own property, European Court of Human Rights, The Restriction of the right to own property

---

\*\* Çağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi  
\*\* Çubuk Cumhuriyet Savcısı

### **Extended Summary**

The conjugal union is highly valuable for Turkish society, and the family union formed by marriage is accepted as the foundation of society. Thus, it is essential for the couples to get to know each other before the conjugal union is established. Moreover, they need a process to prepare for marriage. This process that couples go through before marriage is called engagement. Engagement refers mutual declaration of intention of woman and man to marry one another. The situation that starts with the realization of the engagement and continues until the end of the engagement for marriage or any other reason is also called engagement.

Engagement is not conditional on form, thus the parties may declare their intention to marry in front of the community or only to each other. Which words or behaviors can be counted as the presence of the intention to be engaged should be determined according to the customs and traditions of the environment in which the parties live, and the personal situations of the parties.

Engagement terminates when the parties marry each other. However, although the purpose of the engagement is for the parties to marry in the future, sometimes the engagement may terminate for reasons depending on the parties while sometimes it may not be depended on the parties. These reasons are the marriage of one or both engaged parties, the court order for death or absence of either party, the parties' agreement to terminate the engagement, the unilateral termination of the engagement by either party, the emergence of a definite obstacle to marriage or the impossibility of marriage, the fulfillment of the disruptive condition, and the presences of some conditions that cause defective intention.

In the event that the engagement is terminated for any reason other than marriage, the reason is important in terms of evaluating the material and moral compensation that are the consequences of the termination of the engagement. In case the engagement is terminated unilaterally, the party who terminates the engagement without a just cause or is at fault may pay material and moral compensation.

The subject of pecuniary compensation consists of the expenses incurred within the scope of preparation for marriage during the engagement period and the damages incurred due to the engagement, that is, the negative damages based on the trust that the marriage will take place. In addition to the fiancée, pecuniary compensation can also be claimed by the fiancée's mother and father or by persons acting as their parents.

The subject of moral compensation comprises of the violation of the personality rights of the party upon termination of engagement, who is not at fault to terminate the engagement, and the pain and suffering caused by this violation. Moral compensation may only be claimed by the engaged parties, since it is a strictly personal right.

In the event that the engagement is terminated for any reason other than marriage, the gifts given by the engaged parties may be requested to be returned. In other words, it is sufficient for engagement to terminate for a reason other than marriage. Legally, the right to demand the return of gifts, just as in monetary compensation, is also granted to fiancée's mother and father or by persons acting as their parents, apart from the fiancée. Lawsuits to be filed due to termination of engagement are subject to a one-year statute of limitations.

## GİRİŞ

26/9/2004 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) genel kurulunda kabul edilen ve 12/10/2004 tarihli Resmî Gazete 'de yayımlanarak 01.06.2005 tarihi itibari ile yürürlük kazanan 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK)<sup>1</sup> hukukumuzda getirdiği yeni ve önemli düzenlemelerden biri de müsadere'dir. TCK'nin 54 ve 55. maddelerinde düzenlenmiş olan müsadere, 765 sayılı Türk Ceza Kanun'da (TCK)<sup>2</sup> 36. maddede düzenlenmişti. 5237 sayılı TCK'da 765 sayılı TCK'dan farklı bir şekilde, müsadere kurumu eşya ve kazanç müsadere şeklinde farklı iki maddede düzenlenmiştir.

Müsadere konusunda 5237 sayılı TCK'da getirilmiş olan yenilikleri şu şekilde sıralanabilir<sup>3</sup>:

Yeni düzenlemeler neticesinde müsadere'nin hukuki niteliğinin ne olduğu hususundaki tartışmalara son verilerek, güvenlik tedbiri olarak kabul edilmiştir, başlı başına bir ceza değildir,

Söz konusu eşyanın müsadere'sine karar verilebilmesi için, eşyanın iyi niyetli üçüncü şahıslara ait olmaması şartı açıkça madde metninde hüküm altına alınmıştır,

İtibari değer'in müsadere'sine karar verilebileceği hüküm altına alınmıştır,

Orantılılık ilkesi müsadere içinde getirilmiştir,

Kısmi müsadere artık şartlarının varlığı hâlinde mümkün olmaktadır,

Müsadereye konu eşyanın ortak eşya olması hâli düzenlenmiştir,

Müsadere'nin yalnızca "kasıtlı suçlar" da söz konusu olabileceği hüküm altına alınmıştır,

Müsadere'nin tüzel kişiler hakkında da uygulanacağı kabul edilmiştir,

5237 sayılı TCK ile getirilen önemli düzenlemelerden birisi de müsadere konusunun artık sadece TCK'da düzenlenmiş olmasıdır. Kural olarak diğer yasalarda yer alan müsadereye ilişkin hükümler 2006 yılında bir kısım değişikliklere uğrayan TCK'ye uyum için 08.02.2008 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanan 5728 sayılı "*Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun*" ile kaldırılarak veya 5237 sayılı ceza kanununun 54. ve 55. maddesine yollama yapılmak suretiyle, genel hükümler kısmında gidilmeye çalışılan uygulama birliğine, böylelikle müsadere

\* Dr. Öğretim Üyesi, Çağ Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, [akmasti@cag.edu.tr](mailto:akmasti@cag.edu.tr), ORCID 0000-0002-5288-2960 \*\* Çubuk Cumhuriyet Savcısı

<sup>1</sup> 26/09/2004 tarih ve 5237 sayılı Kanun, RG. 12.10.2004, S.25611

<sup>2</sup> 01/03/1926 tarih ve 765 sayılı Kanun, RG. 13.03.1926, S.320

<sup>3</sup> Osman Yaşar ve Hasan Tahsin Gökcan ve Mustafa Artuç, Yorumlu - Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Cilt II (1st edn, Adalet Yayınevi 2010) 1752-1753



konusunda da uyulmuştur. Şu an bu konuda getirilen tek istisna 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu<sup>4</sup> madde 13 olduğu söylenebilir.

5237 sayılı TCK'da müsadere hususunda ayrıntılı hükümler getirilmiş olmasının nedeninin; 765 sayılı TCK'da yer almayan fakat uygulama ile dahil olan hususları ve mülkiyet hakkına müdahaleyi suçta ve cezada kanunilik ilkesine çerçevesinde kanuni çerçeveye alma istediği olduğu savunulmaktadır<sup>5</sup>.

Müsadere, bir kimsenin menkul veya gayrimenkul malın mülkiyetinin veya kazancın, kanunda öngörülen şartların gerçekleşmesi hâlinde mahkeme kararıyla malikinin rızasına bakılmaksızın devlet tarafından zorla elinden alınmasıdır. 5237 sayılı TCK ile müsadere konusunda ayrıntılı hükümler getirilmiştir. TCK'da müsadere kurumunun hukuki niteliği olarak güvenlik tedbiri olduğu açık bir şekilde kabul edilmiştir.

Müsadere kurumu suçla mücadelede, suç işleyerek elde edilen kazancın önlenmesi açısından önem arz etmektedir. Müsadere, mülkiyet hakkını sona erdirdiğinden anayasamızda düzenlenerek koruma altına alınan ve insanlık tarihinin ilk dönemlerinden bu yana doğal, dokunulmaz bir hak olarak kabul edilen mülkiyet hakkı ile ilişkisi de konumuz açısından önem arz etmektedir. Türkiye Cumhuriyeti Anayasa'nın<sup>6</sup> temel haklar ve ödevler başlıklı ikinci kısımda kişinin hakları ve ödevleri bölümünde 35. maddede mülkiyet hakkı düzenlenmiştir. Anayasamız bu madde ile herkesin mülkiyet ve miras hakkına sahip olduğunu belirterek mülkiyet hakkını koruma altına almıştır. Devamında mülkiyet hakkının kendisinin kamu yararı amacının varlığı hâlinde, hakkın kullanılmasının ise toplum yararı amacıyla sınırlanabileceğini düzenleyerek hakkın sınırlanabileceği hususunu da düzenlemiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin (AYM) bireysel başvurulara ilişkin yayınlamış olduğu ihlal kararlarının hak ve özgürlüklere göre dağılımına ilişkin istatistiğinde; hak ihlali açısından bu ihlallerin birinci sırasında %32,1 oranla adil yargılanma hakkı gelirken ikinci sırada ise %22,2 oranla mülkiyet hakkı gelmektedir.<sup>7</sup>

Bu kapsamda müsadere ile ilgili bu çalışmamız iki bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümünde müsadere kavramının tanımı ve müsaderenin çeşitleri, benzer kavramlarla ilişkisi ele alınmıştır. İkinci bölümde müsadere ile mülkiyet hakkı arasındaki ilişki, 1982 anayasasında

<sup>4</sup>21/03/2007 tarih ve 5607 sayılı Kanun, RG, 31.03.2007, S.26479

<sup>5</sup>Tahir Hami Topaç, 'Eşya Müsaderesi (TCK. 54)' (2013) 0(2), Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 49 <<http://www.uyusmazlik.gov.tr/Resimler/Pdfler/Makaleler/30-11-2017tahirhamitopac.pdf>> Erişim Tarihi 10 Kasım 2020

<sup>6</sup>18/10/1982 tarih ve 2709 sayılı Kanun, RG. 09.11.1982, S.17863

<sup>7</sup>AYM, 'Bireysel Başvuru İstatistikleri (23/9/2012-31/12/2019)' 17 <<https://www.anayasa.gov.tr/tr/bireysel-basvuru/istatistikler>> Erişim Tarihi 10 Nisan 2020

mülkiyet hakkı ve sınırlanması anayasal açıdan incelenerek, müsadere anayasaya uygunluğu anayasal açıdan değerlendirilmektedir.

## I. MÜSADERE KAVRAMI

Günümüz hukuk sistemlerinde, neredeyse bütün ülkelerin ceza hukuku sistemlerinde müsadere aynı kavram altında olmasa da yer almaktadır. Fakat müsadere tarihi ise Roma hukukuna kadar dayanmaktadır. Romalılar savaşta işgal ettikleri devletlerin arazilerinin bir kısmını müsadere ederek devletin mülkiyetine geçirirlerdi. Bu şekilde devlete geçen arazi satılarak ya da kiraya verilerek devlete gelir sağlanırdı. Ayrıca müsadere cezası devlete karşı işlenen suçlarda uygulanmış veya birtakım yasak olan eski dini ayinleri yapanların veya arazisinde yapılmasına müsaade edenlerin eylemleri suç sayılıp malları da müsadere edilmiştir<sup>8</sup>.

Genel müsadere 1810 Fransız Ceza Kanununda da varlığını devam ettirmesine rağmen, 1789 Fransız İhtilalinde cezaların şahsiliği prensibini ve mülkiyet hakkını yok saydığı için eleştirilmiştir. İslam hukuk düzeninde kamu görevlilerinin devlet namına çalışırken iktisap ettikleri malların kamuya ait olduğunun benimsenmesi kuralına dayanan müsadere, Türk hukuk sisteminde ise ilk defa 1451 yılında Fatih Sultan Mehmet döneminde benimsenmiştir. 1453 yılında Çandarlı ailesinin malları müsadere edilmesi ile de ilk kez uygulanmıştır. Müsadere kuralında temel amaç, devlette önemli rütbelerde bulunan kişilerin ölümünden sonra geriye zaten mal bırakamayacakları düşüncesi ile dürüst davranmasını sağlamaktır. 16. yüzyıla gelindiğinde ise mal varlığının tamamı yerine bir kısmı müsadere edilip, bir kısmı mirasçılara intikal ettirilmekteydi. İlerleyen dönemlerde bu sistemin kötüye kullanılması ile II. Mahmut müsadere sadece kamu malı olduğu mahkeme kararı ile sabit olan mallara uygulanabileceği kuralını getirmiş fakat Tanzimat ilan edildikten sonra bu kural kaldırılmıştır<sup>9</sup>.

Müsadere kavramı, hem 765 sayılı TCK'da hem de 5237 sayılı TCK'da aynı kavram olarak kullanılmıştır. Müsadere anlamı sözlükte "*zor alım*" Osmanlıca sudur kelimesinden anlamı ise "*yasak edilen bir şeyin kanuna göre elden alınması*" anlamına gelmektedir<sup>10</sup>. Müsadere TCK'da 54. ve 55. maddelerde düzenlenmiştir.

5237 sayılı TCK'nin 54. maddesinin gerekçesinde ise müsadere ve müsadere yanında suç neticesinde bireylerin mülkiyetinin kaldırılarak devletin mülkiyetine geçmesi şeklindeki yaptırımlar yasa tasarısında "*fer'i ceza*" şeklinde düzenlenmiştir. Bir şey üzerindeki mülkiyetin devlete geçmesini sonuçlayan yaptırım olan müsadere yanında "suç nedeniyle mülkiyetin

<sup>8</sup>Abdulkadir Certel, Müsadere, (1st edn, Seçkin Yayıncılık 2008) 17

<sup>9</sup>Certel, (n 8) 17-18

<sup>10</sup>Sesli Sözlük <<https://www.seslisozluk.net/m%C3%BCsadere-nedir-ne-demek>> Erişim Tarihi 01Ocak 2021

devlete geçmesi” adında ayrı bir yaptırım düzenlemesinin hem kavramsal olarak kargaşa yaratacağı hem de bilimsel açıdan yanlış olduğu gerekçede belirtilmektedir. Ayrıca, yasa tasarısında müsadere yaptırımını ceza olarak önceden kararlaştırılmasına karşın, müsadereye karar verilebilmesi için işlenen suç nedeniyle, neticede hiç kimse hakkında mahkûmiyet kararı verilmemiş olsa dahi müsadereye karar verilebileceği hüküm altına alınmıştır. Zira diğer yandan ayrıca cezalandırıcı niteliği de olan müsadere yaptırımına, mahkûmiyet kararı verilmeden karar verilemeyeceği ortadadır. Tasarıda bu hususların ortaya çıkaracağı sakıncaların ortadan kaldırılarak müsaderenin Anayasada koruma altına alınan mülkiyet hakkına helal getirmemesi için, TCK’da suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen eşyanın müsaderesi hususunda karar verileceği kabul edilmiştir<sup>11</sup>.

Arapça kökeni olarak "meydana çıkma, olma" anlamındaki "sudur" sözcüğünden türetilmiş olan "müsadere" kelimesi özel mülkiyetin bedelsiz olarak devletin veya hükümdarın mülkiyetine geçmesi gibi anlamların yanında, kanunlarda yasaklanan eşyaların devlet tarafından "zapt edilmesi" şeklinde de kullanılmaktadır. Sahibinin rızası olmaksızın bir malı zorla alma anlamına gelen "gasb" ile müsadere bazen aynı anlamda algılanmışsa da gaspın aksine müsaderenin genellikle hukuki bir temele dayandırıldığı söylenebilir<sup>12</sup>.

Zapt ile müsaderenin farklı olduğunu belirten bir görüş; zaptı zilyetliği geçici olarak kaldıran usulî işlem, müsadereyi ise malın mülkiyetinin devlete geçmesi sonucunu doğuran kesin bir tedbir olarak ifade etmiş, fakat genellikle zaptın müsadereden önce yapılan bir işlem olmasından dolayı "zapt ve müsadere olunur" şeklinde iki kavramın birlikte kullanılmakta olduğunu belirtmiştir<sup>13</sup>.

Ceza hukuku anlamında müsadere ise ilgili maddelerde de düzenlendiği üzere işlenmiş olan suçun karşılığı olarak suçun failinin mal varlığının bütünü ya da bir parçası üzerinde sahip olduğu mülkiyet hakkının sona erdirilerek, söz konusu mülkiyet hakkının kamusal makamlara devredilmesidir.

Doktrinde müsadereye ilişkin farklı tanımlar yapılmakla birlikte bu tanımlamalar genel olarak benzer niteliktedir.

<sup>11</sup> TBMM Mevzuat Bilgi Sistemi, ‘Türk Ceza Kanunu 54. madde gerekçesi’ <<https://mevzuat.tbmm.gov.tr>> Erişim Tarihi 18.03.2021

<sup>12</sup>Doğan Gedik, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'na Göre Müsadere (2nd edn, Adalet Yayınevi 2016) 5

<sup>13</sup>Abdullah Pulat Gözübüyük, Alman, Fransız, İsviçre ve İtalyan Ceza Kanunlarıyla Mukayeseli Türk Ceza Kanunu Gözübüyük Şerhi (5th edn, Kazancı Hukuk Yayınları 1988) 334

Dönmezer ve Sahir'e göre; *"işlenen bir suç karşılığı olarak suçlunun mal varlığının tamamı veya bir kısmı üzerindeki mülkiyetinin ortadan kaldırılması ve bu mülkiyetin kamusal karakter gösteren bir kuruluşa devredilmesidir."*<sup>14</sup>

Gözübüyük'e göre; *"kanunda yazılı hâllerde belli bir veya birkaç şeyin sahibinin mülkiyetinden devletin mülkiyetine geçirilmesidir."*<sup>15</sup>

Centel, Zafer ve Çakmut'a göre; *"mahkûmiyetin sonucu olarak bir eşyanın veya kazancın mülkiyetinin devlete geçmesi"* demektir<sup>16</sup>.

