

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



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

---

ISSN 2651 - 4141

E-ISSN 2667 - 4068

**Cilt XXVII, Nisan 2023, Sayı 2**

**Vol. XXVII, April 2023, No. 2**

---

**Ankara 2023**

**ANKARA HACI BAYRAM VELİ ÜNİVERSİTESİ  
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**

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

**Sahibi : Owner :**

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

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

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

**Editörler\* : Editors \*\* :**

Prof. Dr. Mehmet ÖZDAMAR Prof. Dr. Mehmet ÖZDAMAR

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

Doç. Dr. Abdülkerim YILDIRIM Assoc. Prof. Dr. Abdülkerim YILDIRIM

Doç. Dr. Mehmet Çelebi CAN Assoc. Prof. Dr. Mehmet Çelebi CAN

Dr. Öğr. Üyesi Kamile TÜRKÖĞLU ÜSTÜN Assist.Prof. Dr. Kamile TÜRKÖĞLU ÜSTÜN

**Editör Yardımcıları: Deputy Editors:**

Arş. Gör. Hanne ÖZGENÇ YILMAZ Res. Assist. Hanne ÖZGENÇ YILMAZ

Arş. Gör. Metin GÜZEŞ Res. Assist. Metin GÜZEŞ

Arş. Gör. Elif ALKAN Res. Assist. Elif ALKAN

Arş. Gör. Nihan ÇİTİR Res. Assist. Nihan ÇİTİR

Arş. Gör. İrem Tuğçe SEVİNÇ Res. Assist. İrem Tuğçe SEVİNÇ

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

Prof. Dr. Mehmet ÖZDAMAR Prof. Dr. Mehmet ÖZDAMAR

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

Doç. Dr. Abdülkerim YILDIRIM Assoc. Prof. Dr. Abdülkerim YILDIRIM

Doç. Dr. Mehmet Çelebi CAN Assoc. Prof. Dr. Mehmet Çelebi CAN

Dr. Öğr. Üyesi Kamile TÜRKÖĞLU ÜSTÜN Assist.Prof. Dr. Kamile TÜRKÖĞLU ÜSTÜN

Arş. Gör. Hanne ÖZGENÇ YILMAZ Res. Assist. Hanne ÖZGENÇ YILMAZ

Arş. Gör. Metin GÜZEŞ Res. Assist. Metin GÜZEŞ

Arş. Gör. Elif ALKAN Res. Assist. Elif ALKAN

Arş. Gör. Nihan ÇİTİR Res. Assist. Nihan ÇİTİR

Arş. Gör. İrem Tuğçe SEVİNÇ Res. Assist. İrem Tuğçe SEVİNÇ

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

**Yayın Sekreteri / Secretary of Publication**

Yüksel ERKAN

ISSN-2651-4141 E-ISSN 2667-4068

Tasarım - Dizgi: Kemal ERDOĞAN

Basım Yeri:

Basım Tarihi: Nisan 2023

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

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

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Emniyet Mah. Muammer Bostancı Cad. No: 4  
Beşevler/ANKARA, TÜRKİYE

TEL: +90 312 216 20 07 FAKS: +90 312 215 01 69 web: <http://www.hukuk.hacibayram.edu.tr> e-posta: [hukukdergi@hbv.edu.tr](mailto:hukukdergi@hbv.edu.tr) - [dergihukuk2013@gmail.com](mailto:dergihukuk2013@gmail.com)

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

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 27.05.2010 tarihinden itibaren TÜBİTAK - ULAKBİM ve 22 Nisan 2020 tarihinden itibaren CiteFactor isimli uluslararası indeks tarafından taranmaktadır.

ASOS  
indeks

CiteFactor  
Academic Scientific Journals

TÜBİTAK  
ULAKBİM

**DANIŞMANLAR KURULU**

Prof. Dr. Aydın GÜLAN	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mahmut KOCA	İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. S. Gül AKYILMAZ	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Rıza AYHAN	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Süha TANRIVER	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. O. Berat GÜRZUMAR	Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. M. Fadıl YILDIRIM	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yadiğar İZMİRLİ	İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yaşar SALİHPAŞAOĞLU	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. F. Bilge TANRIBİLİR	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ömer ANAYURT	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Haluk Hadi SÜMER	Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İbrahim ERMENEK	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY	Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Muhittin ASTARLI	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

## ETİK İLKELER VE YAYIN POLİTİKASI

### Yayın Etiği

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi uluslararası yayın etiği standartlarına uygun bir şekilde faaliyet gösterir.

AHBVÜ-HFD yayın süreçlerinde Yayın Etiği Komitesi (Committee on Publication Ethics, COPE), Açık Erişim Dergiler Rehberi (Directory of Open Access Journals, DOAJ) ve Açık Erişim Akademik Yayıncılar Birliği (Open Access Scholarly Publishers Association, OASPA) ve Dünya Tıp Editörleri Birliği (World Association of Medical Editors, WAME) tarafından yayınlanan yayın etiği standartlarını takip eder. COPE Yayın Etiği Kılavuzları, "Dergi Editörleri İçin Davranış Kuralları Ve En İyi Uygulama İlkeleri - Code Of Conduct And Best Practice Guidelines For Journal Editors" ile "Bilimsel Yayıncılıkta Şeffaflık ve En İyi Uygulama İlkeleri-Principles of Transparency and Best Practice in Scholarly Publishing" dergi editörler kurulu tarafından benimsenmiştir.-

### Şeffaflık İlkesi

Dergi işleyişi şeffaflık ve önceden belirlenen usullere tabidir.

Dergi AHBVÜ Hukuk Fakültesi tarafından çıkarılmakta olup Derginin ismi AHBVÜ-HFD olup kısaltması AHBVÜ-HFD'dir. 2018 yılındaki Kanun değişikliğinden önce dergi, hukuk fakültesinin eskiden bağlı bulunduğu Gazi Üniversitesi bünyesinde Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi adını taşımaktaydı. Bu bakımdan 1998-2018 yılları arasında bu isim adı altında yayınlanan makaleler de Dergiye ait olup internet sitesindeki arşivden erişilebilir.

Dergi yılda 4 kez Ocak, Nisan, Temmuz ve Ekim aylarının sonunda veya en geç sonraki ayın ilk haftası içinde yayınlanır. Sistem makale kabulü için her zaman açık tutulur. Makale kabul süreci Dergipark sistemi üzerinden, ilgili birim ve kişilerin her an bilgi alabileceği ve her aşamayı takip edebileceği şekilde yürütülür.

Yazarlar makalelerini Dergipark sistemi üzerinden dergiye yollarlar. Dergipark TÜBİTAK ULAKBİM çatısı altında, Türkiye'de yayınlanan akademik hakemli dergiler için elektronik ortamda barındırma ve editöryal süreç yönetimi hizmeti sunarak teknik destek sağlayan bir kuruluştur. DergiPark'a ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. <https://dergipark.org.tr/tr/pub/page/about>

Yazışmalar dahil olmak üzere Derginin bütün süreçleri Dergipark'ın yüksek güvenli ve sürekli güncellenen sistemi üzerinden gerçekleştirilir. Makale süreçleri, dosyalar ve yazışmalar Dergipark üzerinden arşivlendirilir.

Kural olarak yayın süreci tamamlanmış dergiler sonraki ilk sayıda yayınlanır. Ancak Editörler Kurulu, makale sayısı veya makale konularını dikkate alarak bazı makalelerin sonraki sayıda yayınlanmasına karar verebilir. Bu halde yazarlar bilgilendirilir.

### Açık Erişim İlkesi ve Telif Hakkı

AHBVÜ-HFD **açık erişimli bir dergidir**. Yazarlar AHBVÜ-HFD dergisinde yayınlanan çalışmalarının telif hakkına sahiptirler ve çalışmaları Creative Commons Atıf-GayrıTicari 4.0 Uluslararası (CC BY-NC 4.0) olarak lisanslıdır. Creative Commons Atıf-GayrıTicari 4.0 Uluslararası (CC BY-NC 4.0) lisansı, eserin ticari kullanımı dışında her boyut ve formatta paylaşılmasına, kopyalanmasına,

çoğaltılmasına ve orijinal esere uygun şekilde atıfta bulunmak kaydıyla yeniden düzenleme, dönüştürme ve eserin üzerine inşa etme dâhil uyarlanmasına izin verir. Bkz. <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/legalcode.tr>

### Araştırma Etiği

Dergi, uluslararası araştırma etiği ilkelerini benimser.

### Yazarların Sorumluluğu

Gönderilen makaleler derginin amaç ve kapsamına uygun olmalıdır.

Makalelerin bilimsel ve etik kurallara uygunluğu yazarların sorumluluğundadır. İntihal, duplikasyon, sahte yazarlık/inkâr edilen yazarlık, araştırma/veri fabrikasyonu, makale dilimleme, dilimleyerek yayın, telif hakları ihlali ve çıkar çatışmasının gizlenmesi, etik dışı davranışlar olarak kabul edilir. Kabul edilen etik standartlara uygun olmayan tüm makaleler yayından çıkarılır.

Yazar makalenin orijinal olduğu, daha önce başka bir yerde yayınlanmadığı ve başka bir yerde, başka bir dilde yayınlanmak üzere değerlendirilmediğini ıslak imzalı matbu etik beyan formunu sisteme yükler.

Telifle bağlı materyaller (örneğin tablolar, şekiller veya büyük alıntılar) gerekli izin ve teşekkürle kullanılır. Başka yazarların, katkıda bulunanların çalışmaları ya da yararlanılan kaynaklar uygun biçimde kullanılır ve referanslarda belirtilir.

Çalışmanın oluşturulmasında içeriğe akademik ve bilimsel olarak doğrudan katkı sağlamayan kişiler, yazar olarak belirtilmez. Yazarların isim sıralaması yazarların ortak kararını yansıtır. Tüm yazarlar yazar sıralamasını Telif Hakkı Devir Formunda imzalı olarak belirtmek zorundadırlar. Çeviri eserlerde yazardan ya da yayın hakkına sahip kişi ve kurumdan yazılı yayın izni alınır ve bu izin belgesi, başvuru evrakına eklenir.

Yazarlık için yeterli ölçütleri karşılamayan ancak çalışmaya katkısı olan tüm bireyler (teknik destek sağlayan, yazıma yardımcı olan ya da sadece genel bir destek sağlayan, finansal ve materyal desteği sunan kişiler) "teşekkür / bilgiler" kısmında sıralanır.

Yazarlar, araştırmanın sonuçlarını ya da bilimsel değerlendirmeyi etkileyebilme potansiyeli olan finansal ilişkileri, çıkar çatışması ve çıkar rekabetini beyan eder.

Bir yazar kendi yayınlanmış yazısında belirgin bir hata ya da yanlışlık tespit ederse, bu yanlışlıklara ilişkin düzeltme ya da geri çekme için editör ile hemen temasa geçme ve işbirliği yapma sorumluluğunu taşır.

Yazarlar kullanılan verilerin kullanım haklarına, araştırma/analizlerle ilgili gerekli izinlere sahip olduklarını veya deney yapılan deneklerin rızasının alındığını gösteren belgeye sahip olmalıdır.

Yazarlar yayınlanmış, erken görünüm veya değerlendirme aşamasındaki çalışmasıyla ilgili bir yanlış ya da hatayı fark etmesi durumunda, dergi editörünü veya yayıncıyı bilgilendirme, düzeltme veya geri çekme işlemlerinde editörle işbirliği yapar.

Yazarlar çalışmalarını aynı anda birden fazla derginin başvuru sürecinde bulunduramaz. Her bir başvuru önceki başvurunun tamamlanmasını takiben başlatılabilir.

Değerlendirme süreci başlamış bir çalışmanın yazar sorumluluklarının değiştirilmesi (Yazar ekleme, yazar sırası değiştirme, yazar çıkartma gibi) teklif edilemez.

Yazar ismini ve ORCID numarası ile kurum bilgilerini açık, doğru ve eksiksiz olarak makaleyle beraber yolladığı dergi kapak sayfasına yazar. Üniversite ve Fakülte/ Müdürlük adreslerinden sonra şehir ve ülke bilgisi de yer alır.

#### **Editörler ve Editör Yardımcılarının Sorumlulukları**

Editör, makalenin dergiye ulaşmasından yayımlanmasına kadar bütün yayın ve hakemlik sürecini yöneten ve derginin kalitesinden ve performansından sorumlu olan kişidir. Editör, Hukuk Fakültesi Dekanı tarafından, en az doktor unvanına sahip Üniversite öğretim elemanları arasından üç yıl süre için görevlendirilir. Editörlerden biri baş editördür.

Baş editör; editörler ve editör yardımcıları arasındaki uyum ve koordinasyon ile yayının toplam kalitesinden sorumludur. Kural olarak editörler uzmanlık alanlarıyla ilişkili makalelerle ilgilenirler.

Editörler, makaleleri, yazarların etnik kökeninden, cinsiyetinden, uyruğundan, dini inancından ve siyasi felsefesinden bağımsız olarak değerlendirir.

Her makalenin Dergipark sistemi üzerinden yazarlarca da görünen bir editörü ve editör yardımcısı bulunur. Konuya ilişkin görev dağılımı editörlerin ve editör yardımcılarının uzmanlık alanına göre yapılır ve bu dağılım önceden belirlidir. İş yükü ve izinli olma gibi sebeplerle bu kuralın dışında bir dağılım yapılması mümkündür.

Editörler dergiye gönderilen makaleleri kalite, içerik ve alana katkı açısından genel olarak değerlendirir ve makalenin yayın sürecine girip girmemesine karar verirler. Bu aşamada makale sürece sokulmaksızın reddedilebilir.

Editör yardımcıları görevli oldukları makalelerde makale dosyalarının tam ve eksiksiz olup olmadığını ve makalelerin dergi yazım kurallarına uygunluğunu denetler; yazarların gerekli düzenlemeleri yapmasını sağlarlar.

Editör yardımcıları, her makaleyi bizzat Turnitin intihal programına sokarak intihal raporu alırlar. İçerik ve şekil açısından sorunlu hususları alan editörüne bildirirler.

Editör yardımcıları ön inceleme süreci tamamlanan makaleleri, hakem atamalarının yapılması için ilgili alan editörüne yönlendirilirler.

Editör yardımcıları yazarlarla iletişim kurar ve editörlere gerekli bilgilendirme ve hatırlatmaları yaparak sürecin hızlı ilerlemesini sağlarlar.

Makaleler editörler tarafından adil bir şekilde çift taraflı kör hakem değerlendirmesine yollanır. Editörler; yazarlar, editörler ve hakemler arasında çıkar çatışmasına izin vermezler. Editörler hakem incelemesinin makul sürede tamamlanmaması halinde hakemle iletişim kurarak sürecin hızlandırılmasını talep edebilir veya yeni bir hakem ataması gerçekleştirebilirler.

Editörler atadıkları hakemlerin içerik, hız ve üslup açısından performanslarını takip ederler.

Hakem incelemesi sonucunda editörler, hakem raporlarını değerlendirir. Editörler Kurulu toplanarak makalenin kabulüne, üçüncü bir hakeme gönderilmesine veya

reddedilmesine karar verirler. Red kararının gerekçesi ve hakem raporları yazara gönderilir.

Bu süreçte gönderilen makalelere ilişkin tüm bilgiler, makale yayınlanana kadar gizli tutulur.

Baş editör, yazarın bilgisi dahilinde gereğinde hata sayfası yayınlatabilir ya da düzeltme yapabilir.

#### **Hakemlerin Sorumlulukları**

Bilimsel araştırma makaleleri için iki, çeviri makaleleri ise bir hakem alan editörleri tarafından atanır. Hakemler, araştırma, yazarlar ve/veya araştırmaya fon sağlayanlarla çıkar çatışması bulunmaması esastır.

Hakemler çalışmanın konusuna uygun olarak belirlenir. Hakemlerin makale konusu alanda çalışmalarının bulunması veya ilgili alanda yetkin olması esastır. Genel kural, hakemle ile yazarın farklı kurumlara mensup olmasıdır.

Yazarların akademisyen olması durumunda, hakemler mümkünse bir üst unvana sahip akademisyenler arasından seçilir. (Örneğin. Doktor öğretim üyesinin makalesi doçent ya da profesör ünvanlı akademisyenlere gönderilir.)

Kör hakemlik bağlamında hakemlerin kimlik bilgileri gizli tutulur.

Hakemlerin kendilerine Dergipark üzerinden e-posta yoluyla gönderilen makale özetinin ekli olduğu davete 10 gün içinde cevap vermeleri esastır. Bu süre gerekirse iki kere daha 5 gün olarak uzatılır. Hakem daveti süresi içinde kabul etmez veya reddederse alan editörü sistem üzerinden daveti iptal ederek; başka bir kişiye hakemlik daveti yollayabilir.

Daveti kabul eden hakem Dergipark hesabı üzerinden makale dosyasına ve hakem değerlendirme formuna erişebilir.

Hakem, makale konusu hakkında kendini yetkin görmüyor ya da zamanında geri dönüş sağlaması mümkün görünmüyorsa, editöre bu durumu bildirmeli ve hakem sürecinin iptal edilmesini talep etmelidir.

Hakemler, hakem değerlendirme formunu gerçeğe uygun bir şekilde doldurmak ve bilimsel değerlendirmede bulunmakla yükümlüdür.

Makalelerin en az iki hakem tarafından yayına uygun bulunması gerekmektedir. Hakemler makalede minör ya da majör revizyon yapılmasını talep edebilirler. Bu halde yazardan hakem görüşleri doğrultusunda makalesini düzenlemesi istenir. Minör revizyon halinde düzenlenmiş makale ilgili editör yardımcısı tarafından kontrol edilir. Majör revizyon halinde makale aynı hakeme yeniden gönderilerek düzenlenmiş halinin yayına uygunluğuna karar vermesi talep edilir.

Hakemlerin ikisinin de yayına uygun görmedikleri makaleler yayımlanmaz. Hakemlerden birinin makaleyi yayına uygun görmemesi halinde diğer hakemin makaleye ilişkin yorumları göz önünde bulundurularak makale, editörler kurulu tarafından reddedilebilir veya üçüncü bir hakeme gönderilebilir. Üçüncü hakemin görüşleri doğrultusunda makalenin yayına uygun olup olmadığına alan editörü karar verir.

Hakemler ve yayın kurulu üyeleri başka kişilerle makaleleri tartışamazlar. Hakemler, gönderilmiş yazılara ilişkin tüm bilgileri gizli tutarlar. Yazar tarafından

herhangi bir telif hakkı ihlali ve intihal fark ederlerse durum editöre raporlanmalıdır.

Hakemler zamanında dönüş ve performans gibi ölçütlerle değerlendirilir. Nezaketsiz ve bilimsel olmayan değerlendirmeler engellenir.

#### **Yazarlar ile İlişkiler**

Editörlerin yazarlara karşı görev ve sorumlulukları aşağıdaki şekildedir:

Editörler, gelen makaleleri öncelikle çalışmaların önemi, özgün değeri, geçerliliği, anlatımın açıklığı ve derginin amaç ve hedeflerini dikkate alarak makalelerin yayın sürecine girmesine veya reddedilmesine karar verirler. Makalenin reddi halinde gerekçesi yazara bildirilir.

Makalenin olumsuz hakem raporları nedeniyle reddedilmesi halinde ilgili hakem raporları ve gerekçe Dergipark sistemi üzerinden yazarla paylaşılır.

Yazarlar editörler ve editör yardımcılarıyla Dergipark sistemi üzerinden her zaman iletişim kurabilir. Yazarların sorularını cevaplar; görüş veya şikayetlerini dikkate alır. Dergipark sistemi üzerindeki yazışmalar arşivde saklanır.

#### **Editörler Kurulu**

Editörler ve editör yardımcılarından oluşan editörler kurulu, yayın süreçlerinin işleyişinin yayın ilke ve kurallarına uygun ilerlemesini sağlamak için sürekli iletişim ve işbirliği içindedir. Düzenli olarak toplanır ve dergi yayın politikasına ilişkin kararları kolektif bir şekilde alırlar.

Editörler kurulunun oluşumunda cinsiyetlerin eşit temsili esastır.

#### **Yayın Kurulu**

Fakültenin deneyimli hocalarından oluşan yayın kurulu derginin işleyişini takip eder; yayın politikasına ilişkin olarak editörler kuruluna görüş ve önerilerde bulunur. Yayın kurulu üyelerinin icrai bir fonksiyonu yoktur.

#### **Danışma Kurulu**

Türk ve yabancı hocalardan oluşan ve farklı kurumlarda görev yapmakta olan danışma kurulu, derginin işleyişini takip ederek görüş ve önerilerde bulunur; uzmanlık alanlarına göre makalelerin akademik yeterliliğine ilişkin olarak editörler kurulu tarafından kendilerine danışılır.

#### **İntihal Kontrolü**

Ön inceleme aşamasında makaleler Turnitin intihal tarama programında taranır. Azami %15 benzerlik oranına (bibliyografik materyaller, alıntılar ve %2 oranındaki küçük kaynaklar hariç tutulmak kaydıyla) sahip olan makaleler hakkında sürece devam edilebilir. İntihal/kendi kendine intihal tespit edilirse yazarlar bilgilendirilir.

### **Yazım Kuralları ve Şekil Şartları**

#### **Genişletilmiş Özet**

Türkçe yazılan makalelerin uluslararası çevrelerde görünürlüğünü ve atıf oranını arttırmak amacıyla, 2022 yılı 27(1) sayısından itibaren geçerli olmak üzere, hakem incelemesi olumlu sonuçlanan araştırma makaleleri için 800-1000 kelimelik İngilizce genişletilmiş özet (extended abstract) hazırlanmalıdır. Burada makalenin amacı, hipotezi ve sonuçları kapsamlı bir şekilde özetlenmelidir. İngilizce yazım ve dil bilgisi kurallarına özen gösterilmelidir. Genişletilmiş özete diğer özetlerden sonra yer verilmelidir.

#### **• Yazı Tipi, Boyutu, Satır Aralığı ve Paragrafların Yazımı:**

- Akademik çalışma, “Microsoft Word” programında hazırlanmalıdır.
- Akademik çalışmaların yazımında Latin alfabesi kullanılmalıdır.
- Akademik çalışmanın ana metninin yazımında aşağıdaki kurallara uyulmalıdır:
  - Times New Roman yazı karakterinde,
  - 12 punto harf boyutunda,
  - Soldan ve sağdan bloklanmış (iki yana yaslı) şekilde,
  - 1,5 satır aralığı ile yazılmalıdır.
  - Paragrafların ve başlıkların yazımında önce ve sonra 6 nk paragraf aralığı kullanılmalıdır.
  - Paragrafların ilk satırı 1,25 cm içeriden başlamalıdır.
- Çalışmadaki atıflar metnin altında; bir başka deyişle, dipnotlarda yapılmalıdır.
- Dipnotların yazımında aşağıdaki kurallara uyulmalıdır:
  - Times New Roman yazı karakterinde,
  - 10 punto harf boyutunda,
  - Soldan ve sağdan bloklanmış (iki yana yaslı) şekilde,
  - Tek satır aralığı ile yazılmalıdır.
  - Paragrafların yazımından önce ve sonra 0 nk paragraf aralığı kullanılmalıdır.