Hakeri'ye göre; *"bir şeyin mülkiyetinin devlete geçmesini sonuçlayan bir yaptırımdır"* denilmektedir<sup>17</sup>.

Toruslu'ya; *"yeni suçların işlenmesini önlemek amacıyla, cezai nitelikteki hukuka aykırı fiillerden kaynaklandığı veya bunların işlenmesi ile ilgili olduğu için suç düşüncesini ve suçun çekiciliğini canlı tutan eşyaya devlet lehine el konulmasıdır"*<sup>18</sup>

Doktrindeki farklı görüşler kişinin eşya üzerindeki mülkiyet hakkının devlete geçmesi neticesinde sona ermesini temel alarak müsadere kavramını açıklamaktadır.

Yargıtay uygulamalarında müsadere yerine *"zoralım"* teriminin kullanıldığı da görülmektedir<sup>19</sup>. Örnek bir kararı *"5237 sayılı TCK'nin 54/1. maddesi uyarınca zoralım kararı verilebilmesi için zoralıma konu aracın iyi niyetli üçüncü kişilere ait olmaması gerektiği"*<sup>20</sup> şeklindedir. Yargıtay'ın bu şekildeki kullanımı kavramsal karışıklığa yol açabileceği için eleştirilebilir.

Bu tanımları hep birlikte değerlendiren diğer bir yazar, genel olarak müsadereyi kanunda şartları yazılı, belirli durumlarda *"belirli eşyanın mülkiyetinin veya kazancın mahkeme kararıyla sahiplerinden alınarak devlete verilmesini sağlayan ve bazen ceza bazen de tedbir olarak uygulanan ve hukuki niteliği güvenlik tedbiri kabul edilmiş olan"*, bir yaptırım türü olarak tanımlamaktadır<sup>21</sup>.

<sup>14</sup>Sulhi Dönmezer ve Erman Sahir, Nazari Tatbiki Ceza Hukuku Cilt II (10th edn, Beta Yayınevi 1994) 709

<sup>15</sup>Gözübüyük (n 13) 334

<sup>16</sup>Nur Centel ve Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş (5th edn, Beta Yayınevi 2008) 761

<sup>17</sup>Hakan Hakeri, Yeni Türk Ceza Hukukunun Temel Kavramları Genel Hükümler (3th edn, Seçkin Yayıncılık 2005) 349

<sup>18</sup>Nevzat Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım (14th edn, Savaş Yayınevi 2009) 409

<sup>19</sup>Yar. CGK, E. 8-778, K.1795, 02.10.2012 (UYAP) <https://uyap.gov.tr> Erişim Tarihi 10.09.2020

<sup>20</sup>Yar. 7. CD, E. 2015/24667, K. 2019/36275, 24.10.2019, (UYAP) <https://uyap.gov.tr> Erişim Tarihi 17.12.2020

<sup>21</sup>Gedik, (n 12) 8

Kasten işlenen bir suçun işlenmesinde bizzat kullanılan<sup>22</sup> veya bizzat kullanılmamakla birlikte söz konusu suçun işlenmesine tahsis edilen<sup>23</sup> veya işlenen suç neticesinde meydana gelen eşyanın müsadere edileceği 54. maddenin ilk fıkrasında düzenlenmiştir. 54/1. maddenin ikinci cümlesinde suçun işlenmesinde kullanılmak amacıyla hazırlanmış olan eşyanı kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlâk açısından tehlikeli olması hâllerinden birinin varlığı hâlinde müsadere edileceği düzenlenmiştir. 54/4. maddesinde ise üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alım ve satımı suç oluşturan eşyanın<sup>24</sup> müsadere edileceğini, bu konuda takdire yer vermeyecek şekilde düzenlenmiştir.

Kazanç müsaderesini düzenleyen 55. maddede ise, suçun işlenmesi neticesinde elde edilen menfaatlerin (taşınır, taşınmaz eşya, para, altın, döviz, bono, çek, poliçe gibi), bizzat suçun konusunu oluşturan (hırsızlık suçunda taşınır eşya) ya da söz konusu suçun işlenmesi amacı ile faile sağlanan maddi menfaatlerin ve bu menfaatlerin değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi neticesinde meydana gelen ekonomik kazançlar üzerindeki mülkiyetin ya da hakkın devlete geçirilmesini<sup>25</sup> hüküm altına almaktadır.

## II. EŞYA KAVRAMI

Eşya müsaderesinin konusunu eşya oluşturduğundan, eşya kavramına da değinmek yerinde olacaktır. Sadece maddi varlığı olan şeyleri eşya kapsamında değerlendiren tanımlamaya göre hukuki anlamda eşya; üzerinde bireysel hâkimiyet kurmaya imkân sağlayan ve ekonomik anlamda bir değer taşıyan, kişiler dışındaki cismani varlıklar olarak tanımlanabilir. Fakat Türk Medeni Kanunu'nun (TMK)<sup>26</sup> aynî hak konusu (objesi) olarak sadece eşyayı kabul etmediği belirtilmelidir. Fikir ve sanat eserleri ve buluşlar (icadlar) üzerinde klasik anlamda mülkiyet hakkının varlığının aksine, başka bir kategoride olan ve fikri hak şeklinde adlandırılan mutlak bir hakkın varlığı kabul edildiğinden gayri maddi eşya olarak - bazı hukuk düzenlerinde- isimlendirilen fikir ve sanat eserleri ve buluşlar bugün bizim hukukumuzdaki eşya kavramının dışında kalmaktadır. Fakat tablo veya heykel gibi fikir ve sanat eserlerini somutlaştıran, maddi bir varlığa büründüren şeyler eşya niteliğine sahiptir<sup>27</sup>.

<sup>22</sup>Örneğin; kasten yaralama suçunda kullanılan silah niteliğindeki her türlü eşya, bıçak, sopa, ip vb.

<sup>23</sup>Eşya suçun işlenmesinde bizzat kullanılmamaktadır. Önemli olan eşyanın suç işlenmesi için sürekli bir şekilde hazır olarak bulundurulmasıdır.

<sup>24</sup>Örneğin; 6136 sayılı yasaya aykırı ateşli silahlar veya bıçaklar, sahte para, sahte kimlik, pasaport, ehliyet vb.

<sup>25</sup>Gedik, (n 12) 9

<sup>26</sup>22/11/2001 tarih ve 4721 sayılı Kanun, RG. 08.12.2001, S.24607

<sup>27</sup>Kemal Oğuzman ve Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir, Eşya Hukuku (12th edn, Filiz Kitabevi 2009) 6-7

TMK'nin dördüncü kitabında eşya konusunda taşınır eşya ve taşınmaz eşya olarak ikili bir ayrıma gidilmiştir. Özüne zarar verilmeksizin bir yerden başka bir yere taşınabilen eşya taşınır (telefon, kitap, ziynet eşyası) eşya şeklinde, özüne zarar vermeksizin taşınamayan eşya (ev, arsa) ise taşınmaz eşya şeklinde tanımlanmaktadır.

O hâlde silah kaçakçılığı ticaretinde veya uyuşturucu ticaretinde kullanılan bir gemi, bir araç, sınırdan kaçak eşya kaçırmak amacı ile kullanılan bir katır, üretilmesi ve bulundurulması yasak olarak kabul edilen bir bitki (Hint keneviri), kasten yaralama suçunda kullanılan takma bacak vb. eşya sayılmaktadır. İşte bu tarz eşyaların müsadere kanunda yazılı şartlar oluştuğu takdirde yine yasada yazılı usule göre mümkündür<sup>28</sup>.

Eşyanın mütemmim cüzünün, yani asıl eşyanın temel unsurunun, diğer anlamı ile eşyanın bütünleyici parçasının müsadere hususuna gelince, mütemmim cüzler asıl eşyanın temel unsurunu oluşturduğundan asıl eşya ile birlikte müsadere edilebilir. Örneğin bir arabanın aküsü, motoru, tekerleri asıl eşya olan arabanın bütünleyici parçası olduğu için arabadan fiziki olarak ayrılabilir de hukuken ayırlamayacağından asıl eşya olan araba ile müsadere edilebilir. Teferruat (eklenti) ise asıl eşyanın temel unsuru olmadığı için ve asıl eşyadan ayrılabilirdiği için, asıl şey ile suçun işlenmesinde birlikte kullanılarak suçun işlenmesinde görev ifa ederek katkı sağlamamışsa, kural olarak asıl eşya ile birlikte müsadereye tabi değildir. Fakat eklenti, suçun işlenmesi esnasında bir görev ifa ederek suçun işlenmesine katkı sağlamış ise müsadere edilir. Örneğin bir traktörün römorku teferruatır, suçun işlenmesinde kullanılmış olan ve asıl eşya niteliğindeki traktörle birlikte müsadere edilmez, ancak römorka gizli bölme yapılarak bu bölmede uyuşturucu saklanmış ise römork ve traktörün ikisi de suçun işlenmesinde bir görev ifa ettiği için, römork ve traktörle birlikte müsadereye tabidir<sup>29</sup>.

### III. MÜLKİYET HAKKI KAVRAMI

Kısaca hak, hukuken korunan ve sahibine bu korunmadan yararlanma yetkisi tanınan menfaattir<sup>30</sup>.

TMK'de mülkiyet kavramı tanımlanmamıştır. Anayasamızın 35. maddesi de temel haklar ve özgürlükler arasında yer vererek koruma altına aldığı mülkiyet hakkının temel kavramı olan mülkiyeti tanımladığı söylenemez. TMK mülkiyeti tanımlamamakla birlikte, madde 683 hükmü ile mülkiyet hakkının içeriğini ve sınırlarını belirlemektedir.

<sup>28</sup>Mustafa Artuç, Hüküm Kurma Sanatı (6th edn, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları 2015) 340

<sup>29</sup>Artuç, (n 28) 341

<sup>30</sup>Kemal Oğuzman ve Nami Barlas, Medeni Hukuk Giriş Kaynakları Temel Kavramlar (13th edn, Arıkan Basım Yayın 2006) 105

Madde hükmü, bir şeye malik olan kişinin söz konusunu şeyi hukuk sistemine aykırı olmamak kaydı ile; dilediği gibi kullanabileceğini, o şeyden dilediği şekilde yararlanabileceğini ve dilediği gibi tasarrufta bulunabileceğini düzenleyerek mülkiyet hakkının kapsamını ve malikin söz konusu şeyi haksız bir şekilde elinde bulunduran bir kişiye karşı İstihkak davası açabileceği ya da her ne şekilde olursa olsun haksız el atmanın önlenmesi dava edebileceği şeklinde hakkın korunma kapsamını düzenlemektedir.

Gerek TMK madde 683 düzenlemesi, gerekse eşya hukukunun temel esaslarının tamamı göz önüne alındığında mülkiyet hakkı "eşya üzerinde en geniş yetkiyi sağlayan aynı hak" olarak tanımlanabilir. Hukuk düzeninin getirdiği birtakım düzenlemeler veya sınırlandırmalar bu yetkileri kısıtlamış olması, aynı haklar içerisinde yer alan mülkiyetin en geniş etki ve yetki sağladığı hususunu değiştirmeyecektir<sup>31</sup>.

Mülkiyet hakkının konusu eşyadır. Eşya hukukunun temel ilkelerinden olan "belirlilik" ilkesine göre, sadece tek başına kendi kendine bağımsız olarak varlığı teşkil eden belirli bir şey, bir bütün olarak mülkiyet hakkına konu olabilir. Bunun sonucunda, bir otomobilin ön kısmına bir kişinin, arka kısmına başka bir kişinin birbirinden bağımsız olarak malik olmalarına hukuken imkân yoktur. Fakat iki veya daha fazla kişi birlikte bir otomobile malik olabileceklerdir. Ancak bu durumda otomobil üzerinde ayrı ve birbirinden bağımsız bir mülkiyet değil, tek bir bütün hâlinde olan ve elbirliği hâlinde mülkiyet olarak adlandırılan bir mülkiyet bulunmakta fakat bu mülkiyet hakkı üzerinde birden çok hak sahibi bulunmaktadır<sup>32</sup>.

#### IV. MÜSADERENİN AMACI

Günümüz toplumunda en başta teknolojik ilerlemelerin katkısıyla farklı suç tipleri ortaya çıkmakta ve bu suçlardan elde edilen haksız ekonomik kazançlar artarak suçlar cazip hâle gelmektedir. Yıllardır devam eden uyuşturucu imal ve ticaretinin yanında, teknolojik gelişmelerle birlikte bilişim sistemlerinin sağladığı kolaylıklar kullanılarak dolandırıcılık ve hırsızlık suçları artış göstermektedir. Bu suçların artması ile, insanların mağduriyeti ve bunun paralelinde bu suçlardan elde edilen haksız ekonomik kazançlarda bir hayli artmıştır<sup>33</sup>.

İşte anılan bu gelişmelere karşılık kaçakçılık, dolandırıcılık, uyuşturucu imal veya ticareti, silah kaçakçılığı, insan kaçakçılığı gibi suçlardan haksız kazanç elde eden suçlular, özellikle de organize suç örgütleri ile mücadele edilmesi önem arz etmektedir. Suç örgütlerinin

<sup>31</sup>Oğuzman ve Seliçi ve Oktay Özdemir (n 27) 233; Bilge Öztan, Medeni Hukukun Temel Kavramları, (31th edn, Turhan Kitabevi 2009) 664; Mehmet Remzi ve Sezer Aydın ve Murat Ispartalı, Medeni Hukuk (2th edn, İkinci Sayfa Yayınları 2012) 584

<sup>32</sup>Oğuzman ve Seliçi ve Oktay Özdemir, (n 27) 240

<sup>33</sup>Mualla Buket Soygüt Arslan, 'Türk Hukukunda Müsadere' (Doktora Tezi, Galatasaray Üniversitesi, 2014) 38

ve başta terör örgütlerinin güçlenmesini engellemek müsadere ile mümkün olabilir. Müsadere ile suçluların beli kırılarak eylem kabiliyetleri sınırlandırılacak ve yeniden suç işlemeleri zorlaştırılacaktır<sup>34</sup>.

Terör örgütlerinin temel gelir kaynaklarını; uyuşturucu imal ve ticareti suçundan elde edilen gelirler, silah kaçakçılığı, insan ticareti, bilumum kaçakçılık suçlarından elde edilen gelirler teşkil etmektedir. Özetle suçtan elde edilen gelirler maalesef terörün finansmanına katkı sağlamaktadır. İşte müsadere kurumu etkili bir şekilde işletilebilirse, terör örgütlerinin ekonomik kaynakları kesilerek terör örgütlerinin lojistik ve insan desteği kırılarak, silahlı mücadelede daha kolay bir şekilde yürütülebilecektir.

Terör örgütleri yeni insan kaynağı sağlamak, silah edinmek, propaganda, yasa dışı işlerini yürütmek için rüşvet vermek gibi sayamayacağımız nedenlerle büyük miktarda finansman ihtiyacını yasa dışı gelirlerle sağlamaktadır<sup>35</sup>.

Kesin olarak tespit edilmesi mümkün olmamakla birlikte 2013 yılında sadece Avrupa Birliği yasa dışı uyuşturucu pazarı 24 milyar Euro hacminindedir. Yasa dışı Avrupa Birliği uyuşturucu pazarında en büyük paya sahip olan % 38 ile esrardır. Ardından % 28 eroin ve % 24 kokain gelmektedir<sup>36</sup>. 2020 yılına gelindiğinde ise;

Avrupa Uyuşturucu ve Uyuşturucu Bağımlılığı İzleme Merkezi direktörü Alexis Goosdeel 28.01.2020 tarihinde Lizbon'da Avrupa Parlamentosundaki sunumunda, Avrupalıların her yıl perakende düzeyde uyuşturucu maddelere en az 30 milyar Euro harcadıklarını ve bunun uyuşturucu pazarını Avrupa Birliği'nde organize suç grupları için önemli bir gelir kaynağı hâline geldiğini ifade etmiştir. Ayrıca bu tutarların yaklaşık beşte ikisinin (% 39) esrar, % 31'i kokain, % 25'i eroin ve % 5'i amfetamin ve MDMA için harcanmakta olduğunu belirtmiştir<sup>37</sup>.