#### **• Bölüm Başlıkları:**

- Bütün bölüm başlıklarının yazımında aşağıdaki kurallara uyulmalıdır:
  - Times New Roman yazı karakterinde,
  - 12 punto harf boyutunda,
  - Kalın,
  - Paragrafın ilk satırının başlangıcı (1,25 cm içeriden) esas alınarak sola hizalanmış şekilde yazılmalıdır.
  - Birinci derece bölüm başlıkları bütün harfler büyük;
  - İkinci ve üçüncü derece bölüm başlıkları her sözcüğün ilk harfi büyük,
  - Dördüncü derece ve diğer bölüm başlıkları sadece ilk sözcüğün ilk harfi büyük ve diğerleri küçük olacak şekilde yazılmalıdır.
- Birinci derece bölüm başlıkları büyük Roma rakamlarıyla (I, II, III, IV, V vd.);

- İkinci derece bölüm başlıkları Türk alfabesinde (Latin alfabesinde) bulunan büyük harflerle (A, B, C, Ç, D vd.);
- Üçüncü derece bölüm başlıkları Arap rakamlarıyla (1, 2, 3, 4, 5 vd.);
- Dördüncü derece bölüm başlıkları Türk alfabesinde (Latin alfabesinde) bulunan küçük harflerle (a, b, c, ç, d vd.);
- Beşinci derece bölüm başlıkları parantez içine alınmış Arap rakamlarıyla [(1), (2), (3), (4), (5) vd.] numaralandırılmalıdır.
- Diğer bölüm başlıklarının nasıl numaralandırılacağı isteğe bağlıdır.
- “SONUÇ” ve (varsa) “GİRİŞ” isimli başlıklar ise;
  - Times New Roman yazı karakterinde,
  - 12 punto harf boyutunda,
  - Kalın,
  - Bütün harfler büyük,
  - Paragrafın ilk satırının başlangıcı (1,25 cm içeriden) esas alınarak sola hizalanmış şekilde yazılmalıdır.
  - Bu başlıklar numaralandırılmamalıdır.

Örnek:

## GİRİŞ

### I. AYNİ İKAME İLKESİ

### II. PAYLAŞMALI MAL AYRILIĞI REJİMİNDE AYNİ İKAME İLKESİ UYGULAMASI

#### A. Paylaşmalı Mal Ayrılığı Rejimi

##### 1. Genel Olarak

##### 2. Paylaşmalı Mal Ayrılığı Rejiminin Başlaması

##### 3. Paylaşmalı Mal Ayrılığı Rejiminde Eşlerin Hakları ve Sorumlulukları

##### a. Eşlerin hakları

##### b. Eşlerin borçları

#### B. Paylaşmalı Mal Ayrılığı Rejiminde Malvarlığı Masaları ve Ayni İkame İlkesi Uygulaması

##### 1. Genel Olarak

##### 2. Eşlerin Kişisel Malları

##### 3. Aileye Özgülenen Mallar

##### a. Ailenin ortak kullanımına ve yararlanmasına özgülenen mallar

##### b. Ailenin ekonomik geleceğini güvence altına almaya yönelik yatırımlar

##### c. Aileye özgülenen malların yerine geçen değerler ve ayni ikame uygulaması

##### (1) Edinilmiş mallara katılma rejiminde “yerine geçen değerler” kavramının ve ayni ikame ilkesi uygulamasının incelenmesi

##### (2) Aileye özgülenen mallar kapsamında ayni ikame ilkesi uygulaması

## SONUÇ

### • Sözcük Sayısı:

- Dergiye gönderilen akademik çalışmaların metin kısmının 15.000 kelimeyi geçmemesi gerekir.
- Özetler ve kaynakça, metin kısmı için öngörülen kelime sınırına dahil değildir.

### • Akademik Çalışmalarda Kullanılacak Dil:

- Dergimize Türkçe, İngilizce ve Almanca dillerinde yazılmış akademik çalışmalar kabul edilmektedir. Ancak, Dergimizde Yayın Kurulu'na uygun görülecek diğer yabancı dillerde hazırlanmış akademik çalışmaların yayımlanması da mümkündür. Akademik çalışmaların yazımında Latin alfabesi kullanılmalıdır.

### • Başlık, Özet ve Anahtar Kelimeler:

- Akademik çalışmanın ana başlığının yazımında aşağıdaki kurallara uyulmalıdır:
  - Times New Roman yazı karakterinde,
  - 12 punto harf boyutunda,
  - Kalın,
  - Tümü büyük harflerle,
  - 1,5 satır aralığı ile,
  - Metne ortalanmış (ortalı) bir şekilde yazılmalıdır.
  - Başlığın yazımından sonra 6 nk paragraf aralığı kullanılmalıdır.
- Akademik çalışma metninden önce, akademik çalışmanın yazıldığı dilde yazılmış, en az 100 en çok 200 kelimedenden oluşan özet ve beş tane anahtar kelime eklenmelidir.
- Özet ve Anahtar Kelimelerin yazımında aşağıdaki kurallara uyulmalıdır:
  - Times New Roman yazı karakterinde,
  - 12 punto harf boyutunda,
  - İtalik,
  - Soldan ve sağdan bloklanmış (iki yana yaslı) şekilde,
  - Tek satır aralığı ile yazılmalıdır.
  - Özeti ve anahtar kelimelerin yazımında, sonra 6 nk paragraf aralığı kullanılmalıdır.
  - Paragrafların ilk satırı içeriden başlamamalıdır.
  - Ayrıca, “ÖZET” ve “Anahtar Kelimeler” başlıkları kalın olarak yazılmalıdır.
- Türkçe dilinde yazılmış olan akademik çalışmalarda, akademik çalışmanın yazıldığı dilde yazılmış olan özet ve anahtar kelimelerden sonra; çalışmanın ana başlığının, özeti ve anahtar kelimelerin İngilizce tercümeleri bulunmalıdır.
- Çalışmanın ana başlığının İngilizce tercümesinin yazımında aşağıdaki kurallara uyulmalıdır:
  - Times New Roman yazı karakterinde,
  - 12 punto harf boyutunda,
  - Kalın,
  - Tümü büyük harflerle,
  - 1,5 satır aralığı ile,
  - Metne ortalanmış (ortalı) bir şekilde yazılmalıdır.
  - Başlığın yazımından sonra 6 nk paragraf aralığı kullanılmalıdır.
- Özeti ve Anahtar Kelimelerin İngilizce tercümesinin yazımında aşağıdaki kurallara uyulmalıdır:
  - Times New Roman yazı karakterinde,

- 12 punto harf boyutunda,
- İtalik,
- Soldan ve sağdan bloklanmış (iki yana yaslı) şekilde,
- Tek satır aralığı ile yazılmalıdır.
- Özetin ve anahtar kelimelerin yazımında, sonra 6 nk paragraf aralığı kullanılmalıdır.
- Paragrafların ilk satırı içeriden başlamamalıdır.
- Ayrıca, “ABSTRACT” ve “Keywords” başlıkları kalın olarak yazılmalıdır.
- Yazar, isterse akademik çalışmaya İngilizce başlık, özet ve anahtar kelimelere ek olarak Almanca başlık, özet ve anahtar kelimeler de ekleyebilir.
- İngilizce dilinde yazılmış olan akademik çalışmalarda, akademik çalışmanın yazıldığı dilde yazılmış olan özet ve anahtar kelimelerden sonra; çalışmanın ana başlığının, özetin ve anahtar kelimelerin Türkçe tercümesi bulunmalıdır.
- Çalışmanın ana başlığının Türkçe tercümesinin yazımında aşağıdaki kurallara uyulmalıdır:
  - Times New Roman yazı karakterinde,
  - 12 punto harf boyutunda,
  - Kalın,
  - Tümü büyük harflerle,
  - 1,5 satır aralığı ile,
  - Metne ortalanmış (ortalı) bir şekilde yazılmalıdır.
  - Başlığın yazımından sonra 6 nk paragraf aralığı kullanılmalıdır.
- Özetin ve Anahtar Kelimelerin Türkçe tercümesinin yazımında aşağıdaki kurallara uyulmalıdır:
  - Times New Roman yazı karakterinde,
  - 12 punto harf boyutunda,
  - İtalik,
  - Soldan ve sağdan bloklanmış (iki yana yaslı) şekilde,
  - Tek satır aralığı ile yazılmalıdır.
  - Özetin ve anahtar kelimelerin yazımında, sonra 6 nk paragraf aralığı kullanılmalıdır.
  - Paragrafların ilk satırı içeriden başlamamalıdır.
  - Ayrıca, “ÖZET” ve “Anahtar Kelimeler” başlıkları kalın olarak yazılmalıdır.
- Yazar, isterse akademik çalışmaya Türkçe başlık, özet ve anahtar kelimelere ek olarak Almanca başlık, özet ve anahtar kelimeler de ekleyebilir.
- Almanca dilinde ve Yayın Kurulu'na uygun görülecek diğer yabancı dillerde hazırlanmış akademik çalışmalarda yazılmış olan akademik çalışmalarda, akademik çalışmanın yazıldığı dilde yazılmış olan özet ve anahtar kelimelerden sonra; çalışmanın ana başlığının, özetin ve anahtar kelimelerin Türkçe ve İngilizce tercümesi bulunmalıdır.
- Çalışmanın ana başlığının Türkçe ve İngilizce tercümesinin yazımında

aşağıdaki kurallara uyulmalıdır:

- Times New Roman yazı karakterinde,
- 12 punto harf boyutunda,
- Kalın,
- Tümü büyük harflerle,
- 1,5 satır aralığı ile,
- Metne ortalanmış (ortalı) bir şekilde yazılmalıdır.
- Başlığın yazımından sonra 6 nk paragraf aralığı kullanılmalıdır.
- Özetin ve Anahtar Kelimelerin Türkçe ve İngilizce tercümesinin yazımında aşağıdaki kurallara uyulmalıdır:
  - Times New Roman yazı karakterinde,
  - 12 punto harf boyutunda,
  - İtalik,
  - Soldan ve sağdan bloklanmış (iki yana yaslı) şekilde,
  - Tek satır aralığı ile yazılmalıdır.
  - Özetin ve anahtar kelimelerin yazımında, sonra 6 nk paragraf aralığı kullanılmalıdır.
  - Paragrafların ilk satırı içeriden başlamamalıdır.
  - Ayrıca, “ÖZET” ve “Anahtar Kelimeler” başlıkları kalın olarak yazılmalıdır.
- **Atf Kuralları:**
  - Yararlanılan kaynaklara ilişkin atıflar, her bir sayfa sonunda, dipnot olarak gösterilmelidir.
  - **Yararlanılan kaynaklara yapılan ilk atıflar, dipnotlarda aşağıdaki şekillerde gösterilmelidir.** Aşağıda detayları belirtilen atıf usulünde kural bulunmayan durumlarda OSCALA (The Oxford University Standard for Citation of Legal Authorities) sistemi takip edilmelidir. **Kitaplar:**  
Ad Soyad, *Kitap Adı*, Kaçınıcı Bası Olduğu, Yayınevi, Yılı, Atıf Yapılan Sayfa.  
Örnek: Rıza Ayhan, *Ticari İşletme Hukuku*, 2. Bası, Turhan Kitabevi, 2007, s. 89.  
**Kitap bölümleri:**  
Ad Soyad, “Eser (Bölüm) Adı”, Editörün (Editörlerin) Adı Soyadı (Ed.), *Kitap Adı*, Yayınevi, Yıl, Atıf Yapılan Sayfa.  
Örnek: Hayrettin Çağlar, “Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Şirketle Borç İlişkisi”, Erol Ulusoy (Ed.), *Anonim Şirketlerde Bireysel ve Azınlık Pay Sahibi Hakları*, Bilge Yayınevi, 2016, s. 143.  
**Makaleler:**  
Ad Soyad, “Makale Adı”, *Dergi Adı*, Cilt (Sayı), Yıl, Atıf Yapılan Sayfa.  
Örnek: Cumhuriyet Şahin, “Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararına İtirazda İncelemenin Kapsamı”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, 19(2), 2013, s. 293.  
**İnternet ortamında bulunan kaynaklar:**  
Örnek: Abdülkerim Yıldırım, “Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kiracının

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

**Cilt XXVII**

**Nisan 2023**

**Sayı 2**

**İÇİNDEKİLER**

**MAKALELER\***

**ÖZEL HUKUK**

Mecra Hakkı Sahibinin Mecraların Sebebiyet Verdiği Zararlardan Doğan Kusursuz Sorumluluğu <b>Hüseyin Kağan ZENGİN</b> .....	<b>3-36</b>
Türk – İsviçre Hukukunda Hak Zilyetliği <b>Hüseyin TOKAT</b> .....	<b>37-84</b>
Anonim Ortaklıkta Azınlığın Özel Denetçi Atanması İstemine İlişkin Çeşitli Sorunlar Üzerine Bir İnceleme <b>Yasemin AŞLAR ÜÇYILDIZ</b> .....	<b>85-122</b>
İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Hükümlere Aykırılık Nedeniyle İşin Durdurulması <b>Fatih ERASLAN</b> .....	<b>123-172</b>
Türk Hukuku’nda Mirasın Resmî Tasfiyesini Gerektiren Haller <b>Bengisu Önder SÜYEN</b> .....	<b>173-210</b>
Roma, İslâm ve Türk Hukuklarında Vasiyetten Dönme <b>Emrah GÖKMEN</b> .....	<b>211-248</b>
Sigorta Tahkim Yargılamasında Süre Uzatıma Taraflardan Birin Muvafakat Vermemesi Halinde Karşılaşılan Sorunlar <b>Fatma Tülay PARLAK</b> .....	<b>249-272</b>

\* Makaleler, yazarların unvanı ve soyadlarına göre sıralanmıştır.

Güvence Vermesi”, *AÜHFD*, 64(1), 2015, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/auhfd/issue/42392/510636>>, Erişim Tarihi 15 Aralık 2020, s. 238.

- **Eğer aynı kaynağa tekrar atıf yapılıyorsa bu atıflar ise dipnotlarda şu şekilde gösterilmelidir:**

- Bir yazarın tek eserine yapılacak atıflarda:

Yazarın Soyadı, Sayfa Numarası.

Örnek: Ayhan, s. 90.

- Aynı yazarın birden fazla eserine yapılacak atıflarda, eserlerin adı, yazarın diğer çalışmalarından ayırt edilmesini sağlayacak şekilde kısaltılmalıdır:

Örnek: Ayhan, Ticari İşletme, s. 213.

Ayhan, *Kâr Payı*, s. 100.

- **Yararlanılan kaynakların her birisinin bu atıf usullerine uygunluğu tek tek kontrol edilmelidir.**

**• Kaynakça**

- Akademik çalışmanın sonunda, akademik çalışmada yararlanılan kaynakların listelendiği “KAYNAKÇA” yer almalıdır.
- “KAYNAKÇA”, metnin bitiminden bir sonraki sayfada yer almalıdır.
- Kaynakça, yazarların soy ismine göre alfabetik olarak sıralanmalıdır.
- Her bir kaynak;
  - Times New Roman karakteri kullanılarak,
  - 12 punto harf boyutunda,
  - Tek satır aralığıyla,
  - Soldan ve sağdan bloklanmış (iki yana yaslı) olarak,
  - İlk satır asılı şekilde yazılmalıdır.
- Kaynakçada, metin içerisinde atıf yapılan mevzuat veya mahkeme kararlarının yer alması zorunlu değildir.
- Kaynakçada öncelikle yazarın soyadına, daha sonra adının ilk harfine yer verilir ve ayrıca, makalelerin ve kitap bölümlerinin sayfa aralığı gösterilir.  
Örnek: Ayhan R, *Ticari İşletme Hukuku*, 2. Bası, Turhan Kitabevi 2007.  
Örnek: Yıldırım A, “Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kiracının Güvence Vermesi”, *AÜHFD*, 64(1), 2015, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/auhfd/issue/42392/510636>>, Erişim Tarihi 15 Aralık 2020, s. 237-266.

**• Dergimiz yazım ve şekil şartlarına uygun şekilde düzenlenmeden gönderilen akademik çalışmalar, yazım ve dil editörlerinin kararıyla reddedilir veya düzeltilmesi istenir.**

**• Dergiye akademik çalışma gönderimi ve süreç hakkında ayrıntılı bilgi için lütfen “Etik İlkeler ve Yayın Politikası”nı inceleyiniz.**

**• Yazar veya yazarların bilgileri, “Kapak” formuna girilmelidir. Yazardan gelen dosya doğrudan hakeme yönlendirileceği için makalenin asıl metninde yazar bilgisi yer almamalıdır.**

**• Ayrıca, akademik çalışmalarla birlikte “Kapak” formunun yanı sıra “Etik Beyan Formu” ile “Telif Hakkı Devir Formu”nun da doldurularak sisteme yüklenmesi gerekmektedir. Aksi takdirde süreç devam etmeyecektir.**



Sınır Ötesi Tele-Psikiyatri Uygulamalarına Hukuki Bir Bakış  
**Cemal ARAALAN** ..... 273-308

Basit Karşılıklı İştirak Bağlamında Bildirim Yükümlülüğü  
**Alanur AYHAN** ..... 309-352

### KAMU HUKUKU

Güncel Gelişmeler Işığında Tevfik Rüşdü Aras'ın  
31 Temmuz 1936 Tarihli Tek Taraflı Beyanının  
Hukuki Sonuçları Hakkında Bir Değerlendirme  
**Uğur BAYILLIOĞLU**.....355-398

Değişen Yönleriyle Suu Generis Bir Örnek Olarak İngiliz  
Anayasal Sistemi ve Yazısız Anayasanın Geleceği  
**Sezen Kama IŞIK** .....399-442

Tanzimat Sonrası Dönemde Müştereken Kullanılan  
Ormanlarla İlgili Hukukî Düzenlemeler  
**Zeynep AKAN YETİŞİR**.....443-484

Kamu İcra Hukukundaki Mal Bildirimi Yükümlülüğünün  
İsviçre Hukuku İle Mukayeseli Değerlendirilmesi  
**Neslihan Karakuş BÜYÜKBEN/Hasan Hüseyin BAYRAKLI**..... 485-522

Edinilmiş Mallara Katılma Rejimine Göre Sosyal  
Kurumlarca Sağlanan Kazanımların Yeniden Değerlendirilmesi  
**Sedat SEZGİN**.....523-542

CMK'da Düzenlenen Özel İtiraz Usulünün (M. 271/4)  
Kişi Özgürlüğünü Sınırlayan Diğer Koruma Tedbirleri  
Bakımından Uygulanması  
**Seyfettin ÇAĞLAR**..... 543-568

## Ankara Hacı Bayram Veli University

### Faculty of Law Review

**Vol. XXVII**      **April 2023**      **Number 2**

## C O N T E N T S

### ARTICLES\*

#### PRIVATE LAW

*The Strict Liability Of The Owner Of Transmission Right  
Of Way From The Damages Caused By The Transmission Lines*  
**Hüseyin Kağan ZENGİN** ..... 3-36

*Right Possession In Turkish – Swiss Law*  
**Hüseyin TOKAT**..... 37-84

*An Examination On Various Problems Regarding The  
Minority's Request To Appointment Of A Private  
Auditor In Joint Stock Company*  
**Yasemin AŞLAR ÜÇYILDIZ**..... 85-122

*Suspension Of The Operation Due To Violation Of  
Occupational Health And Safety Provisions*  
**Fatih ERASLAN** ..... 123-172

*The Circumstances That Require Official Liquidation  
Of Heritage In Turkish Law*  
**Bengisu Önder SÜYEN** ..... 173-210

*Revocation Of Testament In Roman, Islamic  
And Turkish Law*  
**Emrah GÖKMEN**.....211-248

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

*Problems Arising In Case Of One Party's Not Consenting  
To Prolonging Period During Insurance Arbitration*  
**Fatma Tülay PARLAK**..... 249-272

*Legal Overview On Cross Border Tele-Psychiatry Applications*  
**Cemal ARAALAN** ..... 273-308

*Obligation Of Notification In The Context  
Of Basic Cross Shareholding*  
**Alanur AYHAN** ..... 309-352

## **PUBLIC LAW**

*An Evaluation Of The Legal Consequences Of Unilateral  
Statement Of Tevfik Rüşdü Aras Dated 31 July 1936 In  
The Light Of Current Developments*  
**Uğur BAYILLIOĞLU**.....355-398

*The Sui Generis Nature Of The British Constitutional  
System In Changing Aspects And The Future  
Of The Unwritten Constitution*  
**Sezen Kama IŞIK**.....399-442

*Legal Regulations Regarding Commonly Used  
Forests In The Post-Tanzimat ERA*  
**Zeynep AKAN YETİŞİR**.....443-484

*Parative Evaluation Of The Obligation To Declare  
Property In Public Execution Law With Swiss Law*  
**Neslihan Karakuş BÜYÜKBEN/Hasan Hüseyin BAYRAKLI**..... 485-522

*Re-Evaluation Of The Benefits Provided By Social  
Institutions According To The Regime Of  
Participation In Acquired Property*  
**Sedat SEZGİN**.....523-542

*Implementation Of The Special Objection Procedure  
Organized In Cpc (Art. 271/4) With Regard To Other  
Protection Measures Limiting Liberty Of Person*  
**Seyfettin ÇAĞLAR**..... 543-568

**ÖZEL HUKUK >>**

BOŞ

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

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068  
Cilt / Volume XXVII Nisan / April 2023 Sayı / No. 2

**MECRA HAKKI SAHİBİNİN MECRALARIN SEBEBİYET VERDİĞİ  
ZARARLARDAN DOĞAN KUSURSUZ SORUMLULUĞU**

**THE STRICT LIABILITY OF THE OWNER OF TRANSMISSION RIGHT  
OF WAY FROM THE DAMAGES CAUSED BY THE TRANSMISSION  
LINES**

**Hüseyin Kağan ZENGİN\***  

**ÖZET**

[-10.34246/ahbvuhfd.1179049](https://doi.org/10.34246/ahbvuhfd.1179049) 

*Mecralar; elektrik, su, doğalgaz, elektronik haberleşme veya benzerlerini taşıyan ve birçok taşınmazın altından veya üzerinden geçen teknik yapıdır. Oldukça yaygın kullanımı olan bu yapılardan kaynaklı zarar ortaya çıktığında, bu zararın tazmini için hangi hukukî imkânlardan faydalanabilmenin mümkün olduğunun tespit edilmesi önem arz etmektedir. Bu kapsamda mecra hakkı sahibinin mecraların sebebiyet verdiği zararlardan doğan kusursuz sorumluluğu incelemeye değer bir konudur. Mecra hakkı; elektrik, doğalgaz, su, elektronik haberleşme ve benzerlerinin taşınmazdan geçirilmesinde kurulan bir irtifak hakkıdır. Bir irtifak hakkı kurulmadan taşınmazdan geçirilen mecralar çalışmanın kapsamı dışındadır. Mecraların inşası, geçirilmesi, kullanılması ya da bakım çalışmalarının yapılması sırasında zarar doğabileceği gibi sadece mecraların varlığından kaynaklı bir zarar da doğabilir. Mecra hakkının iradî ya da zorunlu kurulmuş olmasına bakılmaksızın irtifak hakkı sahibi ortaya çıkan zararları, şartları olduğu takdirde, kusursuz sorumluluk esasına dayanarak tazmin etmelidir. Mecra hakkı sahibi taşınmaz malikinin sorumluluğu, yapı malikinin sorumluluğu ya da tehlike sorumluluğu gibi kusursuz sorumluluk hâllerine dayanarak zararların tazmin edilmesi talebiyle karşılaşabilir. Hukukî sorumluluğun kaynağı olan bu sebepler arasında hakların yarışması esası uygulanır.*

\* **Dr. Öğr. Üyesi**, Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı / TRABZON, **e-posta:** hkz\_law@hotmail.com, **ORCID:** 0000-0001-8414-8739  
**DOI:** 10.34246/ahbvuhfd.1179049

\* İntihal / **Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / *This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.*



**Anahtar Kelimeler:** Mecra Hakkı, Sorumluluk, Tazminat, İrtifak Hakkı, Kusursuz Sorumluluk.

### ABSTRACT

Transmission lines are technical structures that carry electricity, water, natural gas, electronic communication etc. and passes under or over real estates. When damage arises due to these widely-used structures, it is important to determine which legal means are possible for compensation for such damage. In this context, the strict liability of “the transmission right of way” holder arising from the damages caused by the media is an issue worth examining. Transmission right of way; that is an easement right established in the transfer of electricity, natural gas, water, electronic communication and the like through real estate. Transmission lines passing through real estate without establishing an easement right are out of scope for this study. Damage may occur during construction, passage, usage or maintenance of transmission lines, as well as it may occur simply from the presence of transmission lines. Regardless of whether the right of mediation is voluntary or compulsory, the owner of the right of easement must compensate the resulting damages on the basis of liability without fault, if the conditions are met. The owner of “the transmission right of way” may face demands for compensation for damages based on liability without fault situations such as responsibility of the real estate owner, responsibility of the building owner or strict liability for abnormally dangerous activities. Among these reasons, which are a source of legal responsibility, the principle of the contest of rights is applied.