Yasa dışı uyuşturucu pazarları uyuşturucunun üretiminden başlayan ve kaçakçılık, dağıtım faaliyeti ve son tüketiciye satılması gibi bağlantılı faaliyetler bütünüdür. Geniş coğrafi mesafeleri kapsayan bu faaliyetlerin aşamalarında farklı aktörler bulunmakla birlikte; yıllık milyarlarca Euro'lara ulaşan yasa dışı uyuşturucu imal ve ticaretinde, organize suç örgütleri

<sup>34</sup>Hüseyin Acar, 'Türk Ceza Hukukunda Müsadere Kurumu' (Doktora Tezi, Çankaya Üniversitesi 2019) 177; Soygüt Arslan, (n 33) 38

<sup>35</sup>Önder Yücebaş, 'Suç Ekonomisi ve Terörün Finansmanı' (Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi, 2010) 269

<sup>36</sup>'Avrupa Uyuşturucu Raporu' (2018) 20 <<http://www.emcdda.europa.eu>> Erişim Tarihi 26 Aralık 2019

<sup>37</sup><[http://www.emcdda.europa.eu/news/2020/emcdda-director-presents-eu-drug-markets-report-2019-european-parliament-clear-wake-call-policymakers\\_en](http://www.emcdda.europa.eu/news/2020/emcdda-director-presents-eu-drug-markets-report-2019-european-parliament-clear-wake-call-policymakers_en)> Erişim Tarihi 23 Şubat 2020



başı çekmektedir. Avrupa'da bildirilen 1,1 milyondan fazla yasa dışı uyuşturucu yakalaması yasadışı uyuşturucu pazarının büyüklüğünü göz önüne sermektedir<sup>38</sup>.

Sadece Avrupa Birliğine ilişkin veriler dikkate alındığında dahi ortadaki ekonomik kazancın büyüklüğü muazzamdır. Üstelik bu veriler sadece uyuşturucu ticaretine ilişkin tahmini verilerdir. Bu gelirlere sahip olan suç örgütleri, suç işleme imkânlarını artırarak, güçlenmektedir. Müsadere kurumu tam burada devreye girmektedir.

Yukarıda izah edilenler genellikle kazanç müsadere ile gerçekleşmesi umulan amaçlardır. Fakat eşya ve kazanç müsadere sinin amaçları birbirleri ile örtüşmektedir. Eşya müsadere si ile eşyanın müsadere edilmesi neticesinde; suç işleyen faili korkutup caydırmak, suç işlendikten sonra eşyanın failden alınması ile faili cezalandırılmak ve aynı eşya ile tekrar suç işlenmesi önlenmesi gibi hususlar amaçlanmaktadır<sup>39</sup>.

## V. MÜSADERENİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Bir şeyin, eşyanın üzerindeki mülkiyet hakkının şahsın elinden alınarak devlete geçmesi sonucunu doğuran müsadere ve "suç nedeniyle mülkiyetin devlete geçmesi" başlığını taşıyan yaptırımlar 5237 sayılı TCK tasarısında "fer'i ceza" olarak düzenlenmişti. Bu nedenle müsadereye ilave olarak "suç nedeniyle mülkiyeti devlete geçmesi" şeklinde müsadere den ayrı olarak bir yaptırım düzenlenmesi hem kavramların karışmasına neden olacak hem de bilimsel açıdan doğru olmayacaktır. Ayrıca tasarı ile ilgili olarak şunu da belirtmek gerekir ki, müsadere kararı verildiğinde bunun bir ceza olarak görüldüğü gerçeğine karşın, suç nedeniyle fail ya da başka biri hakkında mahkûmiyet hükmü verilmemiş olsa dahi müsadereye kararı verilebileceğine hükümlenmiştir. Fakat hukuki niteliği güvenlik tedbiri olsa da neticede şahsı cezalandırmış olan bir yaptırım olan müsadereye mahkûmiyet kararı verilmeden karar verilemeyeceği ortadadır. İşte anlatılan bu sakıncaların giderilerek müsadere nin Anayasamızın 35. maddesinde düzenlenerek güvence altına alınan mülkiyet hakkına zarar vermemesi için, suçun işlenmesi sırasında bizzat kullanılan ya da suçun işlenmesine tahsis edilmiş olan eşyanın müsadere sine karar verileceği tasarıdan farklı olarak kabul edilmiş ve TCK'nin 54. ve 55. maddeleri şimdiki hâliyle düzenlenerek yürürlüğe girmiştir<sup>40</sup>.

<sup>38</sup>Avrupa Uyuşturucu Raporu' (2019) 20 <<http://www.emcdda.europa.eu>> Erişim Tarihi 26 Aralık 2019

<sup>39</sup>Soygüt Arslan, (n 33) 34

<sup>40</sup>Hasan Gerçekler, Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Cilt I (2nd edn, Seçkin Yayıncılık, 2014) 783-784

765 sayılı TCK döneminde müsadere hukuki niteliği hem uygulamada hem de doktrinde tartışmalı konulardan biriydi. Fakat 5237 sayılı TCK ile genel anlamda bu tartışmaların sona erdiği söylenebilir<sup>41</sup>.

Bir yazara göre müsadere 765 sayılı TCK madde 36'ya göre bazen güvenlik tedbiri, bazen ceza niteliği taşımaktaydı<sup>42</sup>.

5237 sayılı TCK ile gelen düzenlemeler ile meydana gelen en önemli değişiklik, müsadere artık hukuki niteliği olarak güvenlik tedbiri olduğunun kabul edilmesiyle 765 sayılı kanun dönemindeki tartışmalara da büyük ölçüde son verilmiştir. Bunun neticesinde de müsadere kararı verilebilmesi için ortada işlenmiş bir suçun varlığı gerekmele birlikte, bu suçun neticesinde failin hakkında mahkûmiyet kararı verilerek cezalandırılması şart değildir. Bir örnekle durum şöyle açıklanabilir; suçun icrası sırasında kullanılan -örneğin şebeke suyuna karıştırmak amacı ile elde edilen zehir- kamu güvenliği, kamu sağlığı için tehlike arz eden eşyalar, söz konusu eşyayı kullanan kişinin çocuk veya akıl hastası olması gibi herhangi bir nedenle cezalandırılmasa dahi, bu eşyanın müsadere hükmüne hükmedilebilecektir<sup>43</sup>.

#### A. CEZA OLDUĞU GÖRÜŞÜ

765 sayılı TCK'nin uygulandığı dönemde müsadere hukuki niteliğinin ne olduğu konusu tartışmalıydı. Ek bir ceza olduğunu ya da güvenlik tedbiri olduğu konusunda tartışmalar bulunmaktaydı. Doktrinde, müsadere hukuki niteliğinin bir ceza olduğunu savunan yazarlar, müsadere kanun koyucu tarafından mahkûmiyetin yasal bir sonucu olarak kabul edildiğini belirterek görüşlerini buna dayandırmışlardır, ayrıca Yargıtay da eski kararlarında müsadere hukuki niteliğinin bir ceza olduğunu benimsemişti<sup>44</sup>.

#### B. GÜVENLİK TEDBİRİ OLDUĞU GÖRÜŞÜ

Bir diğer görüş ise müsadere hukuki niteliğinin ceza değil güvenlik tedbiri olduğunu savunmaktadır. Yargıtay'da eski kararlarında benimsediği ceza olduğu görüşünün aksine, daha yeni tarihli kararları müsadere hukuki niteliğinin güvenlik tedbiri olduğu doğrultusundadır<sup>45</sup>. Ön ödeme teklifi ve ödemenin yapılması neticesinde kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verilerek kamu davasının açılmadığı hâllerde müsadereye ilişkin

<sup>41</sup> Kemal Günler, 'Türk Ceza Hukukunda Müsadere' (2014) 18(3-4) [Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi](http://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/789159) 853 <<http://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/789159>> Erişim Tarihi 10 Nisan 2020

<sup>42</sup>Timur Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler (3rd edn, Seçkin Yayıncılık 2005) 488

<sup>43</sup>Gerçekler, (n 40) 784; Demirbaş (n 42) 488

<sup>44</sup>Centel ve Zafer ve Çakmut, (n 16) 751

<sup>45</sup>Yar. CGK, E. 2014/6-66, K. 2014/365, 11.07.2014, (UYAP) <https://uyap.gov.tr> Erişim Tarihi 10 Eylül 2019

hükümler bundan etkilenmeyecektir. Bundan anlaşıldığı üzere kanun koyucu müsadereyi bir güvenlik tedbiri olarak gördüğü anlaşılabilir. Ayrıca, 765 sayılı TCK'da 11. maddede yer alan cezalar içerisinde müsadere bulunmaması ve ceza verilmemiş olsa dahi müsadereye karar verilebilmesi de müsadereyi güvenlik tedbiri niteliğinde olduğu sonucunu ortaya çıkarmaktadır<sup>46</sup>.

Bir görüşe göre hem 765 sayılı TCK uyarınca hem de 5237 sayılı TCK uyarınca müsadereyi güvenlik tedbiridir<sup>47</sup>.

Bir görüş; güvenlik tedbirlerinde failin tehlikeliliğinin göz önünde bulundurulduğunu, fakat müsadere mahkumiyete bağlı ek bir ceza olduğunu ve bu nedenle güvenlik tedbirlerinde olduğu gibi failin tehlikelilik durumunun herhangi bir etkisi olmadığı belirtmektedir<sup>48</sup>. Müsadere eşyanın tehlikeliliğini esas aldığını belirten görüşlerde bulunmaktadır<sup>49</sup>.

Güvenlik tedbirlerinde failin tehlikeliliğinin esas alındığı, müsadere ise mahkumiyete bağlı ek bir ceza olduğu görüşüne katılmaktayız. Fakat TCK'nın 54/4 maddesi düzenlemesi mahkumiyet olmaksızın eşyanın başlı başına müsadereye tabi kılmaktadır. Burada eşyanın tehlikeliliği söz konusudur.

### C. 5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU DÜZENLEMESİ

Müsadere 5237 sayılı TCK'nın 54. ve 55. maddelerinde eşya ve kazanç müsadere şeklinde iki ayrı maddede düzenlenmiştir. Müsadere "Güvenlik Tedbirleri" başlıklı ikinci bölümünde düzenlediği için, müsadereyi hukuki niteliğinin güvenlik tedbiri olduğu sonucu da ortaya çıkmaktadır<sup>50</sup>.

Müsadereyi Alman Ceza Kanunu m.73 vd. da "Güvenlik Tedbirleri" başlığında düzenlenmiştir. Aynı şekilde TCK'da da "Güvenlik Tedbirleri" başlığı yerine bağımsız bir şekilde düzenlenmesinin, müsadereyi niteliğine daha uygun olacağı; "Güvenlik Tedbiri" başlığı altında düzenlenmiş olan şimdiki durumun yerinde olmadığı

<sup>46</sup>Centel ve Zafer ve Çakmut, (n 16) 751

<sup>47</sup>Zeki Hafizoğulları ve Muharrem Özen, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, (3th edn, Us-A Yayıncılık 2010) 500

<sup>48</sup>Bahri Öztürk ve Mustafa Ruhan Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, (17th edn, Seçkin Yayıncılık 2017) 535

<sup>49</sup>Devrim Güngör ve Haluk Toroslu, 'Müsadere ve Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması İlişkisi Üzerine Kısa Bir Değerlendirme' (2016) 65(4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1967, 1969

<<http://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/621633>> Erişim Tarihi 10 Nisan 2020

<sup>50</sup>Demirbaş, (n 42) 488; Hakeri, (n 17) 350; Certel, (n 8) 19

savunulmaktadır<sup>51</sup>.Görüldüğü üzere 5237 sayılı TCK'da müsadere'nin güvenlik tedbiri olarak düzenlenmesi doktrinde eleştirilmiştir.

Müsadereye ilişkin hükümlerin TCK'da "güvenlik tedbiri" başlığı altında düzenlenerek hüküm altına alınması yerinde değildir. Müsadere'nin şimdiki "güvenlik tedbiri" başlığı altında düzenlenmek yerine bağımsız olarak ayrı bir başlık altında düzenlenmesi, hukuki niteliğinin belirlenmeyip, bu hususu uygulamaya yani içtihatlarla ve doktrine bırakılması gerektiğini savunulmaktadır. TCK'nin 54/4. maddesi düzenlemesi incelendiğinde "güvenlik tedbiri" karakterinde olduğu görülecektir. Bu düzenleme "*Üretilmesi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alınması veya satılması suç oluşturan eşya*"nın müsadereye konu olacağı hükmünü içermektedir. Bu düzenlemede yer alan ve konusu "suç teşkil eden" eşyanın müsadere edilebilmesine karar verebilmek için, failin müsadere neticesini doğuran işlemiş olduğu suçtan dolayı hakkında mahkûmiyet kararı verilmiş olması ve söz konusu eşyanın faile ait olması, hatta ortada fail bulunması dahi şart değildir<sup>52</sup>. İyi niyet kuralı da burada geçerli değildir.

Madde metni esasen "suç teşkil eden" eşyanın müsadere'sini düzenlediği için burada failin tehlikeliliği ya da eylemin tehlikeliliği değil, eşyanın kendi niteliğinden kaynaklanan tehlikeliliği ön plandadır. Bu durumlarda bir suçun işlenmesinde kullanılan yani suçun işlenmesinde bir araç olan "*üretilmesi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alınması veya satılması suç oluşturan eşya*" söz konusu olmaktadır. Dolayısıyla, bu tür eşyalar üzerinde özel mülkiyetin yani şahısların mülkiyet hakkının kurulması, her zaman suç işlenebileceği bakımından anılan düzenlemeye uyarınca tehlikeli görüldüğünden, bir suçun bizzat cismani varlığını oluşturan eşyada anlatılan nedenlerden ötürü tehlikeli olarak addedilir. TCK'nin 54/4. maddesine göre verilen müsadere kararının amacı, güvenlik tedbirlerinin bütününde olduğu gibi, önleyici bir amaç, yani "suç işlenmesinin önlenmesi" şeklinde açıklanmaktadır. Temelde söz konusu "suç teşkil eden" eşyanın suç işleyen kişide bulunmasının failde suç işleme arzusu yaratacağı düşüncesi ile "potansiyel tehlikeliliğinin" engellenmesi amaçlanmaktadır<sup>53</sup>.

Fakat belirtmek gerekir ki, TCK'nin madde 54/1. düzenlemesinde yer alan suçun icrasında bizzat kullanılan veya söz konusu suçun icrası amacına tahsis edilen ya da suçun icrası neticesinde ortaya çıkan eşya ve suçun icrasında kullanılmak amacı ile hazırlanan eşya yani suçla ilgili eşyanın müsadere'si, madde 54/2'de yer alan "*...bu eşyanın değeri kadar para*

<sup>51</sup>Centel ve Zafer ve Çakmut, (n 16) 752

<sup>52</sup>Gedik, (n 12) 30-31

<sup>53</sup>ibid 30-31

*tutarının müsadere sine karar verilir"* kaim değer müsadere si düzenlemesi, kazanç müsadere si düzenleyen 55. madde düzenlemeleri ceza niteliği taşımaktadır<sup>54</sup>.

Belirtilen bu üç durumda müsadere ye karar verilebilmesi için tehlikelilik hâli nazara alınmamış, bu hâllerde ortada işlenmiş ve suç teşkil eden bir fiil bulunmakta ve bunun karşılığında uygulanan bir yaptırım söz konusu olmaktadır. Uygulanan müsadere yaptırımı neticesinde failin mülkiyet hakkı sona ererek devlete intikal edecek ve dolayısı ile failin mal varlığında eksilme meydana gelecektir. Bu nedenle failin işlemiş olduğu ve suç teşkil eden eylemin ihlâl ettiği kanun hükmünden dolayı cezalandırılması, hem de müsadere ye tabi olan eşyayı kaybetmesinden dolayı cezalandırılması gündeme gelecektir. Bu şekilde müsadere nin failin asli cezanın yanında ikincil bir yaptırımla karşılaşması neticesinde failin etkin bir şekilde cezalandırılarak cezanın genel ve özel önleme amaçlarının gerçekleşmesine katkı sağladığını ve failin suç teşkil eden fiilin karşılığını görerek eyleminin cezasız kalmayacağını idrak etmesine de katkı sağlamaktadır<sup>55</sup>.

Müsadere ile örneğin, kaçakçılık suçunda kullanılan otomobilin mülkiyetinin failin elinden alınarak devlete geçmesi neticesinde kaçakçılık suçunu işleyerek maddi menfaat elde etme amacı ile hareket eden fail, bir yandan da yakalandığında alabileceği cezayı düşünecek diğer yanda cezanın yanından aracını kaybetme ihtimalini düşünerek suç işlemekten kaçınacaktır. Böylece müsadere faili tekrar suç işlemekten caydırarak cezanın özel önleme amacına hizmet edecek, hem de failin dışında suç işleme düşüncesinden olan diğer kişileri de bu düşüncelerinden vazgeçirerek cezanın genel önleme amacına etki edecektir<sup>56</sup>.

## VI. GENEL OLARAK HUKUKUMUZDA MÜSADERE

Müsadere ye ilişkin düzenlemeler temel olarak Anayasamızda ve TCK'da, CMK'de yer almakla birlikte, bazı özel kanunlarda da müsadere konusunda düzenlemeler yer almaktadır. Müsadere, 5237 sayılı TCK'nin 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe girmiş olması ile birtakım yenilikler de getirmiştir. Bu yeniliklere çalışmanın giriş bölümünde yer verilmiştir. TCK'nin 54. ve 55. maddelerinde düzenlenmiş olan müsadere, 765 sayılı TCK'nin 36. maddesinin karşılığıdır. 5237 sayılı TCK'da 765 sayılı TCK'dan farklı olarak, eşya müsadere si ve kazanç müsadere si ayrı ayrı maddelerde düzenlenmiştir.