**Keywords:** Transmission Right of Way, Liability, Compensation, Right of Easement, Strict Liability.

### EXTENDED ABSTRACT

The subject of the study is the legal responsibility of the holder of a transmission right of way for the damages caused by transmission lines. The existence of the tort liability of the holder of a transmission right of way is clear without any discussion. However, the question of which types of liability without fault can be applied to the holder of a transmission right of way emerges as an important issue.

In our study, first of all, the concept of damage caused by transmission lines and the need for compensation for this damage will be discussed. It will be examined which types of liability without fault that impose an exceptional indemnity liability are applicable for the holder of a transmission right of way. In this context, firstly, the conditions of the institution of the responsibility of the immovable owner and the lawsuits that can be filed against the holder of a transmission right of way will be determined. Secondly, the liability of the owner of building will be examined due to

the fact that the transmission lines have the nature of a building. Finally, the issue of strict liability for abnormally dangerous activities will be evaluated in the event that the holder of a transmission right of way is also the owner of a dangerous enterprise and the transmission lines of this enterprise may cause damage.

Damage may occur during the passage, operation, use or maintenance of the transmission lines. Examples of these damages can be given as pollution, slippery ground, flooding, fire and storm. The holder of a transmission right of way should be held responsible for the damages caused. There is no distinction between statutory transmission right of way and voluntary transmission right of way in terms of liability arising from the lines.

The holder of a transmission right of way may damage the person or the property by using the right of easement or the right of ownership on the lines. If the holder of a transmission right of way uses his right excessively; within the scope of landowner's liability, he is obliged to indemnify the material and moral damages caused by the excessive use against the people with whom he has a neighborhood relationship. Since the business and channels of the holder of a transmission right of way have the nature of a building or a building work, the damages of third parties caused by the defect in the construction of the buildings or the lack of maintenance shall be compensated within the scope of the responsibility of the owner of the building. The holder of a transmission right of way shall compensate the damages arising from the deficiencies in the maintenance of the lines located in the loaded immovable, even if he is not the owner of the lines, but within the scope of the responsibility of the owner of the building (TCO art. 69) - as a strict liability. If the material or energy carried by the lines is suitable to create a typical hazard; the owner of the lines, who operates the business that poses a significant danger or who is the owner of the business, also carries the strict liability for abnormally dangerous activities that occur with the realization of the typical danger within the scope of the danger liability. Businesses that distribute oil, natural gas or electricity should be considered as businesses with a typical hazard. Because typical danger may occur in places where oil, natural gas or electricity channels pass. In this case, the holder of a transmission right of way must compensate the damages that occur during his danger liability as owner of the hazardous business according to TCO art 71, within the scope of strict liability for abnormally dangerous activities. In order to compensate the damage by means of the liability of a building owner and strict liability for abnormally dangerous activities, there is no requirement that the injured person has a neighborly relationship with the holder of a transmission right of way. In all these cases of strict liability, it is not possible for the holder of a transmission right of way to bring proof of liberation. However, in case of existence of reasons that eliminate the causal relation, the owner of transmission right of way may be released from responsibility.

## GİRİŞ

Çalışmanın konusu mecraların sebebiyet verdiği zararlardan mecra hakkı sahibinin hukukî sorumluluğudur. Mecra hakkı sahibinin haksız fiil sorumluluğunun varlığı tartışmaya mahal vermeyecek şekilde bellidir. Ancak kusursuz sorumluluk hâllerinden hangilerinin mecra hakkı sahibine uygulanabileceği önemli bir mesele olarak karşımıza çıkmaktadır.

Çalışmamızda öncelikle, mecraların sebebiyet verdiği zarar kavramı ve bu zararın tazmini ihtiyacından bahsedilecektir. İstisnâ bir tazminat sorumluluğu yükleyen kusursuz sorumluluk hâllerinden hangilerinin mecra hakkı sahibi bakımından uygulanabilir olduğu irdelenecektir. Bu bağlamda ilk önce taşınmaz malikinin sorumluluğu kurumunun şartları ve mecra hakkı sahibine hangi davaların açılacağı tespit edilecektir. İkinci olarak mecraların yapı niteliği taşımasından kaynaklı olarak yapı malikinin sorumluluğu incelenecektir. Çalışmamızda son olarak mecra hakkı sahibinin aynı zamanda tehlikeli bir işletmenin sahibi olması ve bu işletmenin de mecralarının zarara sebebiyet vermesi ihtimalinde tehlike sorumluluğu konusu değerlendirilecektir.

## I. MECRALARIN SEBEBİYET VERDİĞİ ZARAR KAVRAMI VE BUNUN TAZMİNİ İHTİYACI

Mecraların geçirilmesi, işletilmesi, kullanılması ya da bakımı sırasında zarar meydana gelebilir. Bu zararlara kirlilik, zeminin kayması, su baskını, yangın çıkması, fırtına çıkması gibi örnekler verilebilir<sup>1</sup>. Ortaya çıkan zararların kim tarafından tazmin edilmesi gerektiği sorununun çözülmesi gerekmektedir. Özel hukuk kapsamında, haksız fiil sorumluluğunun yanı sıra özellikle yapı eseri malikinin sorumluluğu (TBK m. 69), TMK m. 730-737 (ZGB Art. 679-684)'e göre komşuluk hukukundan doğan sorumluluk (her iki sorumluluk da olağan sebep sorumluluğudur<sup>2</sup>) hükümlerine göre belirleme

<sup>1</sup> Bettina Hurlimann-Kaup, "Leitungsdienstbarkeiten im Sinn von Art. 676 ZGB / V. - VII.", *LBR - Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft Band/Nr. 115*, Dienstbarkeiten Referate der Luzerner Weiterbildungsveranstaltung vom 13. September 2016, s. 77-92, s. 83.

<sup>2</sup> Arthur Meier-Hayoz, *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht-Sachenrecht*, Stämpfli Verlag, 1975, (Meier-Hayoz), ZGB Art. 676, N 5-9; Halûk Tandoğan, *Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk*, Turhan Kitabevi, 1981 (Tandoğan, *Kusura Dayanmayan*), s. 190.

yapılır<sup>3</sup>. Söz konusu sorumluluk sebepleri arasında hakların yarışması vardır<sup>4</sup>.

Mecralardan doğan sorumluluk bakımından zorunlu mecra hakkıyla iradî mecra hakkı arasında bir ayırım yoktur<sup>5</sup>. Nitekim TMK m. 744-746 arasında zorunlu mecra hakkında sorumluluk bakımından ayrı özel bir düzenleme yoktur. Hem iradî mecra hakkında hem de komşuluk hukukundan doğan zorunlu mecra hakkında mecraların mülkiyeti –aksine bir düzenleme olmadıkça- TMK m. 727/1'e göre irtifak hakkı sahibine aittir. Kamulaştırma yoluyla kurulan irtifaklar bakımından ise lehine mecra hakkı kurulan, mecraların mülkiyetine sahiptir. Mecra hakkı sahibi, mecraların sebebiyet verdiği zararlardan TMK m. 730'da da genel olarak düzenlenen taşınmaz malikinin sorumluluğu, TMK m. 737 komşuluk hukukuna göre taşınmaz malikinin sorumluluğu ve TBK m. 69 yapı malikinin sorumluluğu kapsamında sorumlu tutulabilir. Ayrıca mecraların işletilmesi tehlikeli sonuçlar doğurabilir. Özellikle mecralarda taşınan maddeler çevreye zarar verebilir. Bu gibi hâllerde mecra hakkı sahibinin TBK m. 71 kapsamında tehlike sorumluluğu doğabilir.

## II. MECRALARDAN KAYNAKLANAN ZARARLARIN TAZMİN EDİLMESİNİN HUKUKİ DAYANAKLARI

### A. Taşınmaz Malikinin Sorumluluğu

Taşınmaz malikinin sorumluluğunu genel olarak düzenleyen TMK m. 730<sup>6</sup>'a göre<sup>7</sup> taşınmaz maliki, mülkiyet hakkının kısıtlamalarına aykırı

<sup>3</sup> Mehmet Ayan, *Eşya Hukuku C. III Sınırlı Aynî Haklar*, Güncelleştirilmiş 6. Baskı, Mimoza, 2014 (Ayan, *Sınırlı Aynî Haklar*), s. 131.

<sup>4</sup> BGE 91 II 474; BGE 111 II 429; Meier-Hayoz, ZGB Art. 679 N 23.

<sup>5</sup> İsviçre hukukunda da hem uygulamada hem de öğretide bu noktada bir ayırım yapılmamıştır. Yâni sorumluluk bakımından zorunlu irtifaklarla rıza irtifaklar arasında bir ayırım yoktur.

<sup>6</sup> "Bir taşınmaz malikinin mülkiyet hakkını bu hakkın yasal kısıtlamalarına aykırı kullanması sonucunda zarar gören veya zarar tehlikesi ile karşılaşan kimse, durumun eski hâline getirilmesini, tehlikenin ve uğradığı zararın giderilmesini dava edebilir. Hâkim, yerel âdete uygun ve kaçınılmaz taşkınlıklardan doğan zararların uygun bir bedelle denkleştirilmesine karar verebilir."

<sup>7</sup> Taşınmaz malikinin sorumluluğuyla ilgili hükümlerde mehz Kanunda bir takım değişiklikler söz konusudur. TMK m. 730/II'yi karşılayan ZGB Art. 679/II düzenlemesi 11. 12.2009 tarihli Kanun ile 01.01.2012 tarihinden itibaren yürürlüğe girmek üzere değişikliğe uğramıştır. ZGB Art. 679/II'nin yeni hâli şöyledir: "Bir bina veya tesis, komşu bir mülkü belirli özelliklerden yoksun bırakıyorsa, yukarıda belirtilen iddialar, ancak bina veya tesis o sırada yürürlükte olan kurallara uygun olarak inşa edilmemişse geçerlidir." Yukarıda bahsi geçen 11.12. 2009 tarihli Kanunla yeni getirilen bir düzenleme olan ZGB Art. 679a ise şöyledir: "Arazi maliki, mülkiyet hakkından hukuka uygun şekilde faydalanırken, özellikle inşaat yaparken komşusuna geçici olarak aşırı ve kaçınılmaz dezavantajlar yaratır ve bu nedenle

davranırsa zarar görenin zararını karşılamakla yükümlüdür<sup>8</sup>. Taşınmaz malikinin sorumluluğu kurtuluş kanıtı getirilemeyen objektif bir kusursuz sorumluluk hâlidir<sup>9</sup>.

Bir taşınmaz maliki mülkiyet hakkını aşarak, bir komşusuna karşı zarar veya zarar tehlikesi meydana getirirse; komşuluk ilişkisi bulunan kişi TMK m. 730'a dayanarak zararın ya da zarar tehlikesinin giderilmesini talep edebilir. İsviçre Federal Mahkemesi karşısına gelen bir uyuşmazlıkta bir su mecrasına ait borunun tıkanmasının komşu taşınmazda meydana getirdiği su baskını konusunda zararın giderilmesi yönünde bir karar vermiştir<sup>10</sup>. Federal mahkeme içtihatlarına göre üst hakkı sahibi de komşuluk hukuku bakımından sorumlu tutulabilir<sup>11</sup>. Yüklü taşınmaz malikinin üst hakkı sahibinin hakkı kullanmasında herhangi bir etkisi yoksa tazminat sorumluluğu da yoktur<sup>12</sup>.

Zararın kaynağı zarar gören taşınmazdan başka bir taşınmaz olmalıdır. Başka bir anlatımla iki farklı taşınmaz var olmalıdır<sup>13</sup>. Federal mahkeme kararlarına göre zararın kaynağı olan mecra fiziksel olarak bir taşınmazla bağlantılı olsa bile TMK m. 727 (ZGB Art. 676) bakımından özel bir durum söz konusudur. Mecralar işletmenin eklentisi olduğu için, sorumluluk hukuken işletmenin eklentisi olduğu taşınmaza bağlıdır<sup>14</sup>.

Mecra hakkı sahibinin kusurlu davranışından doğan bir sorumluluk varsa zarar gören haksız fiil sorumluluğuna da gidebilir. Ancak mecra hakkı

*zarar verirse, komşu taşınmaz maliki doğrudan arazi malikinden tazminat talep edebilir."*

<sup>8</sup> M. Kemal Oğuzman/Özer Seliç / Saibe Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş 22. Baskı, Filiz Kitabevi, 2020, s. 675; Jale G Akipek, *Eşya Hukuku (Aynî Haklar)*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1973, s. 235; Lâle Sirmen, *Eşya Hukuku*, 8. Baskı, Yetkin Yayınevi, 2020, s. 483; Mülkiyet hakkı sahibinin eşya üzerindeki yetkileri sınırsız değildir: Fikret Eren, *Mülkiyet Hukuku*, 4. Baskı, Yetkin Yayınevi, 2016 (Eren, *Mülkiyet Hukuku*), s. 465.

<sup>9</sup> Eren, *Mülkiyet Hukuku*, s. 457; Meier-Hayoz, ZGB Art. 679 N. 104: Halük Tandoğan, *Türk Mesuliyet Hukuku*, 1961 yılı birinci basıdan tıpkıbasım, Vedat Kitapçılık, 2010 (Tandoğan, *Mesuliyet*), s. 203; Turhan Esener / Kudret Güven, *Eşya Hukuku*, Genişletilmiş 5. Baskı, Yetkin Yayınevi, 2012, s. 283; M. Kemal Oğuzman, *Eşya Hukuku Dersleri*, Fakülteler Matbaası, 1965 (Oğuzman, *Eşya*), s. 261; Feyzi N. Feyzioğlu/ Ümit Doğanay/ Aydın Aybay, *Eşya Hukuku Dersleri*. İstanbul Üniversitesi Fakülteler Matbaası, 1968, s. 145; Turgut Akıntürk, *Eşya Hukuku*, Beta Yayınevi, 2009, s. 569.

<sup>10</sup> BGE 127 III 241.

<sup>11</sup> BGE 68 II 369; 91 II 281; 132 III 689.

<sup>12</sup> BGE 132 III 689.

<sup>13</sup> MEIER-HAYOZ, ZGB Art. 679 N 83.

<sup>14</sup> BGE 70 II 85.

sahibinin taşınmaz malikinin sorumluluğu kapsamına giren bir sorumluluğu söz konusu olduğu bir durumda haksız fiil sorumluluğuna gidilmesi avantajlı bir yol olmadığı gibi taşınmaz malikinin sorumlu olduğu durumlarda haksız fiil sorumluluğuna başvurmak çok tercih edilen bir yol da değildir<sup>15</sup>.

## 1. Taşınmaz Malikinin Sorumluluk Şartlarının Mecra Hakkı Bakımından Değerlendirilmesi

### a. Bir taşınmaz olmalı

Taşınmaz malikinin sorumluluğundan bahsedebilmek için bir taşınmaz eşyanın varlığı gereklidir<sup>16</sup> (TMK m. 730). TMK m. 704 kapsamında taşınmaz eşyaların neler olduğu ifade edilmiştir<sup>17</sup>. Mecra hakkı taşınmaz lehine kurulduğu takdirde mecraların mülkiyeti de yararlanan taşınmazın mülkiyetine bağlanmıştır. Mecra hakkı sahibi aynı zamanda yararlanan taşınmazın da malikidir. Mecraların kullanılmasından doğan bir zarar meydana geldiği takdirde yararlanan taşınmazın maliki olan mecra hakkı sahibinin sorumluluğu söz konusu olur. Mecra hakkı kişi lehine kurulduğu takdirde ise TMK m. 727/I uyarınca işletmenin maliki olan mecra hakkı sahibinin sorumluluğu söz konusu olur. Öte yandan mecraların yapı niteliğini haiz olması ve yapıların mülkiyetinin de mecra hakkı sahibine ait olması nedeniyle bu yapıların kullanımından doğan sorumluluk da mecra hakkı sahibine aittir. Mecra hakkı bir taşınmazda hâli hazırda mevcut mecraların kullanımı şeklinde de kurulabilir. Bu durumda da mecraların kullanımından kaynaklı bir zarar meydana gelirse yine mecra hakkı sahibinin TMK m. 730 kapsamında sorumlu tutulması gerekir. Doktrinde genel kabul gören görüşe göre sınırlı aynî hak sahipleri de TMK m. 730 kapsamında sorumlu olurlar<sup>18</sup>. Başka bir anlatımla mecraların kullanımından dolayı bir zarar meydana gelirse, mecra hakkı sahibi bir taşınmaza malik olmasa da taşınmaz üzerinde sınırlı aynî hak sahibi olması nedeniyle TMK m. 730 kapsamında taşınmaz malikinin sorumluluğu doğar.

<sup>15</sup> Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Yetkin Yayınları, 2020 (Eren, *Borçlar Genel*), s. 749.

<sup>16</sup> Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 17. Baskı, Turhan Kitabevi, 2013 (Kılıçoğlu, *Borçlar Genel*), s. 358; Tandoğan, *Kusura Dayanmayan*, s. 190.

<sup>17</sup> TMK m. 704 : “*Taşınmaz mülkiyetinin konusu şunlardır: 1. Arazi, 2. Tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar, 3. Kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümler*”.

<sup>18</sup> Meier-Hayoz, Art. 679 N. 58; Peter Liver, Kommentar zum Schweizeren Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht. Zurich 1980, ZGB Art. 737 N. 109; Eren, *Borçlar Genel*, s. 752.



### b. Taşınmaz eşya üzerinde mülkiyet ya da sınırlı aynî hak olmalı

Taşınmazlar üzerindeki mülkiyet hakkının ya da aynî hakkın taşkın kullanımı bu madde hükmünün kapsamı dışındadır<sup>19</sup>. TMK m. 730, yalnızca taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkının taşkın kullanımından kaynaklanan sorumluluğunu düzenlemektedir<sup>20</sup>. TMK m. 730 lafzî yorumlandığı takdirde yalnızca taşınmaz malikinin taşkın kullanımından doğan sorumluluğu düzenlediği düşünülebilir. Ancak bir önceki başlıkta da ifade edildiği üzere doktrinde genel kabul gören ve bizim de katıldığımız görüşe göre taşınmaz üzerindeki sınırlı aynî hak sahipleri de haklarını taşkın kullandıkları takdirde TMK m. 730 kapsamında sorumlu olmalıdır<sup>21</sup>. Buna karşılık taşınmazı elde ettikleri nisbî hakka göre kullanan hak sahipleri TMK m. 730 kapsamında sorumlu değildir. Taşınmazı nisbî hakka göre kullanan hak sahiplerinin verdiği zararlardan dolayı taşınmaz malikinin sorumluluğu söz konusu olur<sup>22</sup>.

Sorumluluk olgusunun doğduğu anda mecra hakkı sahibi kimse, verilen zararlardan da sorumludur. Sorumluluğun doğması için tescil işleminin yapılması şart değildir<sup>23</sup>. Özellikle iradî mecra hakkı dışarıdan görülebilir mecralar bakımından noterde yapılan sözleşmeye dayanarak mecraların inşa edilmesiyle birlikte doğduğunu göz ardı etmemek gerekir. Bu şekilde kurulan bir mecra hakkında mecraların neden olduğu zararlardan dolayı henüz tapuya

<sup>19</sup> Tandoğan, *Kusura Dayanmayan*, s. 190; Eren, *Borçlar Genel*, s. 752.

<sup>20</sup> Sirmen, s. 484.

<sup>21</sup> Akipek, s. 238; Aksi yönde: bkz. Kılıçoğlu, *Borçlar Genel*, s. 358; Mehmet Ayan, *Eşya Hukuku -II- Mülkiyet*, Güncelleştirilmiş 6. Baskı, Mimoza, 2014 (Ayan, *Mülkiyet*), s. 442; Hasan Petek, *Taşınmaz Malikinin Hukuka Uygun Taşkınlıklardan Sorumluluğu*, Yetkin Yayınevi, 2005, s. 373.

<sup>22</sup> Meier-Hayoz, ZGB Art. 679, N. 62; Robert Haab/ August Simonius/ Werner Scherrer / Dieter Zobl, *Zweite Auflage in neuer Bearbeitung der entsprechenden Abschnitte des Kommentars von Prof. C. Wieland, 1909, Das Eigentum, Art. 641-729 ZGB*, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, ZK - Zürcher Kommentar Band/Nr. IV/1, 1977 (Haab), ZGB Art. 679, N. 13; Liver, ZGB Art. 737, N. 115; Tandoğan, *Mesuliyet*, s. 206. İFM vermiş olduğu bir kararda bir mülk uzun süreden beri kullanan ve bu kullanım nedeniyle ortaya çıkan zarardan kiracıları da ZGB Art. 679 (TMK m. 730) kapsamında sorumlu kabul etmiştir. Bkz. BGE 104 II 21. Ancak bu görüşe katılmak mümkün değildir. Çünkü TMK m. 730 doğrudan doğruya taşınmaz mülkiyetinden doğan sorumluluğu düzenlemektedir. Sınırlı aynî hak sahiplerinin bu kapsamda sorumlu tutulması mülkiyet hakkı sahibinin kendi yetkilerini başka bir kişi ya da taşınmaz lehine sınırlaması ve paylaşmasıyla ilgilidir. Oysa kira hakkı nisbî bir hak olması nedeniyle eşya üzerinde doğrudan doğruya hâkimiyet sağlamaz. Kusursuz sorumluluk hâli istisnâ bir düzenleme olduğu için bu derece genişletilmesi de doğru bir yaklaşım olmaz: Eren, *Mülkiyet Hukuku*, 482.

<sup>23</sup> Meier-Hayoz, ZGB Art. 679, N. 52.

tescil edilmemiş irtifak hakkı sahibi sorumlu olur. Diğer tescilsiz kazanım hâllerinde de mecra hakkı sahibinin sorumluluğu söz konusu olur. Mecra hakkı sahibi mecralardan faydalanırken yardımcı kişi kullanıyorsa; bu yardımcı kişilerin mecralarla bağlantılı olarak yapmış oldukları işlerden dolayı sorumlu olur<sup>24</sup>. Örneğin, mecraların bakım ve onarım faaliyetlerinin gerçekleştiği sırada ortaya çıkan zararlardan mecra hakkı sahibi de sorumludur. Ancak mecra hakkı sahibinden habersiz üçüncü bir kişinin müdahalesinden doğan bir zarar meydana gelmişse irtifak hakkı sahibi sorumlu değildir. Kamu mallarının taşkın kullanımından dolayı idarenin sorumluluğu da TMK m. 730 kapsamında değerlendirildiği için; idarenin mecra hakkı sahibi olması durumunda mecraların taşkın kullanımından doğan zararlardan dolayı TMK m. 730 kapsamında sorumluluğu söz konusudur<sup>25</sup>.