---

<sup>54</sup>ibid 31

<sup>55</sup>ibid 31

<sup>56</sup>ibid 31

## A. ANAYASAMIZDA MÜSADEREYE İLİŞKİN DÜZENLEMELER

Müsadere, mülkiyet hakkını sona erdirdiğinden anayasamızda düzenlenerek koruma altına alınan ve insanlık tarihinin ilk dönemlerinden bu yana doğal, dokunulmaz bir hak olarak kabul edilen mülkiyet hakkı ile ilişkisi de konumuz açısından önem arz etmektedir. Mülkiyet hakkı anayasamızda temel hak ve ödevler kısmının kişilerin hak ve ödevleri bölümünde düzenlenmiştir. Anayasamız 35. madde ile herkesin mülkiyet ve miras hakkına sahip olduğunu belirterek mülkiyet hakkını koruma altına almıştır. Maddenin devamında mülkiyet hakkının kendisinin kamu yararı amacıyla ve mülkiyet hakkının kullanılmasının da toplum yararı amacıyla sınırlanabileceğini düzenleyerek hakkın sınırlanabileceği hususunu da düzenlemiştir.

Suçlunun taşınır veya taşınmaz ayrımı gözetilmeksizin bütün mal varlığı değeri üzerindeki mülkiyet haklarına son verilerek, söz konusu mallar üzerindeki mülkiyetin devlete geçirilmesi sonucunu doğuran genel müsadere gerek siyasal gerek toplumsal açıdan birtakım sakıncalar barındıran, suçlunun işlediği suçla bağlantısı olmayan ve suçta ve cezada şahsiliğin aksine suçlunun aile bireylerini de etkilediği için eleştirilen bir müsadere çeşididir.

Genel müsadere sonucu suçlunun bütün mal varlığı değeri elinden alındığından, suçlunun başta ekonomik olarak mahvolmasına sebep olduğu için günümüz çağdaş ceza hukuku sistemleri tarafından kabul görmemektedir. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 38/9. maddesinde de bu doğrultuda "*genel müsadere cezası verilemez*" hükmü düzenlenerek, suçlu dahi olsa genel müsadere yasaklanarak kişilerin mülkiyet hakkı güvence altına alınmıştır.

Yine anayasamızın 13. maddesinde yer alan temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasına ilişkin düzenlemeler de genel müsadereye izin vermemektedir.

Anayasamızın 30. maddesinde yer alan düzenleme; usulüne uygun olarak basın işletmesi amacı ile kurulmuş olan basımevi, eklentileri, araçları, suç eşyası olduğu iddiası ile el konulamayacağı, müsadere edilemeyeceği veya işletilmesinin engellenemeyeceği, 28/8. maddesinde ise süreli veya süresiz yayınların soruşturma nedeni ile müsadereye ilişkin genel hükümlerin uygulanacağı düzenlemeleri ile basın araçları, basımevleri ve süreli veya süresiz yayınların müsadereleri hususunda Anayasal düzenlemeler getirilerek basına ve basın özgürlüğüne önem atfedilmiştir.

## B. TÜRK CEZA KANUNU'NDA MÜSADEREYE İLİŞKİN DÜZENLEMELER

Müsadere, 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe girmiş olan 5237 sayılı TCK'da genel hükümler kısmında, güvenlik tedbirlerinin yer aldığı ikinci bölümde düzenlenmektedir. 5237 sayılı TCK'nin 54. ve 55. maddelerinde düzenlenmiş olan müsadere, 765 sayılı TCK'nin 36.

maddesinin karşılığı olarak düzenlenmiştir. 5237 sayılı TCK'da 765 sayılı TCK'dan farklı bir şekilde, eşya müsadere ve kazanç müsadere iki ayrı madde de düzenlenmiştir.

TCK'nin 54. maddesinin birinci fıkrasında; iyi niyetli üçüncü şahıslara ait olmamak şartıyla, kasten, bilerek ve isteyerek işlenen bir suçun icrasında bizzat kullanılan ya da söz konusu suçun işlenmesi için özgülünen eşyanın ya da işlenmiş olan suçun neticesinde ortaya çıkmış olan eşyanın müsadere edileceği düzenlenmektedir. TCK 54/1. maddesinin ikinci cümlesinde ise, suçun icrasında kullanılmak için hazırlanmış eşyanın, toplumun güvenliği, sağlığı veya toplumun genel ahlâkı için tehlike arz etmesi hâlinde eşyanın müsadere edileceğini düzenleyerek, müsadere hususunda emredici bir düzenleme getirmektedir.

TCK 54/2. maddesinde ise, birinci fıkrasında müsadereye tabi olacağı sayılan eşyaların müsaderesinin tüketilmesi, devredilmesi gibi herhangi bir nedenle imkânsız hale gelmesi durumunda, söz konusu eşyanın değeri kadar paranın müsaderesine hükmedilebileceği düzenlenerek kaim değer müsaderesini içermektedir.

Maddenin 3. fıkrasında ise orantılılık ve hakkaniyet prensibinin müsadere konusunda da geçerli olacağı, eşya müsadere edildiğinde işlenen suçun ortaya çıkardığı haksızlık içeriğinden daha ağır neticeler meydana geleceği anlaşılması hâlinde müsadereye karar verilmeyebileceği, düzenlemesi ile ortaya konulmuştur.

54. maddenin 4. fıkrasında ise, kullanımı, ticareti, taşınması, imal edilmesi, bulundurulması başlı başına suç teşkil eden eşyanın müsadere edileceği, "müsadere edilir" şeklinde emredici bir hükümlerle düzenlenmiştir.

54. maddenin 5. ve 6. fıkralarında ise eşyanın bir kısmının müsaderesinin gerekmesi hâlinde zarar vermeksizin ayrılabilmesi olanaklı ise bir kısmının müsaderesine karar verilebileceği, birden fazla kişi paydaş ise suça iştirak eden kişinin payının müsadere edilebileceği düzenlenmiştir.

Kazanç müsadere ise TCK'nin 55. maddesinde düzenlenmiştir. Madde suçun işlenmesi neticesinde elde edilen menfaatlerin, bizzat suçun konusunu oluşturan ya da söz konusu suçun işlenmesi amacı ile faile sağlanan maddi menfaatlerin ve bu menfaatlerin değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi neticesinde meydana gelen ekonomik kazançlar üzerindeki mülkiyetin ya da hakkın devlete geçirilmesini düzenlemektedir. Söz konusu menfaatler elde edilmediyse, bunların karşılığı olan değer müsadere edilecektir. Fakat 55. maddeye göre müsadere kararı verilirken TMK'nin iyi niyete ilişkin düzenlemelerinin göz önünde tutulacağını maddenin üçüncü fıkrasında belirtmiştir.

Müsadere usulü ise müsadereye ilişkin genel düzenlemelerden farklı olarak TCK'da düzenlenmemiştir. Müsadere usulü CMK'nin beşinci kitabının ikinci kısmında, 256-259 maddelerinde "Müsadere Usulü" başlığı altında düzenlenmektedir.

CMK'nin 256. maddesinde kamu davası açılmış olması ya da açılmamış olmasına rağmen asıl dava ile karar verilmediği durumlarda, katılanın ya da Cumhuriyet savcısının yetkili mahkemeye müracaat edebileceği düzenlenmiştir. İkinci fıkrada ise iade kararı verilmesi gereken hâllerde, asıl davada karar verilmemiş ise mahkeme tarafından re'sen veya talep üzerine iade kararı verilebileceği düzenlenmiştir.

CMK'nin 257. maddesinde ise, 256. madde düzenlemesi doğrultusunda müsadereye duruşmalı olarak karar verileceği düzenlenmiş. Maddenin devamında ise müsadereye veya iadesine karar verilecek olan şey üzerinde hak sahipliği olan kişilerin duruşmaya çağrılacağı, duruşmaya gelmedikleri takdirde yokluklarında karar verileceği hüküm altına alınmıştır.

Kanun yolu, 258. maddede müsadere yargılaması neticesinde Cumhuriyet savcısının, katılanın veya hak sahipliği iddiasında bulunan diğer kişilerin istinaf kanun yoluna başvurulabileceği şeklinde düzenlenmiştir.

Son olarak, başlı başına suçta bulunmayan fakat müsadereye gereken eşyanın müsadere edilmesi sulh ceza hâkimi tarafından duruşma yapılmadan karar verileceği 259. maddede hüküm altına alınmıştır.

### C. ÖZEL KANUNLARDA MÜSADEREYE İLİŞKİN DÜZENLEMELER

5237 sayılı TCK'nin 5. maddesi "*Bu Kanunun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır*" 01.01.2009 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bunun neticesinde, özel yasalardaki müsadere hükümleri zımnen yürürlükten kalkmış ve TCK'nin 53. ve 54. maddelerindeki düzenlemeler özel yasalardaki düzenlemeler yerine uygulanmaya başlanılmıştır.

Zira önceden yürürlükte olan özel yasadaki düzenlemelerden sonra yürürlüğe giren genel yasanın özel yasadaki düzenlemelere aykırı düzenlemeler getirmiş ise özel yasanın hükümleri yürürlükten kalkacaktır<sup>57</sup>.

Müsadere ile ilgili özel kanunlardan bazıları; 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüshvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu madde 14, 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu madde 78, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu (KTK) madde 51, 1380 sayılı Su Ürünleri Kanunu madde 25, 3780 sayılı Milli Korunma Kanunu madde 53, 4250 sayılı İspirto ve İspirto

<sup>57</sup>Centel ve Zafer ve Çakmut (n 16) 97



İçkilerin İnhisarı Kanunu madde 37 - 40, 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu m. 13, 5553 sayılı Tohumculuk Kanunu madde 12 şeklinde sayılabilir. Bu özel kanunlardaki müsadereye ilişkin hükümler, genel yasa niteliğinde olan 5237 sayılı TCK'nin 5. maddesindeki düzenleme ile yürürlükten kalktığı için artık TCK'nin 54 ve 55. maddesinde düzenlenen eşya ve kazanç müsaderesine ilişkin hükümler uygulanacaktır<sup>58</sup>.

## VII. MÜLKİYET HAKKI VE ANAYASAL AÇIDAN MÜSADERE

Gerek doğrudan gerekse dolaylı olarak müsadere güvenlik tedbiri anayasal olarak güvence altına alınan mülkiyet hakkına müdahale neticesini doğurduğundan, mülkiyet hakkı ile müsadere ilişkisinin bu bölümde ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir.

### A. MÜLKİYET HAKKI

Mülkiyet hakkı, 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'nin 2. maddesinde "insanın doğal ve zaman aşımına uğramayan hakları" tabiri ile kendisine yer bulmuştur. Mülkiyet hakkının dokunulmaz ve kutsal bir hak olduğu ve yasada yer alan kamusal zorunlulukların haricinde sınırlanamayacağı bildirgenin 17. maddesinde yer almıştır<sup>59</sup>.

TMK'de mülkiyetin ne olduğu tanımlanmamıştır. Anayasamızın 35. maddesi de temel haklar arasında mülkiyet hakkını düzenlemiş fakat mülkiyeti tanımlamamıştır. TMK mülkiyeti tanımlamamakla beraber 683. maddesinde; "*Bir şeye malik olan kimse hukuk düzeninin sınırları içinde o şey üzerinde dilediği gibi kullanma yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisine sahiptir*" şeklinde kapsamını ve "*Malik malını haksız olarak elinde bulunduran kimseye karşı İstihkak davası açabileceği gibi her türlü haksız el atmanın önlenmesi davası da edebilir*" şeklinde mülkiyet hakkının korunma kapsamını düzenlemektedir.

### B. MÜLKİYET HAKKININ KAPSAMI

Mülkiyet hakkı kavramına değinmeden önce, mülkiyet hakkını kapsayan aynı hak kavramına değinmek gerekmektedir. Aynı hak kavramının konusunu kural olarak maddi malların oluşturduğu kabul edilmektedir. Bundan dolayı aynı haklar ile ilgili olarak sadece maddi mallara "mal-ayın" niteliği tanınmakla birlikte, çağdaş hukuk düzenince ekonomik değeri olan, kazanılması ve devredilmesi mümkün olan haklar ya da haklar topluluğu üzerinde

<sup>58</sup>Tünay (n 89) 35

<sup>59</sup>İbrahim Özden Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku (6th edn, İmge Kitabevi 2002) 449

de aynı hak kurulabileceği kabul edilmektedir. Özetle, temelde maddi mallar istisnai olarak da maddi olmayan mallar aynı hakkın konusunu oluşturmaktadır<sup>60</sup>.

Aynı haklar eşya üzerinde sağladığı yetkiye göre mülkiyet hakkı ve sınırlı aynı haklar olarak ikiye ayrılmaktadır. Mülkiyet hakkında, hak sahibinin hak üzerinde tam ve en geniş yetkisi bulunmaktadır. Hakkın konusu olan şey üzerinde kullanma, semerelerinden yararlanma ve malı tüketme yetkilerini mülkiyet hakkı sağlar<sup>61</sup>.

Yukarıda belirtildiği üzere mülkiyet hakkının kapsamının ne olduğu TMK 683/1. maddesinde; bir şeyin malikinin hukuk düzeninin sınırında olmak kaydı ile söz konusu şeyi istediği şekilde kullanabileceği ve o şey üzerinde istediği şekilde tasarrufta bulunabileceği şeklinde düzenlenmiştir. Gerek TMK madde 683 hükmü, gerekse eşya hukukuna ait kuralların bütünü göz önünde tutulursa mülkiyet hakkı "eşya üzerinde en geniş sağlayan aynı hak" olarak tanımlanabilir. Hukuk düzeninin birtakım düzenlemelerle bu yetkileri az veya çok kısıtlanmış olması, mülkiyetin aynı haklar içerisinde en geniş etki sağladığı şeklinde ifade edilen temel gerçeği değiştirmeyecektir<sup>62</sup>.

TMK madde 683 düzenlemesi mülkiyetin aktif ve koruyucu olmak üzere iki grup yetkisini düzenlediği görülmektedir. Aktif yetkiler; malın fiilen kullanılması, ürünlerinden yararlanma ve malda değişiklik yapma gibi tasarrufta bulunma yetkileridir. Koruyucu yetkiler; ise maddede malın malikinin malını haksız olarak elinde bulundurduğunu iddia ettiği kişiye karşı istihkak davası açabileceğini ya da her türlü haksız el atmanın men edilmesini dava yolu ile isteyebileceği şeklinde düzenlemiştir<sup>63</sup>.

Türk hukuk sistemine göre mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilmeyen haklar ile ilgili olarak, anayasada güvence altına alınan mülkiyet hakkının ihlâl edildiği iddiası ile AYM'ye bireysel başvuru yoluna gidilebilmektedir. Zira anayasada güvence altına alınan mülkiyet hakkı TMK'de yer alan mülkiyet hakkının kapsamı ile sınırlı değildir. Mülkiyet hakkının kapsamı belirlenirken bu hususa dikkat edilmelidir<sup>64</sup>.

---

<sup>60</sup>Özcan Karadeniz Çelebican, Roma Eşya Hukuku (3rd edn, Yetkin Yayınları 2006) 30

<sup>61</sup>Oğuzman ve Seliçi ve Oktay Özdemir (n 27) 19; Ayşe Lâle Sirmen, Eşya Hukuku (2nd edn, Yetkin Yayınları 2014) 271

<sup>62</sup>Oğuzman ve Seliçi ve Oktay Özdemir (n 27) 233

<sup>63</sup>ibid 234-235

<sup>64</sup>Haydar Burak Gemalmaz, Mülkiyet Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-6 (Mrk Baskı 2018) 4 <[https://www.anayasa.gov.tr/media/3548/06\\_mulkiyet\\_hakki.pdf](https://www.anayasa.gov.tr/media/3548/06_mulkiyet_hakki.pdf)> Erişim Tarihi 26 Aralık 2019

### C. MÜLKİYET HAKKININ KONUSU

Mülkiyet hakkının konusu eşyadır. Eşya hukukunun belirlilik prensibine göre, ancak kendi kendine bağımsız olarak varlığı olan belirli bir şey, bir bütün hâlinde mülkiyet hakkına konu olabilir. Bunun doğal sonucu ise yalın, basit bir eşyanın bir kısmına bir kişinin, diğer bir kısmına diğer bir kişinin ayrı ayrı birbirinden bağımsız olarak malik olmalarına hukuken imkân bulunmayışıdır. Örneğin bir otomobilin ön kısmına bir kişinin, arka kısmına başka bir kişinin ayrı ayrı malik olmalarına hukuken imkân yoktur. Bu iki kişi birlikte bu otomobile malik olabileceklerdir. Ancak bu hâlde otomobil üzerinde bütün hâlinde olan tek bir mülkiyet bulunmakta fakat bu mülkiyet hakkı üzerinde birden çok hak sahibi vardır<sup>65</sup>.