### c. Zarar gören komşu olmalı

Zorunlu mecra hakkında olduğu gibi, TMK m. 730'a göre de komşuluk ilişkisi geniş yorumlanmalıdır. Şöyle ki zarar görenle zararın kaynaklandığı taşınmaz bitişik olmak zorunda değildir<sup>26</sup>. Zarar görenle taşkınlığın meydana geldiği taşınmaz arasında bitişik olma şartı aranmasa da en azından zarardan etkilenecek düzeyde bir mesafe olmalıdır<sup>27</sup>. Örneğin duman, koku ve gürültüden bitişik komşular hâricinde taşınmazın yakınındaki kişilerin de etkilenmesi mümkündür. Ayrıca zarar gören, aynî hak sahibi bir komşu olmak zorunda değildir<sup>28</sup>. Ancak tesadüfen bir taşınmazdan geçen veya bulunan bir kişi komşu sıfatına sahip olmadığı için TMK m. 730 kapsamında “zarar gören” olamaz ve TMK m. 730 uygulanmaz<sup>29</sup>.

### d. Zarar ya da zarar tehlikesi, mülkiyet hakkının ya da aynî hakkın taşkın kullanımından doğmuş olmalı

Mecra hakkı sahibinin hakkını hukukî sınırlamalara uygun kullanması hâlinde bir başkası zarara uğramış olsa bile TMK m. 730'a göre sorumluluğu

<sup>24</sup> Haab, ZGB Art. 679, N. 11; Meier-Hayoz, ZGB Art. 679, N. 64.

<sup>25</sup> Meier-Hayoz, ZGB Art. 679, N. 68.

<sup>26</sup> Tandoğan, *Mesuliyet*, s. 211; Akıntürk, s. 571.

<sup>27</sup> Esener/Güven, s. 284; Komşuluk ilişkisi belirlenirken yalnızca yatay bir değerlendirme yapılmaz. Dikey olarak komşuluk ilişkisi de mümkündür. Kat Mülkiyeti Kanununa tâbi bağımsız bölümler açısından dikey kapsamda bir komşuluk söz konusudur: Bkz. Tandoğan, *Mesuliyet*, s. 211.

<sup>28</sup> Sınırlı aynî hak veya nisbî hak sahipleri de zarar gören sıfatını haiz olabilir: Bkz. Tandoğan, *Mesuliyet*, s. 212; Ayan, *Mülkiyet*, s. 442.

<sup>29</sup> Eren, *Borçlar Genel*, s. 750.

doğmaz. Çünkü TMK m. 730 taşınmaz mülkiyetinin taşkın kullanımından doğan sorumluluğu düzenlemektedir. Mecra hakkı sahibi hakkını hukukî sınırlamalara aykırı kullanır ve bu kullanım da bir zarara ya da zarar tehlikesine sebebiyet verirse TMK m. 730'a göre sorumludur<sup>30</sup>.

Taşınmaz mülkiyetinin sorumluluğunda meydana gelen zarar ya da zarar tehlikesi; kişiye yönelik bedensel bütünlüğü etkileyen bir zarar olabileceği gibi eşyayla ilgili bir zarar da olabilir<sup>31</sup>. Zarar, maddi ya da manevi zarar şeklinde olabilir<sup>32</sup>. Eşyanın zarara uğrayıp uğramadığı tespit edilirken; eşyanın hasara uğraması ya da tamamen yok olması gibi bir şart aranmaz. Eşyadan faydalanmanın güçleştirilmesi veya imkânsız hâle getirilmesi, eşyanın değerinin azalması ve komşu taşınmaz üzerinde bulunan bir taşınır malın ya da kişilerin zarara uğraması da taşınmaz malikinin sorumluluğunun (TMK m. 730) doğmasına neden olur<sup>33</sup>. Komşu taşınmazdan sızan sular ya da komşuda yapılan kazılarla taşınmazın temelini sarsılması eşyayı etkileyen zarar ya da zarar tehlikesine örnek gösterilebilir<sup>34</sup>. Otellerin yoğunlukta olduğu bir imar alanında pis koku çıkaran bir deri imalathanesinin kurulması, yazlık evlerin yakınında bir akıl hastanesinin veya sanatoryumun kurulması ise kişilerin zarar ve zarar tehlikesiyle karşılaşmasına neden olabilir. Bu gibi hâllerde kişilerin hastalık korkusu yaşaması manevi zarara örnek gösterilebilir<sup>35</sup>. Örneğin, telekomünikasyon mecralarından baz istasyonlarının varlığı neticesinde oluşan zarar veya zarar tehlikesi bu mecraların malikleri olan mecra hakkı sahiplerinin TMK m. 730 kapsamında sorumlu olmasına neden olur.

Mecraların üzerinde mülkiyet hakkı olan mecra hakkı sahibinin TMK m. 730'a göre sorumlu tutulabilmesi için; mülkiyet hakkını taşkın kullanması, komşuların zarar görmesi ya da zarar tehlikesi içerisinde bulunması gerekir. Zarar veya zarar tehlikesi mevcut değilse sorumluluk da doğmaz<sup>36</sup>. Aşağıda

<sup>30</sup> Esener/Güven, s. 284; Sirmen, s. 485; Ayan, *Mülkiyet*, s. 437. Genel veya özel ödevlere aykırı davranış arasında bir fark yoktur: Akipek, s. 235; Akıntürk, s. 570.

<sup>31</sup> Haab, ZGB Art. 679, N. 8; Meier-Hayoz, ZGB Art. 679, N. 96; Eren, *Mülkiyet Hukuku*, s. 469; Akıntürk, s. 571.

<sup>32</sup> Eren, *Borçlar Genel*, s. 751.

<sup>33</sup> Meier-Hayoz, ZGB Art. 679, N. 95; HAAB, ZGB Art. 679, N. 7.

<sup>34</sup> Tandoğan, *Mesuliyet*, s. 210.

<sup>35</sup> Tandoğan, *Mesuliyet*, s. 210.

<sup>36</sup> Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında, istisnalar saklı kalmak kaydıyla, sırf bir taşınmazdan yüksek gerilim hattı geçmesi sebebine dayanarak bu taşınmaza komşu olanların tazminata hak kazanamayacağı yönünde karar vermiştir. Başka bir anlatımla bir taşınmazdan

belirteceğimiz durumlar mecra hakkının taşkın kullanımından dolayı TMK m. 730 kapsamında mecra hakkı sahibinin sorumluluğunu doğurur<sup>37</sup>. TMK m. 730'a göre sorumluluk yalnızca taşınmaz üzerindeki hâkimiyetin aşılması durumunda söz konusudur. Kanunî sınırlamalar dâhilinde mülkiyet hakkının ya da irtifak hakkının (konumuz açısından mecra hakkının) kullanılması taşınmaz malikinin sorumluluğunu doğurmaz. Başka bir anlatımla hukuka uygun bir kullanımdan zarar doğmuşsa, TMK m. 730'a göre sorumluluk doğmaz. Mülkiyet hakkının taşkın kullanımı mecra hakkının kullanımıyla ilgili olmalıdır. Zarar verenin tesadüfi (rastgele) bir konumu olmamalıdır. Zarar veren mecraların maliki ya da mecra hakkı sahibi olmalıdır. Taşınmaz mülkiyetinin –konumuz kapsamında mecra hakkının- taşkın kullanımı komşuluk hukukundan kaynaklı bir mülkiyet ihlâlidir. Komşuların mülkiyet hakkından kaynaklı korunma hükümleri TMK m. 737-743 arasındaki düzenlemelerdir. Zorunlu mecra hakkının kurulması bakımından komşuluk hukukunun gerekleri yerine getirilmiş ve zararlar TMK m. 744'e göre tazmin edilmişse artık TMK m. 730'a göre bir sorumluluk doğmaz. Mecra hakkının taşkın kullanımı değerlendirilirken kural olarak objektif kıstaslar esas alınır<sup>38</sup>. Komşuların özel ihtiyaçları ve sübjektif değerlendirmeleri önem taşımaz. Tarafların çatışan menfaatleri değerlendirilirken, taşınmazın konumu ve kullanımı gibi konulara ilişkin yerel adet kuralları da dikkate alınmalıdır<sup>39</sup>.

Taşınmazın taşkın kullanımı sadece insan davranışlarından kaynaklanmaktadır<sup>40</sup>. Yalnızca çığ ya da toprak kayması gibi doğa olaylarından kaynaklanan etkiler taşınmazın taşkın kullanımı kapsamında değerlendirilmez. Zararın meydana gelmesinde bir insan davranışının etkili olup olmadığı nedensellik bağıyla tespit edilebilir<sup>41</sup>. Sorumluluğu doğuran müdahale mecra hakkı sahibinin kiracıları tarafından da gerçekleştirilmiş olabilir<sup>42</sup>. Taşınmaz mülkiyetinin taşkın kullanımı olumlu (yapma) şeklindeki bir eylemden doğabileceği gibi olumsuz (yapmama, kaçınma) şeklindeki

yüksek gerilim hattı geçmesi durumunda, bu taşınmaza komşu olanlar sadece yüksek gerilim hattının komşu taşınmazdan geçmesi karşılığında tazminata hak kazanmaz. İstisnalar saklı kalmak kaydıyla komşular bu duruma tazminatsız katlanmalıdır: Bkz. BGE 100 Ib 190.

<sup>37</sup> Meier-Hayoz, ZGB Art. 679 N.76.

<sup>38</sup> Meier-Hayoz, ZGB Art. 679 N. 89.

<sup>39</sup> BGE 114 II 230.

<sup>40</sup> Meier-Hayoz, ZGB Art. 679 N.90.

<sup>41</sup> Meier-Hayoz, ZGB Art. 679 N.91.

<sup>42</sup> Liver, ZGB Art. 737 N.107; Meier-Hayoz, ZGB Art. 679 N. 65.

bir eylemden de doğabilir<sup>43</sup>. Örneğin mecra hakkı sahibinin kanalizasyon borularının patlamasına göz yumması neticesinde komşuların zarar görmesi hâlinde taşınmaz malikinin sorumluluğu gündeme gelir.

**e. Zarar veya zarar tehlikesi ile taşkın kullanım arasında illiyet bağı olmalı**

Zarar ve mecra hakkının taşkın kullanımı arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır. Hayat tecrübelerine ve olayların olağan akışına göre, somut olayda mecralardan kaynaklı olan bir zararı ya da zarar tehlikesini meydana getirmeye elverişli olan her taşkın kullanma, zararlı ya da tehlikeli sonucun uygun sebebi olarak kabul edilir<sup>44</sup>. Mecra hakkının taşkın kullanımıyla zararlı ya da tehlikeli sonuç arasındaki illiyet bağının varlığını ispat, davacıya düşmektedir<sup>45</sup>. TMK m. 730'daki sorumluluk bir sebep sorumluluğu (kusursuz sorumluluk) hâlidir. Komşuların korunan menfaatlerinin zarar görmesi veya zarar görme tehlikesi içerisinde olması gerekir. Taşınmazın taşkın kullanımıyla komşuların zararı ya da zarar tehlikesi arasında nedensellik bağının bulunması gerekir<sup>46</sup>. Mecra hakkı sahibinin kusuru aranmaz<sup>47</sup>. Ayrıca mecra hakkı sahibinin TMK m. 730 sorumluluğu kapsamında kurtuluş kanıtı getirme imkânı da yoktur<sup>48</sup>.