### VIII. 1982 ANAYASASI'NDA MÜLKİYET HAKKI

Mülkiyet hakkı mutlak haklar kapsamında olduğundan dolayı, malik herkese karşı bu hakkı ileri sürebildiği için, başta anayasamız olmak üzere, ceza kanunları ve idari mevzuat çerçevesinde korunmaktadır<sup>66</sup>.

Çalışmamızın bu kısmında Anayasamızda mülkiyet hakkının ne şekilde düzenlenerek koruma altına alındığı ve ne şekilde, hangi hâllerde sınırlandırılacağı ele alınacaktır.

#### A. GENEL OLARAK

1982 Anayasasında temel hak ve hürriyetler Anayasanın "genel hükümler" başlıklı birinci bölümünden sonra ikinci kısmında "kişinin hakları ve ödevleri, sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler, siyasi haklar ve ödevler" şeklinde üçe ayırarak, Jelninek'in ayrımına uygun bir şekilde düzenlenmiştir. Kişinin hakları ve ödevleri Anayasamızın 17-40 maddelerinde yer almaktadır. Bu haklar devlete kişilerin kişisel alanlarına dokunmama ödevi yüklemektedir<sup>67</sup>.

Temel hak ve özgürlükler, anayasa ile güvence altına alınan insan hakları olarak tabir edildiğinden, "anayasal haklar" olarak nitelendirilebilir. Hak, bir hizmeti veya edimi isteme, özgürlük ya da anayasanın deyişiyle hürriyet ise, serbestlik anlamına gelmektedir<sup>68</sup>.

<sup>65</sup>Oğuzman ve Seliçi ve Oktay Özdemir, (n 27) 240

<sup>66</sup>Fikret Eren, Mülkiyet Hukuku, (1st edn, Yetkin Yayınları 2011) 27

<sup>67</sup>Kemal Gözler, Türk Anayasa Hukuku (2nd edn, Ekin Basım Yayım 2018) 281; Ahmet Nohutçu, Hâkimlik Kampı Anayasa Hukuku (2nd edn, Savaş Yayınevi 2018) 81

<sup>68</sup>Bülent Tanör ve Necip Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku (12th edn, Beta Basım Yayım 2012) 133

Halk oylaması sonucu kabul edilen ve 9 Kasım 1982 tarihinde Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren 1982 Anayasasında mülkiyet hakkına ilişkin düzenleme, 1961 Anayasasındaki şekliyle aynı ifadelerle düzenlenmiştir<sup>69</sup>. Şöyle ki;

Anayasanın 35. maddesi, herkesin mülkiyet hakkına ve miras hakkına sahip oluğunu belirterek, mülkiyet ve miras hakkının ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabileceğini ve mülkiyet hakkının kullanılmasının toplumun yararına aykırı olamayacağını düzenlemiştir.

Madde metinleri birbirlerine paralel olmasına rağmen, 1982 Anayasası mülkiyet hakkını 1961 Anayasasından farklı olarak "Sosyal ve ekonomik Haklar ve Ödevler" bölümünde değil, "Kişinin Hakları ve Ödevleri" bölümünde düzenlenmiştir<sup>70</sup>.

Bu düzenleme ile mülkiyet hakkı birinci kuşak haklar seviyesine yükseltilmiş ve daha güvenceli bir hâle getirilmiştir. Mülkiyet hakkını 1961 Anayasası "Sosyal ve İktisadi Haklar ve Ödevler" bölümünde düzenlemişti. Aynı şekilde 1982 Anayasasında da düzenlenmiş olsaydı daha güvenceli hâle geldiği söylenemezdi. Zira 1982 Anayasası'nın mülga 91. maddesinin Bakanlar Kurulu'na vermiş olduğu Kanun Hükmünde Kararname çıkarma yetkisi ile aslında olağan dönemlerde "sosyal ve ekonomik" hakları düzenleme yetkisi vermekte olup "kişisel haklar" bakımından, dolayısı ile mülkiyet hakkı bakımından Bakanlar Kurulu'nun olağan dönemlerde böyle bir yetkisi yoktur<sup>71</sup>. Günümüz şartlarında aynı durum Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile düzenlemede de geçerlidir.

1982 Anayasasının, 1961 Anayasasına kıyasla temel hak ve hürriyetleri kamu gücü karşısında daha güçsüz bir konuma yerleştirdiği, bunun nedeninin ise temel hak ve hürriyetlere ilişkin düzenlemelere yer verilirken, taraf olduğumuz uluslararası sözleşmelerin başta da Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile uyum sağlanmasına çalışılması olarak ifade edilmektedir<sup>72</sup>.

Ayrıca gerekçede "*Mülkiyet hakkı Devletten önce de var olan bir gerçek*" ifadesi ile anayasanın mülkiyet hususunda liberal mülkiyet görüşüne yaklaştığı söylenmektedir<sup>73</sup>.

Özgürlüklerin düzenlenmesi bakımından ise genel benzerliklerine rağmen, 1961 Anayasası temel hak ve özgürlükler için bireyi ön plana almış ve devleti bu hususta görevli

<sup>69</sup>Mehmet Akif Etkü, Kamu Hukukunda Mülkiyet Hakkı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Mülkiyet Hakkına Bakışı (1st edn, On İki Levha Yayınları 2009) 163

<sup>70</sup>Etkü, (n 105) 164, Şeref Gözübüyük, Anayasa Hukuku Anayasa Metni ve 11. Protokole Göre Hazırlanmış İnsan Hakları Sözleşmesi (19th edn, Turhan Kitabevi 2013) 173

<sup>71</sup>Kaboğlu, (n 95) 451

<sup>72</sup>Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku (15th edn, Yetkin Yayınları 2014) 110

<sup>73</sup>Şükrü Karatepe, Türk Anayasa Hukuku, (1st edn, Savaş Yayınevi 2016) 64, Etkü, (n 105) 165

kabul etmiş olmasına karşın 1982 Anayasası devletin bütünlüğüne ve devletin güvenliğine öncelik vererek bireyi ikinci plana yerleştirmiştir<sup>74</sup>.

Anayasanın 35. maddesinin Danışma Meclisi gerekçesinde, mülkiyet hakkının Anayasada güvence altına alınmasının, Anayasanın komünizmi yasaklayarak özel mülkiyeti koruyan hükümleri ile faşizmi ve dini temellere dayalı devlet kurmayı yasaklayan hükümleri hep birlikte değerlendirildiğinde, Anayasanın ekonomik sistem tercihi bakımından da bir gösterge olduğu belirtilmiştir<sup>75</sup>.

Danışma Meclisinin maddeye ilişkin gerekçesinde; mülkiyet hakkının anayasada teminat altına alınması ile birlikte yabancı yatırımcıların ülkemize yatırım yapmasının kolaylaşacağı ve ülke ekonomisine ve toplumun refahına katkı sağlanacağı belirtilmiştir. Ayrıca Anayasada mülkiyet hakkının teminat altına alınmasının devlet müdahalesi için olduğu, zira bireyler arasındaki korumanın TMK gibi sair mevzuat düzenlemeleri ile sağlanmakta olduğu da belirtilerek mülkiyet hakkının neden Anayasa'da teminat altına alındığı ve kime karşı koruma sağladığına değinilmiştir<sup>76</sup>.

Açıklamalarından anlaşılacağı üzere mülkiyet hakkı Anayasa'da teminat altına alınarak, uluslararası ilişkilerin gelişmesi, ülkemize yabancı yatırımların gelmesine katkı sağlanacağı ve toplum refahına olumlu etki sağlayacağı belirtilmiştir. Ayrıca bu korumanın devlete hitap ettiği, zira şahıslar arasındaki ilişkilerin TMK ve benzer kanunlarla koruma altına alındığı gerekçede belirtilmektedir.

İşte müsadere kurumu eşyanın mülkiyetinin devlete geçmesi sonucunu doğurduğundan, devletin bireylerin mülkiyet haklarına müdahalesi sonucunu doğurmaktadır. Dolayısı ile bu kapsamla sınırlı olarak müsadere anayasal açıdan değerlendirilecektir.

## B. MÜLKİYET HAKKININ SINIRLANMASI

Mülkiyet hakkının Anayasamızda "Kişinin Hakları ve Ödevleri" bölümünde düzenlendiğini belirtmiştik. Mülkiyet Hakkının sınırlanması hususuna geçmeden önce kısaca temel hak ve hürriyet kavramına değinmek gerekmektedir.

Temel hak ve hürriyetler, insan hakları kavramı, devlet karşısında kişiliğin korunması ve geliştirilmesi amacı ile yapılan düzenlemeler doğrultusunda anayasalarda ve daha geniş kapsamlı bir şekilde uluslararası hukuk düzenlemelerinde soyut ve somut anlamlarda kullanılmaktadır. Anayasa'nın 12. maddesi; herkesin kişiliğinin varlığına bağlı olarak sahip

<sup>74</sup>Gözübüyük, (n 106) 170

<sup>75</sup>Ömer İzgi ve Zafer Gören, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Yorumu, Cilt I (TBMM Basımevi 2002) 370

<sup>76</sup>Fahri Bakırcı ve Şeref İba, Gerekçeli ve Notlu 1982 Anayasası, (Turhan Kitabevi 2017) 126

olduğu dokunulmayan, devredilmeyen, vazgeçilmeyen temel hak ve hürriyetlere sahip olduğunu ve temel hak ve hürriyetlerin ayrıca bireylere topluma ve ailesine karşı birtakım ödevler de yüklediğinin düzenlenmesi ile temel hak ve hürriyetlerin niteliğini ortaya koymaktadır<sup>77</sup>.

Mülkiyet hakkı özelinde, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ihtiyaç duyulmuştur. Zira herkes için özgürlük paylaşılmış özgürlüktür. Paylaşılmış özgürlükte doğal olarak sınırlıdır. Dolayısı ile anayasalarda geniş ölçütte düzenlenerek tanınmış olan hak ve özgürlükler, aralarındaki dinginliğin sağlanması ve kötüye kullanımının engellenmesi için kendi aralarında uzlaştırılması ve sınırlandırılması zaruridir<sup>78</sup>. Bu nedenle Anayasamız doğrudan veya dolaylı olarak mülkiyet hakkını sınırlayan hükümlere yer vermiştir; kamulaştırmaya, devletleştirmeye, toprak mülkiyetine ya da kıyılardan yararlanmaya ilişkin vb. düzenlemeler mülkiyet hakkının sınırlandırılması nedenlerine yer vermiştir<sup>79</sup>.

Hak ve özgürlüklerin kullanımı asıl olup sınırlanması ise istisnai olarak kabul edilmektedir. Zira demokratik toplumlar maddi düzenin korunması açısından zorunluluk arz eden durum ve koşullarda hak ve özgürlükleri sınırlamaktadır<sup>80</sup>.

Her hakkın kendi özünde doğal sınırları bulunup bunun dışından temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında iki yöntem bulunmaktadır. Temel hak ve özgürlükler ya anayasa tarafından bizzat sınırlanmaktadır ya da bu husus yine anayasa tarafından kanun koyucunun taktirine bırakılmaktadır<sup>81</sup>.

Anayasamızın 35. maddesinde "Kişinin Hakları ve Ödevleri" bölümünde düzenlenerek anayasal güvence altına alınan mülkiyet hakkının hangi sebeplerle sınırlanabileceği yine aynı maddenin ikinci fıkrasında, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir, şeklinde yer almaktadır.

Anayasamızda yapılan 2001 değişikliği ile genel sınırlama nedenleri kaldırılarak, şu anki hâli ile özel sınırlama rejimi öngörülmüştür. Yani Anayasanın ilgili maddelerinde yer alan sebeplerle ve ancak kanunla sınırlanabileceği öngörülmüştür<sup>82</sup>.

---

<sup>77</sup>Ahmet Korhan Mastı, 'Türkiye'de Bilgi Edinme Hakkı ve Kişilik Hakları ile İlişkisi' (Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi, 2008) 4-5

<sup>78</sup>Kaboğlu, (n 95) 88

<sup>79</sup>ibid 452

<sup>80</sup> Ahmet Korhan Mastı, 'Askeri Yargıda Disiplin Mahkemeleri ve Temel Hak ve Hürriyetler' (YL Tezi, Gazi Üniversitesi, 2004) 115

<sup>81</sup>Mastı, (edn 116) 116

<sup>82</sup>A. Gözübüyük, (n 13) 179

Temel Haklar ve Özgürlükler; anayasa ile doğrudan sınırlanabilir, yasayla sınırlanabilir, yürütme rolü ve yargı kararıyla sınırlanabilir<sup>83</sup>.

Uygulamada hak ve hürriyetlerin konusunda temel problemler, hak ve hürriyetlerin sınırlanması hususunda çıkmaktadır. Zira anayasanın kendisi hak ve özgürlükleri koruma altına almaktadır. Buna binaen 1982 Anayasasının 13. maddesinde temel ve hak ve özgürlüklerin sınırlandırma rejimi düzenlenmektedir<sup>84</sup>.

Anayasası 13. maddesinde temel hak ve hürriyetlerin, özlerine dokunulmadan sadece Anayasanın ilgili maddelerinde yer alan sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği belirtilmiştir. Devamında söz konusu sınırlamaların, Anayasanın sözüne ve ruhuna aykırı olamayacağı, demokratik toplum düzeni ve lâik Cumhuriyetin gerekleri ile aykırı olamayacağı ve ölçülülük ilkesinin de gözetilmesinin gerekeceği düzenlenerek sınırlamanın sınırlarına yer verilmiştir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki Anayasanın 15. maddesinde ise temel hak ve özgürlüklerin savaş, seferberlik veya olağanüstü dönemlerdeki sınırlandırılmasına ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Bu dönemlerde milletlerarası hukuktan doğan sorumluluklar ihlâl edilmemek şartıyla ve söz konusu durum ve hâlin gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması bütününe ve bir kısmının durdurulabileceği gibi söz konusu hak ve özgürlükler için Anayasada yer alan güvencelere aykırı olarak birtakım tedbirler alınabileceği düzenlenmiştir.

Anayasanın 15. maddesinin ikinci fıkrasında ise, birinci fıkrada yer alan durum ve koşullarda dahi savaş esnasında meydana gelen ve savaş hukukuna uygun ölümler hariç olmak üzere hiç kimsenin yaşama hakkına, maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulamayacağı; hiç kimsenin din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamayacağı ve bu nedenlerle suçlanamayacağı; suç ve cezaların geçmişe yürütülemeyeceği; suçluluğu mahkeme kararı ile sabit olana dek kimsenin suçlu sayılmayacağı düzenlenerek birinci fıkradaki sınırlamaları sınırlandırmıştır.

Çalışmamızın esas konusu müsadere olduğundan dolayı, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında temel rejim olan olağan döneme ilişkin düzenlemeyi ihtiva eden 13. madde hükmü çerçevesinde konu ele alınacaktır.

---

<sup>83</sup>Tanör ve Yüzbaşıoğlu, (n 104) 137

<sup>84</sup>Gözler, (n 103) 300

### C. KAMU YARARI AMACIYLA SINIRLAMA

Mülkiyet hakkının sınırlandırılmasına ilişkin kamu yararı ilkesini 35. madde hükmü ifade etmektedir. Mülkiyet hakkı ancak kamu yararının bulunduğu hâllerde kanunla sınırlandırılabilir.

Kamu yararı kavramı ise, birey ve topluluk menfaatleri arasında çatışmada tercih edilen üst yarardır. Kamu yararı; toplum ve devlet lehine bireysel veya topluluk yararından vazgeçme, toplum veya birey yararlarının yarışması durumunda da daha üstün olan menfaati koruma amacı ile hareket edilerek, mahkeme kararlarında bu yönde yargısal tercihte bulunarak, bireyin menfaati yerine toplumun menfaatinin tercih edilmesidir<sup>85</sup>.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, kamu yararı her zaman çoğunluğun yararı anlamına gelmez. Çoğunluğun yararı ile kamunun yararını ilgilendiren konu örtüştüğünde sanki çoğunluğun yararının kamunun yararı olduğu yanlış anlaşılmasına düşülmektedir. Örneğin toplumun az sayıda kesimini oluşturan engelli bireyler için yapılan çevresel düzenlemelerde çoğunluğun çıkarı ile örtüşme dahi kamu yararı olduğu aşikardır<sup>86</sup>.

Kamu yararı kavramı toplumdan topluma ve zamana göre değişen bir kavramdır. Dolayısıyla bu kavramı açıklayan tanımlarda, ait olduğu dönem ve ülkenin ekonomik ve sosyal değerlerine göre yapılmıştır<sup>87</sup>. Dolayısıyla kamu yararı kavramı değerlendirilirken somut olaya göre değerlendirmek gerekir.

Liberal ekonomik düzende özel mülkiyet sistemin temelini oluşturmaktadır. Sistem kamu yararından kamu hizmetine kadar özel mülkiyeti güçlendirecek şekilde kurulmuştur. Fakat insan tek başına toplumun katkısı olmadan zenginlik elde edemeyeceği için, kamu yararının gerektirdiği taktirde bu zenginlikten toplumun faydalanmasına katlanmak durumundadır<sup>88</sup>.

Anayasada teminat altına alınan mülkiyet hakkını sınırlandıran düzenlemelerin anayasaya uygunluğunu denetleyen AYM kamu yararı kavramına kararlarında sıklıkla başvurmuştur.<sup>89</sup> Bu kararlarından birinde; sosyal niteliği de bulunan mülkiyet hakkının başta toplum ve toplumun yararını ilgilendirdiği gözetildiğinde, bireyin ve toplumun yararının çatıştığı hâllerde toplum yararına üstünlük tanınmasının tartışmaya dâhi yer vermeyecek şekilde açık ve net olduğunu vurgulamıştır<sup>90</sup>.

<sup>85</sup>İbrahim Gül, 'Danıştay Kararlarında Kamu Yararı Kavramı (2014) 2 Ankara Barosu Dergisi 533, 537

<sup>86</sup>Naci Münci Çakmak, İdare Hukukunda Kurumsal Olarak Kamu Yararı (1st edn, Seçkin Yayıncılık 2013) 112

<sup>87</sup>Çakmak, (n 122) 113

<sup>88</sup>İdib 305

<sup>89</sup>Etgü, (n 105) 173

<sup>90</sup>AYM E. 1988/34, K. 1989/26, 21.06.1989, Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi, Sayı 25 291



## IX. MÜSADERENİN MÜLKİYET HAKKI BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

1982 Anayasasının "Kişinin Hakları ve Ödevleri" bölümünde düzenlenerek koruma altına alınan mülkiyet hakkına doğrudan müdahalede bulunan müsadere güvenlik tedbirinin Anayasal açıdan da değerlendirilmesi gerekmektedir.

Zira mülkiyet hakkı kapsamında korunması gereken bir mal varlığı değeri müsaderenin konusuna girmektedir. Bunun içinde mülkün varlığı belirlenmelidir.<sup>91</sup> AYM bireysel başvuruya ilişkin bir kararında;

Bireysel başvuru ile mülkiyet hakkının ihlâl edildiğinin iddia edilebilmesi için öncelikle mülkiyet hakkının kapsamına dâhil olabilecek mal varlığı değerlerinin bulunması gerekmektedir. Anayasa'nın 35. maddesi ile 1 No.lu Ek Protokol'ün 1. maddesi kapsamında yer alan ve korunan menfaatlere hâli hazırda sahip olunan bir mülk girebileceği gibi kesin bir şekilde tanımlanmış alacak hakları da bu kapsamdadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) müsadere kararı ile mülkiyet hakkında yapılan müdahalelere ilişkin genel yaklaşımı; müsaderenin, mülkiyet hakkından mahrum kalınması neticesini doğurmasına rağmen Sözleşme'ye Ek 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesinin ikinci paragrafı kapsamında bir "ceza" olarak uygulandığı ve bu amacı gözeterek mülkiyetin kullanımının kontrolü olarak göz önüne alınması gerektiğini belirtmektedir. Aracın müsaderesine hükmolunmasının aracın maliki olan başvuruçunun mülkiyet hakkını sona ermesi sonucunu doğurduğundan Anayasa'nın 35. maddesi kapsamında mülkiyet hakkına müdahale niteliğinde olduğunu belirtmiştir<sup>92</sup>.

AYM kararında özetle mülkiyet hakkının ihlâl edildiğinin ileri sürülebilmesi için mülkiyet hakkının kapsamına giren mal varlığının gerektiği ve bu kapsamda bir mal varlığının müsaderesinin 35. madde anlamında mülkiyet hakkına müdahale niteliğinde olduğu, dolayısı ile Anayasal açıdan değerlendirilmeye muhtaç olduğunu belirtmektedir.

Mülkiyet hakkına müsadere ile yapılan müdahalenin, Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması rejimine uygun olmadığı taktirde Anayasa'nın 35. maddesinde koruma altına alınan mülkiyet hakkının ihlâline yol açacaktır. Bu itibarla müsadere kararı ile yapılan müdahalenin Anayasa'nın 13. maddesinde düzenlenen rejime uygun olup olmadığının belirlenmesi gerekmektedir. AYM bireysel başvuru kararında şu kriterleri ortaya koymaktadır;

<sup>91</sup>Akif Yıldırım ve Özgür Duman, 'Adalet Yolunda Bir 'Nehir Sınırı' Mücadelesi: Mülkiyet Hakkı, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kurumu ve Müsadere' (2018) 67 (1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 145, 159 <<http://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/621207>> Erişim Tarihi 10 Ekim 2020

<sup>92</sup>AYMGK BB B. No: 2013/3044, 17.12.2015, <<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/>>

Anayasa'nın 35. maddesi mülkiyet hakkına getirilecek sınırlamaların kamu yararı amacıyla ve kanunla yapılması gerektiğini düzenlerken Sözleşme'ye Ek 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesi de benzer bir düzenleme ile mülkiyetin sınırlandırılmasının kamu yararıyla, kanunda düzenlenen koşullarla ve uluslararası sözleşmelere uygun olarak yapılabileceğini düzenlemektedir. Ölçülülük ilkesi gereğince başvurucuya ait aracın mahkeme kararıyla müsadere edilmesine hükümlenmesi ile mülkiyet hakkına yapılan müdahale arasında makul bir dengenin gözetilip gözetilmediği tartışılmalıdır. Zira temel hak ve özgürlüklerin anayasaya aykırı olarak sınırlandırıldığı iddiası ile yapılan başvurularda, hak ve özgürlük sınırlanırken ulaşılmak istenen amaçtan yola çıkılarak bu amaca ulaşmak için seçilen aracın denetlenip, Anayasa'nın 13. maddesinde düzenlenen ölçülülük ilkesinin gözetilip gözetilmediği öncelikle değerlendirilmelidir. Bu nedenle mülkiyet hakkına getirilen müdahalelerde ölçülülük ilkesi kapsamında değerlendirme yapılarak, yapılan müdahalenin elverişli, gerekli ve orantılı olup olmadığının irdeleneceği belirtilmiştir<sup>93</sup>.

Aslında burada AYM 13. maddede yer alan koşulları açıklamış olup, müsadere değerlendirilirken bu kapsamda hareket edilmedi.

#### A. GENEL MÜSADERE YASAĞI

Müsaderenin Anayasal açıdan değerlendirilmesi kapsamında genel müsadere yasağına tekrar değinmek yerinde olacaktır. Genel müsadere, suçlunun taşınır veya taşınmaz ayrımı gözetilmeksizin bütün mal varlığı değeri üzerindeki mülkiyet haklarına son verilerek, söz konusu mallar üzerindeki mülkiyetin devlete geçirilmesidir.

Genel müsadere sonucu suçlunun bütün mal varlığı değeri elinden alındığından, suçlunun başta ekonomik olarak mahvolmasına sebep olduğu için günümüz çağdaş ceza hukuku sistemi tarafından kabul görmemektedir<sup>94</sup>. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 38/9 maddesinde de bu doğrultuda "*genel müsadere cezası verilemez*" hükmü düzenlenerek, suçlu dahi olsa genel müsadere yasaklanarak kişilerin mülkiyet hakkı güvence altına alınmıştır. Yine anayasamızın 13. maddesinde yer alan temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin düzenlemeler de genel müsadereye izin vermemektedir.

Sıkıyönetim Askerî Mahkemesi tarafından örgüt oluşturup yurt dışından uyuşturucu maddelerden eroin ihraç ettiği iddiası ile sanığın 765 sayılı TCK'nin 403. maddesinin 1., 2. ve 5. fıkraları ile 59. maddesi uyarınca müebbet ağır hapis cezasıyla cezalandırılmasına ve

<sup>93</sup>AYMGK BB B. No: 2013/3044, 17.12.2015, <<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/>>

<sup>94</sup>Demirbaş, (n 42) 489

kanunun 403. maddesinin son fıkrası gereğince taşınır ve taşınmaz mallarının müsadereğine dair kararı temyiz edilmiştir. Söz konusu kararın Askerî Yargıtay tarafından yapılan incelemesinde; suçun sübutuna, vasfına ve göreve ilişkin itirazlar yönünden reddetmiş, ancak müsadereye ilişkin 765 sayılı TCK'nin 403. maddesinin son fıkrasının Anayasa'nın 38. maddesine aykırı olduğu iddiası mahkemece ciddi görülerek AYM'ne gidilmiştir. AYM genel müsadere kararının verilmesi yönünden kararında özetle; genel müsadere cezası verilmesinin, Anayasada yer alan hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin bütün şartları aştığını, hakkı ortadan kaldırmaya nitelik taşıdığını ve modern ceza hukuku ile de çeliştiğini belirtmiştir. Kişinin tüm taşınır ve taşınmaz mallarına el konulmasına neden olan düzenlemenin Anayasaya uygun olmadığını, çünkü düzenlemenin bir hakkın sınırlandırılması değil tümüyle ortadan kaldırılmasına yol açtığını belirtmiştir. Ayrıca "Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz" hükmü gereğince, 765 sayılı TCK'nin 403. maddesinin son fıkrasının Anayasa'ya aykırı olduğunu belirterek iptaline karar vermiştir<sup>95</sup>.

### B. ÜÇÜNCÜ KİŞİLERİN HAKLARININ KORUNMASI

765 sayılı TCK'nin 36. maddesinde "*filde methali olmayan kimselere ait olmama*" şeklinde düzenlenmiş olup, 5237 sayılı TCK uyarınca kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan eşyanın müsadere edilebilmesi için, eşyanın iyi niyetli üçüncü kişi ya da kişilere ait olmaması gerekir.

Suçun işlenmesinde kullanılan eşyayla suçu işleyen fail arasında sıkı bir bağlantı söz konusudur, yani müsadere münhasıran suçu işleyen ya da suça iştirak eden failin mülkiyetindeki eşyaya ilişkindir<sup>96</sup>. Fakat maddenin gerekçesinde belirtildiği üzere "*müsadere yaptırımı bir "ceza" olarak öngörülmesine rağmen, "suç dolayısıyla hiç kimse mahkûm edilmese de" müsadereye hükmedilebilmesi*" Anayasada güvence altına alınan mülkiyet hakkını zedeleyebilir.

Suçla ilgili olan eşya faile aitse, koşullarının gerçekleşmesi hâlinde müsadere kararı verilir. Fakat söz konusu eşya fail ya da şerik dışında başka bir kişiye aitse, artık burada eşya sahibinin iyi niyetli olup olmadığı araştırılacaktır<sup>97</sup>.

AYM'nin bireysel başvuru kararında mülkiyet hakkına müdahale olduğunu savunan karşı oy gerekçesinde;

<sup>95</sup>AYM, E. 1987/28, K. 1988/16, 03.06.1988, <<http://kararlar.yeni.anayasa.gov.tr/>>

<sup>96</sup>İzzet Özgenç, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (1. Baskı, Ankara Açık Ceza İnfaz Kurumu Matbaası 2006) 687

<sup>97</sup>Gedik (n. 12) 152

Müsaderenin kanuniliği için kullanılan 5237 sayılı TCK'nin 54. maddesinin dördüncü fıkrasında kural; alımı, satımı, kullanılması, bulundurulması, suç konusu olan eşyanın müsaderesine imkân verirken, aynı maddenin birinci fıkrasının ilk cümlesi bir suçun icrası esnasında kullanılan eşyanın müsaderesine üçüncü iyi niyetli kişilere ait olmamak koşulu ile izin vermektedir.

5237 sayılı TCK'nin gerekçesinde de kuralın Anayasa'da yer alan mülkiyet hakkını zedelememesi için yeniden düzenlendiğini, kişinin suç işlemesine iştirak ederek katılmaması, suçun işlenmiş olduğundan haberi olmaması hâlinde sahibi bulunduğu eşyanın suçun işlenmesinde kullanılmış bile olsa müsadereye hükmedilemeyecektir. Kuralın istisnasının kamu güvenliği, sağlığı veya genel ahlâk ile ilgili konular açısından kabul edilebileceğini belirtmektedir. Ayrıca kararda;

Düzenlemenin asıl amacının, "müsaderenin" hukuki niteliğinin aslen bir güvenlik tedbiri olduğu hususu dikkate alındığında, bu amaçla düzenlenmiş kanunun ilgili 54. maddesinin üçüncü fıkrasında, suçta kullanılmış ama müsaderesi ile suça nazaran ağır sonuçlar doğuracak ve hakkaniyete aykırı olacağı anlaşılan eşyanın müsaderesine de hükmedilmeyebileceği söylenmektedir. Devletin trafik tescil bilgilerinin sıhhatine güvenerek, aracı bir başka kişiden noter kanalıyla devralan başvurucunun "iyi niyetli" sayılması gerektiği kuşkusuzdur. Sahte belgelerle araç ithal etme suçunun sanığı olmayan, kaçakçılık suçundan yargılanmakla beraber önce bu suçtan beraatına ve aracın iadesine karar verilen, bilahare Yargıtay'ın bu yöndeki bozma kararı üzerine hakkındaki bu dava zamanaşımı nedeniyle düşen başvurucunun mülkiyet hakkına vaki kamu müdahalesinin ölçülü ve haklı olduğu da kabul edilemez. Esasen davanın somutunda, ithal edilen araca ilişkin belgelerin Kırgızistan'dan celbinin birkaç yıl sürmesi karşısında, başvurucunun bu konuda müdebbir davranmadığı söylenemez. Devletin "gümrük kaçağı" gerekçesiyle iyi niyetli üçüncü kişilere ait araca el koyması ve bu konuda kendiliğinden bir tazmin-giderim mekanizması öngörmemesi nedeniyle; kamunun trafik tescil sistem ve kayıtlarına güvenerek araç satın alan kişilerin otomatik olarak uğradıkları zararı sineye çekmek zorunda oldukları söylenemez. Ayrıca kararda;

Devlet kayıtlarına güvenerek hayatını yönlendiren, hukuki iş ve işlemlere kalkışan iyi niyetli bireyin hukuka ve devlete olan güvenini sürdürmesi yanında devletinde bu güveni zedeleyici işlemlerden kaçınmak, mevzuata ve kayda olan inancının devamını sağlamak zorunluluğu, hukuk devleti olmanın gereklerindedir. Dolayısıyla, bu konumdaki kişilerin el koyma (müsadere) kararından sonra davalı idare aleyhine hizmet kusuru vb. nedenlerle dava açarak uğradıkları zararların tazminini isteyebilecekleri yönündeki bir düşünce ihlâl edilen

mülkiyet hakkını telafi edici bir sistem olarak kabul edilmemelidir. Asıl olanın hukuksuzluğu önlemek olduğundan, telafi etmek hak ihlâlini meşru kılmayacaktır... Açıklanan nedenlerle; dosyanın geçirdiği safahat itibariyle başvurucunun mülkiyet hakkına "ölçüsüz" bir biçimde müdahalede bulunduğu ve Anayasa'nın 35. maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkının ihlâl edildiği kanaati ile çoğunluğun aksi yöndeki kararına katılmadığı, karşı oy gerekçesinde belirtilmiştir<sup>98</sup>.

## X. MÜSADERENİN ANAYASAYA UYGUNLUĞU

Müsadere güvenlik tedbirini düzenleyen TCK'nin 54. ve 55. maddelerinin 1982 Anayasasının mülkiyet hakkını düzenleyen 35. maddesine ve temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin rejimi düzenleyen 13. maddesine aykırı olmadığı sonucu ortaya çıkmaktadır. TCK'nin ilgili maddelerine göre müsadere güvenlik tedbirine; kasıtlı bir suç işlenmesi neticesinde, söz konusu suçla direk ilişkili olan bir eşyanın, mahkeme kararı ile mülkiyet hakkını sahibinden alınarak devlete geçmesi şeklinde başvurulmaktadır. Ortada işlenmiş olan bir suç olmasından dolayı, burada eşya üzerindeki mülkiyet hakkının toplumun faydasına aykırı bir şekilde kullanıldığına şüphe yoktur. Müsaderede TCK'nin 54. ve 55. maddelerini esas alarak mahkeme kararıyla mülkiyet hakkına son verildiğinden Anayasanın 13. ve 35. maddelerinde belirttiği "kanunla sınırlanabilir" şartına uygundur. Son olarak da müsadere güvenlik tedbirine başvurulmasında, suç işlenmesinin engellemek amacı olduğundan Anayasamızın yine 13. ve 35. maddelerinde yer alan "kamu yararı amacıyla" sınırlama kuralı da yerine getirilmiş olmaktadır<sup>99</sup>.

AYM'nin, müsaderenin şartları olduğundan Anayasaya uygun olduğu hususunda pek çok kararı bulunmaktadır.

AYM müsadere hususunda daha önce verdiği kararda, ormanların zarar görmesine veya yok olmasına neden olacak bütün unsurların önlenmesi amacı ile gerçekleştirilen müsadere tedbirinin icrasının kamu yararı taşıdığından meşru bir amaca haiz olduğunu kabul etmiştir<sup>100</sup>.

AYM ceza soruşturmasında OHAL döneminde uygulanan el koyma tedbiri nedeniyle mülkiyet hakkının ihlâl edildiği iddiasına ilişkin inceleme neticesinde vermiş olduğu kararında şu gerekçelerle mülkiyet hakkının ihlâl edildiği yönünde karar vermiştir;

<sup>98</sup>AYMGK BB B. No: 2013/3044, 17.12.2015, <<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/>> Erişim Tarihi 08 Aralık 2020

<sup>99</sup>Erdal Yerdelen, 'Yaptırım Olarak Devletin Mülkiyet Hakkına Müdahalesi (Müsadere-Mülkiyetin Kamuya Geçirilmesi)', (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Karamanoğlu Mehmetbey Üniversitesi, 2010) 77

<sup>100</sup>AYMGK BB B. No: 2015/6164, T. 20.06.2019, <<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/>> Erişim Tarihi: 08 Aralık 2020

Başvurucunun hakkında yürütülen ceza soruşturmasında mal varlığı değerleri yönünden uygulanan tedbire ilişkin olarak kanunda öngörülen itiraz sürecinin işletilmediği, müsadere kararı verilmediği hâlde tedbirin fiilen devam ettirildiği, tedbirin devamı ile ilgili olarak bir karar verilmediği gibi konu ile ilgili ve yeterli bir gerekçenin de gösterilmediği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla başvurunun mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin hukuka uygun olmadığına dair savunma ve itirazlarını gerekli yerlerde etkin olarak ileri sürme imkânının tanınmadığı ve mülkiyet hakkının gerektirdiği usule ilişkin güvencelerin sağlanmadığı kanaatine varılmıştır. Bu durumda el koyma suretiyle yapılan müdahalenin kamu yararı amacı ile başvurunun mülkiyet hakkının korunmasının gereklilikleri arasındaki adil denge başvuru aleyhine bozulmuştur. Başvurucunun mülkiyet hakkına yapılan müdahale ölçüsüzdür... Mülkiyet sıkıyönetim ve olağanüstü hâl gibi olağanüstü yönetim usullerinin benimsendiği dönemlerde Anayasa'nın 15. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan ve savaş, seferberlik gibi olağanüstü durumlarda dokunulması yasaklanmış olan çekirdek haklardan olmadığı için mülkiyet hakkı için olağanüstü hâllerde Anayasa'da düzenlenen güvencelere aykırı tedbirler alınması mümkün olmaktadır. Bu kapsamda el koyma tedbirine karşı başvurucuya etkin bir biçimde itiraz edebilme olanağının tanınmadığı tespit edilerek müdahalenin ölçsüz olduğu sonucuna varılmıştır. Olağanüstü dönemde söz konusu tedbire yönelik itiraz süreçlerini düzenleyen kanun hükümlerini kaldıran veya değiştiren herhangi bir düzenleme yapılmadığı anlaşıldığından müdahalenin durumun gerektirdiği ölçüde olduğu söylenemez. Bu açıklamalar, Anayasa'nın 15. maddesiyle birlikte değerlendirildiğinde, başvurunun Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının ihlâl edildiğine karar verilmesi gerektiğine karar verilmiştir<sup>101</sup>.

AYM bir kararında mülkiyet hakkının ihlâl edilip edilmediği tespit edilirken özetle şu kriterleri ortaya koymaktadır<sup>102</sup>;

Öncelikle somut olay incelenerek "mülkiyet hakkına" yönelik bir müdahale olup olmadığının tespit edilmesi gerekmektedir. Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin kapsamında yer alan mülkiyet hakkı kapsamında korunması gerekli bir menfaatinin bulunup bulunmadığı değerlendirilerek bu husus tespit edilmelidir. Mülkiyet hakkının ihlâli iddiasında bulunan kişi böyle bir hakkının varlığını ispat etmek durumundadır.

<sup>101</sup>AYMGK BB B. No: 2016/71110, T. 25.09.2019, <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>> Erişim Tarihi 13 Aralık 2020

<sup>102</sup>AYMGK BB B. No: 2014/8060, T. 29.09.2016, <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>> Erişim Tarihi 13 Aralık 2020

Mülkiyet hakkının kapsamı belirlenmelidir. Anayasa'nın 35. maddesinde düzenlenerek koruma altına alınan mülkiyet kavramının kapsamı 4721 sayılı TMK'de yer alan mülkiyet kavramı ile sınırlı değildir.

Kanunilik ilkesi; Anayasa'nın 35. maddesinde mülkiyet hakkına getirilecek sınırlamaların "*ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir*" şeklinde olabileceği düzenlenmişken, Sözleşme'ye Ek 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesi "*ancak kamu yararı nedeniyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak*" sınırlanabileceği düzenlenmektedir. AYM, bu düzenlemeler uyarınca AİHM sınırlamaları belirlerken, içtihatlar ile ortaya konulan ilkelerin de hukuki olduğunu kabul ederken, Anayasamız tüm sınırlamaların ancak kanunla yapılabileceğini düzenlediği için Sözleşme'den daha geniş bir koruma sağlamakta olduğunu belirtmektedir.

Meşru amaç; müsadere kararı neticesinde suçun icrasında bizzat kullanılan, kullanılmak amacı ile hazırlanan veya suçun icra edilmesi ile meydana gelen eşyanın mülkiyetinin devlete geçmesi ile suç işlenerek gelir elde edilmesinin önlenmesi, ayrıca suçla ilgili olan ya da kendisi bizzat suç teşkil eden eşyanın ekonomi, toplum düzeni ve toplum güvenliği ile ve toplum sağlığı için yaratabileceği tehlikelerin engellenmesi amaçlanmaktadır. Böylelikle de etkin ve caydırıcı bir şekilde suçla mücadele edilerek yeni suçların işlenmesinin engellenmesi amaçlanmaktadır.

Ölçülülük ilkesi; "elverişlilik", "gereklilik" ve "orantılılık" şeklinde üç alt ilke ile açıklanmaktadır, daha doğrusu bu üç ilkeyi barındırmaktadır. "Elverişlilik" hakka müdahalenin, müdahale ile ulaşılması umulan amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını, "gereklilik" amaca ulaşılması açısından söz konusu müdahalenin zorunlu olmasını, diğer bir ifade ile hakka etkisi daha hafif olan müdahale ile aynı amacın elde edilmesi imkânının bulunmamasını, "orantılılık" ise hakka yapılan müdahale ile elde edilmesi hedeflenen amaç arasında makul bir dengenin olması gerektiği belirtir.

Yukarıda özetlendiği şekilde mülkiyet hakkına müdahalenin koşullarını açıklayan AYM kararının sonuç kısmında bütün koşulları değerlendirerek mülkiyet hakkının ihlâl edilmediğine karar vermiştir. Şöyle ki;

Somut olaydaki aracın suçta nakil vasıtası olarak kullanıldığı gerekçesiyle müsadere edildiği kararda açık olarak yazılı olup bu nedenle söz konusu araç TCK'nin 54/1. maddesi uyarınca müsadere edilmiş olduğundan başvurucunun mülkiyet hakkına kanun tarafından öngörülmüş olan bir müdahale bulunduğu ortadadır. Somut olay bakımından da göçmen kaçakçılığı suçunda kullanılan bir kara taşıtı olan minibüsün müsadere edilmesinin gerek uluslararası sözleşmeler gerekse de ulusal mevzuat çerçevesinde yasaklanan göçmen

kaçakçılığının önüne geçilmesi **meşru amacını** taşıdığı ve bunun ise **kamu yararına** olduğunda kuşku bulunmamaktadır. Sonuç olarak trafik sicilinde adına kayıtlı aracın göçmen kaçakçılığı suçunda kullanıldığı gerekçesiyle müsadere edilmesi nedeniyle başvurunun mülkiyet hakkına yapılan müdahale bakımından müdahalenin **yasal olup** "göçmen kaçakçılığının önlenmesi" yönündeki **meşru amacının** da mevcut olduğu ortadadır. Başvurucuya müsadere kararına karşı yasa yollarına etkin bir şekilde başvuru imkânının da bulunduğu, geçersiz satış sözleşmesiyle aracı bir başka kişiye teslim eden başvurunun müsadere kararı verilmesini gerektiren olaydaki dikkat ve özeni nazara alındığında ve bunun yanında başvurunun satış sözleşmesinin geçersiz olmasına dayanarak borçlar hukuku hükümleri uyarınca aracı haricen sattığı kişiye genel hükümler çerçevesinde dava açma olanağı da bulunmaktadır. Bu husus değerlendirildiğinde müdahalenin başvurunun kişisel ve aşırı bir yük altına sokmadığı, hakka müdahalenin güttüğü amaç ile başvurunun maruz kaldığı külfetin **orantılı olduğu** kanaatine varılmış olması nedeni ile Anayasa'nın 35. maddesinde korunan mülkiyet hakkının ihlâl edilmediğine karar vermiştir<sup>103</sup>.

## SONUÇ

Çalışmamızda müsadere kavramının tanımına ve müsaderenin çeşitlerine, benzer kavramlarla ilişkisine, Türk hukukunda müsadereye ilişkin yasal düzenlemelere yer verdikten sonra müsadere ile mülkiyet hakkı ilişkisi 1982 Anayasası kapsamında incelenerek, müsaderenin anayasaya uygunluğu anayasal açıdan değerlendirilmiştir.

Bu kapsamda müsadere, bir kimsenin menkul veya gayrimenkul malının üzerinde sahip olduğu mülkiyet hakkının veya kazancın, kanunda öngörülen şartların gerçekleşmesi hâlinde, kesinleşmiş mahkeme kararı ile devlete geçmesi sonucunu doğuran bir güvenlik tedbiridir.

5237 sayılı TCK ile müsadere konusunda ayrıntılı hükümler getirilmiştir. Çalışmamızda ise, TCK'nin 54. ve 55. maddelerinde yer alan eşya ve kazanç müsaderesine ilişkin hükümleri ile 5271 sayılı CMK'nin 256-259. maddelerinde yer alan müsadere usulü, Anayasa ve diğer sair mevzuat hükümleri ile uluslararası düzenlemeler çerçevesinde incelenmiştir. Müsadere kurumu suçla mücadelede, suç işleyerek elde edilen kazancın önlenmesi açısından önem arz etmektedir. Bu nedenle de kazanç müsaderesinin 5237 sayılı TCK'da ayrı bir maddede düzenlemesi önemlidir.

<sup>103</sup>AYMGK BB B. No: 2014/8060, T. 29.09.2016, <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>> Erişim Tarihi 13 Aralık 2020



Müsadere, mülkiyet hakkını sona erdirdiğinden anayasamızda düzenlenerek koruma altına alınan ve insanlık tarihinin ilk dönemlerinden bu yana doğal, dokunulmaz bir hak olarak kabul edilen mülkiyet hakkı ile ilişkisi de önemlidir. Anayasamızda temel haklar ve ödevler başlıklı ikinci kısımda kişinin hakları ve ödevleri bölümünde mülkiyet hakkı düzenlenmiş olup; herkesin mülkiyet ve miras hakkına sahip olduğunu belirterek mülkiyet hakkını koruma altına alınmış olduğu gibi, devamında mülkiyet hakkının kendisinin kamu yararı amacının varlığı hâlinde, hakkın kullanılmasının ise toplum yararı amacıyla sınırlanabileceğini düzenlenerek hakkın sınırlanabileceği hususu da hüküm altına alınmıştır.

Mülkiyet hakkı, sahibine eşya üzerinde en geniş yetkiyi sağlayan aynı haktır; bir şeye malik olan kişinin söz konusunu şeyi hukuk sistemine aykırı olmamak kaydı ile; dilediği gibi kullanabilme, o şeyden dilediği şekilde yararlanabilme ve dilediği gibi tasarrufta bulunabilme hakkı bulunmaktadır.

Mülkiyet hakkına müsadere ile yapılan müdahalenin, Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması rejimine uygun olmadığı taktirde Anayasa'nın 35. maddesinde koruma altına alınan mülkiyet hakkının ihlâlüne yol açacaktır. Bu itibarla müsadere kararı ile yapılan müdahalenin Anayasa'nın 13. maddesinde düzenlenen rejime uygun olup olmadığı belirlenmesi gerekmektedir. Müsaderenin kanuniliği için kullanılan 5237 sayılı TCK'nin 54. maddesinin dördüncü fıkrasındaki düzenleme alımı, satımı, kullanılması, bulundurulması, suç konusu olan eşyanın müsaderesine imkân verirken, aynı maddenin birinci fıkrasının ilk cümlesi bir suçun icrası esnasında kullanılan eşyanın müsaderesine üçüncü iyi niyetli kişilere ait olmamak koşulu ile izin vermektedir. 5237 sayılı TCK'nin gerekçesinde de kuralın Anayasa'da yer alan mülkiyet hakkını zedelememesi için yeniden düzenlendiğini, kişinin suç işlenmesine iştirak ederek katılmaması, suçun işlenmiş olduğundan haberi olmaması hâlinde sahibi bulunduğu eşya, suçun işlenmesinde kullanılmış olsa bile müsaderesine hükmedilemeyeceği düzenlenmiş, fakat söz konusu eşya iyi niyetli üçüncü kişiye ati olsa bile kamu güvenliği, sağlığı veya genel ahlâk açısından tehlikeli olması hâlinde müsadere edileceği belirtmektedir.

Gerek AYM'nin gerekse Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararları incelendiğinde, müsadere güvenlik tedbirini düzenleyen TCK'nin 54. ve 55. maddelerinin 1982 Anayasasını mülkiyet hakkını düzenleyen 35. maddesine ve temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin rejimi düzenleyen 13. maddesine aykırı olmadığı sonucu ortaya çıkmaktadır.

TCK'nin ilgili maddelerine göre müsadere güvenlik tedbirine; kasıtlı bir suç işlenmesi neticesinde, söz konusu suçla direk ilişkili olan bir eşyanın, mahkeme kararı ile mülkiyet

hakkını sahibinden alınarak devlete geçmesi şeklinde başvurulmaktadır. Ortada işlenmiş olan bir suç olmasından dolayı, burada eşya üzerindeki mülkiyet hakkının toplumun faydasına aykırı bir şekilde kullanıldığına şüphe yoktur. Müsaderede TCK'nin 54. ve 55. maddelerini esas alarak mahkeme kararıyla mülkiyet hakkına son verildiğinden Anayasanın 13. ve 35. maddelerinde belirttiği "kanunla sınırlanabilir" şartına uygundur. Ayrıca müsadere güvenlik tedbirine başvurulmasında "suç işlenmesinin önlenmesi" amacı olduğundan, Anayasamızın yine 13. ve 35. maddelerinde yer alan "kamu yararı amacıyla" sınırlama kuralı da yerine getirilmiş olmaktadır.

AYM'nin müsaderenin şartları olduğundan Anayasaya uygun olduğu hususunda pek çok kararı bulunmaktadır. Mülkiyet hakkı Anayasa'da teminat altına alınarak, bu alanda uluslararası ilişkilerin gelişeceği, ülkemize yabancı yatırımların gelmesine katkı sağlanacağı ve toplum refahına olumlu etki sağlayacağı belirtilmiştir. Fakat hakka ilişkin yer verilen bu teminatlar hakkın sınırlandırılmayacağı anlamına gelmemektedir. Ayrıca Anayasada yer alan koruyucu hükmün devlete hitap ettiği, zira şahıslar arasındaki ilişkilerin TMK ve benzer kanunlarla koruma altına alındığı gerekçede belirtilmektedir.

İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme'ye Ek 1 No'lu Protokolün "*Mülkiyetin korunması*" kenar başlıklı 1. maddesinin mülkiyet hakkının korunmasına ilişkin hükmü ister gerçek ister tüzel kişi olsun herkesin malının ve mülkünün dokunulmaz olduğunu, bu dokunulmazlığın ise ancak kamu yararı nedeniyle ve kanunda düzenlenen şartlarla ve uluslararası hukuka uygun olmak kaydı ile sınırlanabileceği düzenlenmiştir. İkinci fıkrada ise bu düzenlemenin devletlerin mülkiyetin kamu yararına uygun kullanılması için ya da vergi ceza gibi ödemelerin yapılmasını sağlamak maksadı ile gerekli uygulamaları yapmasını engellemeyeceği belirtilmiştir.

Ayrıca sözleşmeye göre mülkiyet hakkına müdahaleden bahsedebilmek için; kişinin sahip olduğu şeye müdahale olmalı ve kişinin meşru yani yasaya ya da istikrarlı bir içtihada dayalı somut bir beklentisi olmalıdır.

Çalışmada yer verilen AYM kararı; AİHM tarafından sınırlamalar belirlenirken içtihatlar ile ortaya konulan ilkelerin de hukuki olduğunu kabul ederken, Anayasamız tüm sınırlamaların ancak kanunla yapılabileceğini düzenlediği için Sözleşme'den daha geniş bir koruma sağlamakta olduğunu belirterek, AİHM içtihatları ile 1982 Anayasası düzenlemesini karşılaştırmış ve neticesinde Anayasamızın mülkiyet hakkına ilişkin daha geniş bir koruma sağladığını ifade etmektedir. Dolayısı ile buradan hareketle mülkiyet hakkına ilişkin korumanın, AİHM'nin sağladığı güvencelerin dahi üzerinde olduğu söylenebilir.

Müsaderenin temel amacının suç işleyerek elde edilen gelirlerle haksız yere zenginleşmenin yahut bu gelirlerle beslenen yasa dışı örgütlerin güçlenmesinin engellenmesi olduğu düşünüldüğünde, 5237 sayılı TCK, Anayasa ve sair mevzuat hükümlerinin cezalandırma açısından yeterli olduğu söylenebilse de uygulamada başarısız olunmasının nedenlerini irdelemek gerekmektedir. Örneğin suçüstü yakalanan uyuşturucu satıcısının üzerinden çıkan paranın sadece uyuşturucu satışından elde edildiği delillendirilebilen kısmı müsadereye konu olabilecek ve kalan kısmı iade edilecektir. Bu kapsamda bu hususların tespiti açısından kolluğa görevler düşmektedir.

Bir araştırmada, Türkiye’de kayıt dışı ekonominin son 10 yıldır gayri safi milli hasılaya oranının yüzde 28-30 bandında seyrettiği belirtilmektedir. Ayrıca kayıt dışı ekonomi oranında ülkemiz Ekonomik Kalkınma ve İş birliği Örgütü yani OECD’nin 34 ülkesi arasında birinci olduğu, ABD’nin ise yüzde 7.95 kayıt dışı ekonomi oranıyla OECD’nin en iyisi konumunda olduğu belirtilmektedir<sup>104</sup>.

Kayıt dışı ekonomi, yasal olup kayıt altına alınmayan faaliyetleri ve yasa dışı faaliyetleri kapsamaktadır. Bu kapsama rüşvet, yolsuzluk gibi kamu görevlileri tarafından işlenebilen suçlar girdiği gibi, uyuşturucu ticareti ve kaçakçılık gibi yasa dışı diğer faaliyetler de girmektedir. Oranın yüksekliği ve sıralamadaki yerimiz aslında tek başına sistemimizde eksiklikler olduğunu ortaya koymaktadır.

Kimlerin mal bildiriminde bulunacağı 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması Rüşvet ve Yolsuzlukla Mücadele Kanununun 2. maddesinde tahdidi olarak sayılmıştır. Birtakım özel kanunlarda da mal bildiriminde bulunması zorunlu tutulan kişiler düzenlenmektedir. Konumuz açısından ilgisi nedeni ile kimlerin mal bildiriminde bulunması gerektiğine detaylı olarak açıklanmamıştır. Fakat ülkemizde kamu görevlileri ve belirli görevleri ifa edenler dışındaki vatandaşlar istisnalar haricinde mal bildiriminde bulunmamaktadır.

Bu nedenlerle mal bildiriminde bulunması zorunlu olanlar dışındaki vatandaşlar içinde mal bildiri bulunmasını sağlayacak bir sistem getirilmeli ya da belirlenecek miktardaki mal varlığı hareketleri tespit edilerek araştırılmalıdır. Sadece sistemi getirmek yeterli olmayacaktır. Gerekli denetim mekanizmaları da oluşturulmalıdır. Müsadere uygulamasında suçtan eşya ya da kazanca gidilmektedir. Fakat bunun tek başına yeterli olması beklenemez. Belirli suçlar

---

<sup>104</sup> Ceyhan Elgin ve Oğuz Öztunalı, ‘Shadow Economies around the World: Model Based Estimates’ (<http://tto.boun.edu.tr/tr/>) <<http://tto.boun.edu.tr/tr/content/kayit-disi-ekonomi-buyumenin-onunde-en-buyuk-engel>> Erişim Tarihi 07 Ekim 2020; Araştırmanın tamamı için bakınız; <http://ideas.econ.boun.edu.tr/RePEc/pdf/201205.pdf>, Erişim Tarihi 07 Ekim 2020

açısından, suç işlendiğine dair kuvvetli şüphe bulunan hâllerde şüphelinin mal varlığı üzerinde de usulüne uygun bir şekilde araştırma yapılarak ceza kanunlarının ve özellikle müsadere amaçlarına daha etkili bir şekilde katkı sağlanacağı kanaatindeyiz.

Mali Suçları Araştırma Kurulunun 2018 tarihli faaliyet raporun yedinci sayfasında detaylı olarak görev, yetki ve sorumluluklarına yer verilmiştir. Cumhuriyet savcılığı tarafından incelenmesi talep edilen hususları incelemek ve aklama suçunun tespitine ilişkin talepleri yerine getirmek ve ayrıca resen yaptığı araştırmalar neticesinde aklama veya terörün finansmanı suçunun işlendiğine dair ciddi şüphelerin mevcut olması durumunda konuyu ilgili Cumhuriyet savcılığına bildirmek görevleri bulunduğu belirtilmektedir. Raporun otuz üçüncü sayfasında ise, 2018 yılında CMK'nin 128. maddesi kapsamında düzenlenen rapor sayısı 4.213 olarak belirtilmiştir. Raporun yirmi üçüncü sayfasında şüpheli işlem bildirimleri 222.743, adli/kolluk talepleri 22.939, diğer ihbarlar 255 adet oldukları belirtilmiştir<sup>105</sup>.

Mali Suçları Araştırma Kurulunun faaliyeti görev ve sorumluluklarından anlaşıldığı üzere konumuz açısından kritik görevleri bulunmaktadır. Dolayısıyla daha etkin bir şekilde çalışmasının sağlanması gerekmektedir.

Mali denetimlerdeki eksiklikler ve yapılması gerekli mevzuat düzenlemeleri, müsadere ve diğer mali suçların birbirleri ile ilişkili olup bu konuda yapılması gerekenler aslında başlı başına bir araştırma konusunu oluşturmaktadır. Bu konuda ekonomistlerden, hukukçulardan, vergi ve maliye uzmanlarından ve diğer yetkin kişilerden yetkili makamlarca oluşturulacak bir kurul vasıtası ile araştırmalar yapılarak, sistemimizdeki eksikliklerin neler olduğu ve ne yapılması gerektiği, diğer ülkelerdeki mevzuat düzenlemeleri çerçevesinde incelenerek tespit edilebilir.

TCK'nin 54. ve 55. maddelerinde ayrıntılı olarak yer alan düzenlemelerde eksiklik olmadığı söylenebilir. Fakat nitelikli dolandırıcılık, uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti, banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması gibi ekonomik suçlarda şüphelilerin mal varlıklarının da araştırılması hususunda mevzuatta birtakım düzenlemeler yapılmalıdır. Böylece müsadere kurumu, özellikle kazanç müsadere etkin bir şekilde işletilebilecektir.

Müsadere ülkemizde uygulanan hâliyle hem AİHS, hem de Anayasa açısından uygun olduğu sonucuna varılmakla birlikte, suçun ve suçtan elde edilen gelirlerin önlenmesi ve neticesinde suç ile etkili bir mücadele için müsadere ve diğer mali suçlar arasındaki

---

<sup>105</sup>Hazine ve Maliye Bakanlığı, 'Mali Suçları Araştırma Kurulu 2018 Yılı Faaliyet Raporu', (<https://www.hmb.gov.tr>) <<https://www.hmb.gov.tr/masak-faaliyet-raporlari>> Erişim Tarihi 10 Ekim 2020

ilişkinin/irtibatın kapsamlı bir çalışmada hukukçular, vergi/maliye uzmanları ve ekonomistler tarafından detaylandırılarak incelenmesine ihtiyaç bulunmaktadır.

## **KAYNAKÇA**

### **KİTAPLAR**

Acar H, ‘Türk Ceza Hukukunda Müsadere Kurumu’ (Yayımlanmamış Doktora Tezi, Çankaya Üniversitesi, 2019)

Arslan MBS, ‘Türk Hukukunda Müsadere’ (Yayımlanmamış Doktora Tezi, Galatasaray Üniversitesi, 2014)

Artuç M, Hüküm Kurma Sanatı (6. Baskı, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları 2015)

Bakırcı F ve İBA Ş, Gerekçeli ve Notlu 1982 Anayasası (1. Baskı Turhan Kitabevi 2017)

Centel N, Zafer H ve Çakmut Ö, Türk Ceza Hukukuna Giriş (5. Baskı, Beta Yayınevi 2008)

Centel N ve Zafer H, Ceza Muhakemesi Hukuku (3. Baskı, Beta Basım Yayım 2005)

Certel A, Müsadere (1. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2008)

Çelebican Ö ve Karadeniz Ö, Roma Eşya Hukuku (3. Basım, Yetkin Yayınları 2006)

Çakmak NM, İdare Hukukunda Kurumsal Olarak Kamu Yararı (1. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2013)

Çulha R, Demirağ F, Nuhoğlu A, Oktar S ve Tezcan D, Ceza Muhakemesi Hukuku Başvuru Kitabı (2. Baskı, Bilge Yayınevi 2017)

Demirbaş T, Ceza Hukuku Genel Hükümler (3. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2005)

Doğru O ve Nalbant A, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar 2. Cilt (1. Baskı, Legal Kitabevi 2013)

Elgin C ve Öztunalı O, ‘Shadow Economies around the World: Model Based Estimates’  
<<http://ideas.econ.boun.edu.tr/RePEc/pdf/201205.pdf>>

Erişim Tarihi 07 Mart 2020

Ercan İ, Ceza Hukuku Genel Hükümler (10. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2014)

Ercan İ, Ceza Hukuku Özel Hükümler (7. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2012)

Eren F, Mülkiyet Hukuku (1. Baskı, Yetkin Yayınları 2011)

Etgü MA, Kamu Hukukunda Mülkiyet Hakkı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Mülkiyet Hakkına Bakışı (1. Baskı, On İki Levha Yayınları 2009)

Fertellioğlu B, 'Anayasal Dilin Semantiği Üzerine: Anayasanın Ruhu Kavramı' (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, 2019)

Gedik D, Müsadere (2. Basım, Adalet Yayınevi 2016)

Gemalmaz HB, Mülkiyet Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi - 6 (Mrk Baskı 2018)

Gerçekker H, Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Cilt I (2. Bası, Seçkin Yayıncılık 2014)

Gökçen A, Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma (Özellikle Telefonların Gizlice Denetlenmesi) (Adalet Yayınevi 1994)

Gözler K, Anayasa Hukukunun Genel Esasları (10. Baskı, Ekin Basım Yayım 2018)

Gözler K, Türk Anayasa Hukuku (2. Baskı, Ekin Basım Yayım 2018)

Gözler K, Türk Anayasa Hukukuna Giriş (4. Baskı, Ekin Basım Yayım 2010)

Gözübüyük AP, Alman, Fransız, İsviçre ve İtalyan Ceza Kanunlarıyla Mukayeseli Türk Ceza Kanunu Gözübüyük Şerhi (5. Baskı, Kazancı Hukuk

Yayımları 1988)

Gül İ, 'Danıştay Kararlarında "Kamu Yararı" Kavramı' (2014) (2) Ankara Barosu Dergisi, ss. 533-550

Güngör D ve Toroslu H 'Müsadere ve Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması İlişkisi Üzerine Kısa Bir Değerlendirme' (2016) 65 (4)

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 1967- 1980

Günler K, 'Türk Ceza Hukukunda Müsadere' (2014) 18 (3) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 849-876

Hafizoğulları Z ve Özen M, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (3. Baskı, Us-A Yayıncılık 2010)

Hakeri H, Yeni Türk Ceza Hukukunun Temel Kavramları Genel Hükümler (3. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2005)

- İzgi Ö ve Gören Z, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Yorumu Cilt I (TBMM Basımevi 2002)
- Kabaoğlu İÖ, Özgürlükler Hukuku (6. Baskı, İmge Kitabevi 2002)
- Karatepe Ş, Türk Anayasa Hukuku (1. Baskı, Savaş Yayınevi 2016)
- Kubalı HN, Anayasa Hukuku Dersleri Genel Esaslar ve Siyasi Rejimler (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1969)
- Kunter N, Yenisey F ve Nuhoglu A, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku (14. Baskı, Arıkan Basım 2006)
- Mastı AK, ‘Askeri Yargıda Disiplin Mahkemeleri ve Temel Hak ve Hürriyetler’ (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi, 2004)
- Mastı AK, ‘Türkiye’de Bilgi Edinme Hakkı Ve Kişilik Hakları İle İlişkisi’ (Yayımlanmamış Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi, 2008)
- Nohutçu A, Hâkimlik Kampı Anayasa Hukuku (2. Baskı, Savaş Yayınevi 2018)
- Oğuzman K ve Barlas N, Medeni Hukuk Giriş Kaynakları Temel Kavramlar (13. Bası, Arıkan Basım Yayım 2006)
- Oğuzman K, Seliçi Ö ve OKTAY ÖZDEMİR S, Eşya Hukuku (12. Bası, Filiz Kitabevi 2009)
- Özbek VÖ, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama (1. Baskı, Seçkin Yayıncılık 1999)
- Özbudun E, Türk Anayasa Hukuku (15. Baskı, Yetkin Yayınları 2014)
- Özer A, Anayasa Hukuku (7. Baskı, Gazi Kitabevi 2016)
- Özgenç İ, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (1. Baskı, Ankara Açık Ceza İnfaz Kurumu Matbaası 2006)
- Öztan B, Medeni Hukukun Temel Kavramları (31. Baskı, Turhan Kitabevi 2009)
- Özütrk Bahri ve Erdem MR, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku (17. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2017)
- Remzi M, Aydın S ve Ispartalı M, Medeni Hukuk (2. Baskı, İkinci Sayfa Yayınları 2012)
- Sirmen AL, Eşya Hukuku (2. Bası, Yetkin Yayınları 2014)
- Şahin C, Ceza Muhakemesi Hukuku- I (9. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2018)

Şahin İ, Türk Ceza Yargılaması Hukukunda Yakalama ve Gözaltına Alma (2. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2004)

Taneri G, Müsadere (1. Baskı, Bilge Yayınevi 2013)

Tanör B ve Yüzbaşıoğlu N, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku (12. Baskı, Beta Basım Yayım 2012)

Topaç TH, 'Eşya Müsaderesi (TCK. 54)' (2013) 0 (2) Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, ss. 47-70

Toroslu N, Ceza Hukuku Genel Kısım (14. Baskı, Savaş Yayınevi 2009)

Tünay M 'Müsadere ve Müsadere Muhakemesi' (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi, 2014)

Yaşar O, Gökcan HT ve Artuç M, Yorumlu - Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt II (1. Baskı, Adalet Yayınevi 2010)

Yerdelen E, 'Yaptırım Olarak Devletin Mülkiyet Hakkına Müdahalesi (Müsadere-Mülkiyetin Kamuya Geçirilmesi)' (Yayımlanmamış

Yüksek Lisans Tezi, Karamanoğlu Mehmetbey Üniversitesi, 2010)

Yücebaş, Ö 'Suç Ekonomisi ve Terörün Finansmanı' (Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi, 2010)

Yıldırım A ve Duman Ö, 'Adalet Yolunda Bir "Nehir Sınırı" Mücadelesi: Mülkiyet Hakkı, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kurumu ve Müsadere' (2018) 67 (1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 145-200

Yılmaz Z, Teori ve Uygulamada Müsadere (Seçkin Yayıncılık 2003)

## **RAPORLAR**

**Avrupa Uyuşturucu Raporu**, 2018, <http://www.emcdda.europa.eu>, Erişim Tarihi 26 Aralık 2020

**Avrupa Uyuşturucu Raporu**, 2019, <http://www.emcdda.europa.eu>, Erişim Tarihi 26 Aralık 2020

**Hazine ve Maliye Bakanlığı**, Mali Suçları Araştırma Kurulu 2018 Yılı Faaliyet Raporu, <https://www.hmb.gov.tr/masak-faaliyet-raporlari>, Erişim Tarihi 10 Ekim 2020



**VERİ TABANLARI VE İNTERNET SİTELERİ**

<http://dergiler.ankara.edu.tr/>

<http://dergipark.org.tr>

<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr>

<http://tdk.gov.tr>

<http://tto.boun.edu.tr>

<http://www.bakale.com>

<http://www.emcdda.europa.eu>

<http://www.uyusmazlik.gov.tr>

<https://acikerisim.tbmm.gov.tr>

<https://en.wikipedia.org>

<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>

<https://mevzuat.tbmm.gov.tr>

<https://tez.yok.gov.tr>

<https://www.anayasa.gov.tr>

<https://www.hmb.gov.tr/masak-sunus>

<https://www.mevzuat.gov.tr>

<https://www.ombudsman.gov.tr>

<https://www.seslisozluk.net>

<https://www2.tbmm.gov.tr>