**f. Olumsuz şart: illiyet bağı kesen sebepler olmamalı**

Taşınmaz malikinin sorumluluğu, bir sebep sorumluluğudur ve mecra hakkı sahibinin zararın ortaya çıkmaması için şartların gerektirdiği tüm özeni gösterdiğini ispat ederek bir kurtuluş kanıtı getirme imkânı yoktur. Ancak illiyet bağı kesen sebepler olan; mücbir sebep, zarar görenin veya üçüncü kişinin ağır kusuru hâllerinde mecra hakkı sahibinin TMK m. 730 kapsamındaki sorumluluktan kurtulabilmesi mümkündür. Zira sebep sorumluluğunda da

<sup>43</sup> İ. Sahir Çörtoğlu, *Komşuluk Hukukunda Taşınmaz Mülkiyetinin Kullanılmasının Çevreye Etkileri ve Sonuçları*, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi, 1982, s. 212; Eren, *Mülkiyet Hukuku*, s. 476. MEIER-HAYOZ'a göre ZGB Art. 679 (TMK m. 730)'a göre taşınmazın taşkın kullanımında taşınmazın sınırları da aşılmaktadır: Meier-Hayoz, ZGB Art. 679 N.83. Ancak bu şart kabul edildiği takdirde taşınmaz maliki ile irtifak hakkı sahibi arasındaki ilişkiye TMK m. 730'un uygulanamayacağı anlamı ortaya çıkar. Aksi yönde BGE 111 II 236.

<sup>44</sup> Fikret Eren, *Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1975 (EREN, *Uygun İlliyet*), s. 52; Akipek, s. 237.

<sup>45</sup> Eren, *Borçlar Genel*, s. 750; aynı yönde: Ayan, *Mülkiyet*, s. 443.

<sup>46</sup> Eren, *Mülkiyet Hukuku*, s. 470.

<sup>47</sup> Meier-Hayoz, ZGB Art. 679 N.24-27.

<sup>48</sup> Meier-Hayoz, ZGB Art. 679 N.108.

illiyet bağı aranmaktadır<sup>49</sup>.

**2. Mecra Hakkının Taşkın Kullanımında Taşınmaz Malikinin Sorumluluğu Kapsamında Açılan Davanın Tarafları**

**a. Davacı taraf**

Taşınmaz malikinin sorumluluğu (TMK m. 730) bir komşuluk hukuku kurumu olması nedeniyle TBK m. 69'dan ayrılmaktadır. Komşuluk hukuku kapsamında dikkate alınması gereken eylemlere uyulmaması nedeniyle irtifak hakkı sahibinin sorumluluğuna gidilebilir<sup>50</sup>. Ancak TMK m. 730'un komşuluk hukuku karakterinden çıkarılması gereken sonuç, davanın açılabilmesi için zararın meydana geldiği taşınmazla zarar gören arasında bir yakınlık ilişkisinin olması gerektiğidir<sup>51</sup>. Davanın açılabilmesi için sadece taşınmaz maliki ve sınırlı aynı hak sahibi arasındaki ilişki değil aynı zamanda kiracı gibi nisbî hak sahiplerinin de sorumluluk kapsamında zarar gören olarak değerlendirilmesi gerektiği kabul edilmektedir. LİVER de zilyet olmak koşuluyla taşınmazla yakın ilişkide olan her hak sahibini komşuluk ilişkisi kapsamında değerlendirmiştir<sup>52</sup>. Diğer taraftan zararın meydana geldiği tarafla taşınmaz maliki arasında yakın bir ilişki olmadığı takdirde taşınmaz malikinin sorumluluğuna başvurulamaz<sup>53</sup>. Bu bağlamda yukarıda ifade edilen ve TMK m. 730'a göre zarar gören konumundakiler davacı sıfatını haizdir.

**b. Davalı taraf**

Bir taşınmaz maliki mülkiyet hakkının kanunî sınırlamalarını aşarsa, bu aşma fiili neticesinde komşuluk ilişkisinin bulunduğu bir kişi ya da taşınmaz zarar görebilir. Bu aşma fiili zarar tehlikesi de meydana getirebilir. Zarar gören ya da zarar tehlikesi altında olan kişi zararların giderilmesi ve durumun eski hâle getirilmesi için dava açabilir. TMK m. 730'da geçen dar ifadeye rağmen

<sup>49</sup> Eren, *Borçlar Genel*, s. 751; Kılıçoğlu, *Borçlar Genel*, s. 359.

<sup>50</sup> Liver, ZGB Art. 737 N. 117.

<sup>51</sup> Franz-Xaver Brucker, *Das nachbarrechtliche Durchleitungsrecht unter Berücksichtigung von Lehre und Rechtsprechung zum Notwegrecht, zum Überbaurecht und zum Notbrunnenrecht*, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1991, s. 209.

<sup>52</sup> Liver, ZGB Art. 737 N. 118; BGE, 75 II 120f. Prekaristik izin sahiplerinin de komşuluk ilişkisi içinde sayılması gerektiği savunulmaktadır: Bkz. Brucker, s. 209.

<sup>53</sup> Buradaki yakınlık komşu sayılabilecek düzeyde bir yakınlık olmalıdır. Zorunlu mecra hakkının doğması için aranan "komşuluk" ilişkisi için aranan yakınlık değerlendirmesi burada da geçerlidir. Ancak TMK m. 744'ten doğan zorunlu mecra hakkının kurulması için komşunun taşınmaz maliki olması gerekir. Taşınmaz malikinin sorumluluğunda ise zarar görenin mülkiyet ya da başka bir aynı hak sahibi olması gibi bir zorunluluk yoktur.

mülkiyet hakkı sahibinin yanı sıra irtifak hakkı sahibinin de sorumluluğu gündeme gelebilir. Çünkü mülkiyet hakkına ilişkin getirilen sınırlamalar irtifak hakkı için de geçerlidir<sup>54</sup>.

Taşınmaz malikinin sorumluluğunun yüklü taşınmazda yer alan irtifak hakkı sahibi ile yüklü taşınmaz maliki arasında uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır. İrtifak hakkı sahibiyle taşınmaz maliki arasındaki ilişkide mülkiyet hakkının taşkın kullanımından kaynaklı zararlar meydana gelebilir. Federal mahkeme almış olduğu bazı kararlarda irtifak hakkı sahibi ile taşınmaz maliki arasındaki ilişkide komşuluk hukukundan kaynaklı hükümlerin uygulanamayacağı ve irtifak hakkına ilişkin düzenlemelerle çözüm bulunması gerektiğini ifade etmiştir<sup>55</sup>. Bu görüş doktrinde kural olarak kabul edilmektedir<sup>56</sup>. Buna karşılık İsviçre Federal Mahkemesi BGE 111 II 236 sayılı kararında içtihadını gözden geçirmiş ve ZGB 679 (TMK 730)'un üst hakkı sahibi ile taşınmaz maliki arasında uygulanabilir olduğuna hükmetmiştir<sup>57</sup>. BRUCKER'e göre; eğer mecra hakkı sahibi de taşınmaz üzerinde mecra tesisatı sahibiyse taşınmaz malikinin sorumluluğu irtifak hakkı sahibi için de geçerlidir<sup>58</sup>. Örneğin, mecra hakkına dayanarak elektrik hattını bir taşınmazdan geçiren irtifak hakkı sahibi elektrik kablosunun zarara neden olması ya da zarar tehlikesi oluşturması durumunda TMK m. 730'a göre sorumludur. Aynı zamanda yüklü taşınmaz maliki mülkiyet hakkının Kanunî sınırlamalarına uymayarak irtifak hakkı sahibine zarar vermesi ya da irtifak hakkı sahibinin zarar tehlikesi içerisinde bulunmasına neden olmuşsa yüklü taşınmaz malikinin TMK m. 730 bağlamında sorumluluğu söz konusudur. Zira yüklü taşınmaz maliki de mülkiyet hakkının kullanım sınırlarını aşarak irtifak hakkı sahibine zarar verebilir veya zarar tehlikesi oluşturabilir.

### 3. TMK m. 730'a göre Mecra Hakkı Sahibine Açılacak Olan Davalar

Taşkın kullanım devam ediyorsa TMK m. 730 uyarınca sebebin ortadan kaldırılması için dava açılabilir<sup>59</sup>. Örneğin bir taşınmaza su kaçıran boruların

<sup>54</sup> Liver, ZGB Art. 737 N.106; Meier-Hayoz, ZGB Art. 679 N.58; Haab, ZGB Art. 641 N.8; BGE 91 II 287; aynı yönde Eren, *Mülkiyet Hukuku*, s. 481; Akıntürk, s. 572; Tandoğan, *Kusura Dayanmayan*, s. 191.

<sup>55</sup> BGE, 88 II 334; benzer kararlar için bkz. BGE 57 II 260, BGE. 91 II 195.

<sup>56</sup> Liver, ZGB Art. 737 N.106; Meier-Hayoz, ZGB Art. 679 N.83.

<sup>57</sup> Üst hakkı sahibi malik gibi hareket edebiliyorsa yüklü taşınmaz malikine karşı sorumlu tutulabilir.

<sup>58</sup> Brucker, s. 208.

<sup>59</sup> Meier-Hayoz, ZGB Art. 679 N.124-126.

tamiri için taşınmaz maliki mecra hakkı sahibine TMK m. 730 uyarınca dava açabilir. Ayrıca mülkiyetin taşkın kullanımından doğan bir zarar söz konusu ise tazminat davası da açılabilir. Zarar henüz meydana gelmemişse ve fakat meydana gelme olasılığı yüksekse tehlikenin giderilmesi için dava açılabilir. Başka bir anlatımla zarar tehlikesinin bulunması hâlinde zarar tehlikesine maruz kalan kişi tehlikenin giderilmesi için koruyucu önlemlerin alınmasını dava edebilir. Mahkemede gelecekteki zararlara karşı hangi koruma tedbirlerinin alınması gerektiğine karar verilirken taraflar arasındaki menfaat dengesinin gözetilmesi gerekir. Taraflar arasındaki menfaat dengesinde açık bir orantısızlık meydana getirilmemelidir<sup>60</sup>. Örneğin mahkeme, mecraların uygun tedbirler alınarak geçirilmesine karar verebilir<sup>61</sup>.

Zarar tehlikesiyle karşılaşan kişi adli yollarla zarar tehlikesinin önlenmesi zamanında gerçekleşmeyecekse kendi başına gerekli tedbirleri alabilir<sup>62</sup>. Bu yetki TMK m. 753'e dayanmaktadır: “*Bir kimse kendisini veya başkasını tehdit eden bir zararı veya o anda mevcut bir tehlikeyi ancak başkasının taşınmazına müdahale ile önleyebilecek ve bu zarar ya da tehlike taşınmaza müdahaleden doğacak zarardan önemli ölçüde büyük ise, malik buna katlanmak zorundadır. Malik, bu yüzden uğradığı zarar için hakkaniyete uygun bir denkleştirme bedeli isteyebilir.*” Son olarak TMK m. 730 açıkça belirtmese de taşınmazın taşkın kullanımının haksız ve kabul edilemez nitelikte olduğuna yönelik bir tespit davası da açılabilir<sup>63</sup>.

#### a. Tazminat davası

Taşınmaz malikinin sorumluluğundan doğan bu davada mecra hakkının taşkın kullanımından kaynaklanan maddi ve manevi zararın tazmin edilmesi istenir<sup>64</sup>. Zarar hangi irtifak sahibi zamanında meydana gelmişse tazminat davası da ona karşı açılır ve ondan zararın tazmin edilmesi istenir. Zarar verici davranıştan sonra irtifak hakkı sahibi ya da mecraların maliki değişmişse, yeni irtifak sahibi ya da mecraların malikinden zararın tazmin edilmesi istenemez. Açılacak tazminat davasında zamanaşımı süresi TBK m. 72'ye göre belirlenir.

<sup>60</sup> BGE 111 II 430.

<sup>61</sup> Meier-Hayoz, ZGB Art. 679 N.112.

<sup>62</sup> Zarar tehlikesi üçüncü kişinin taşınmazına verilen zarardan büyük olmalıdır: Breitschmid P/ Jungo A, *Sachenrecht : Art. 641-977 ZGB*. 3. Auflage, Schulthess Verlag, 2016, Göksu, ZGB Art. 701 N. 4.

<sup>63</sup> Meier-Hayoz, ZGB 679 N. 137; ZGB Art. 641 N. 133-140; Eren, *Mülkiyet Hukuku*, s. 485.

<sup>64</sup> Sirmen, s. 484; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 679; Akipek, s. 239; Çörtoğlu, s. 219 vd.

Zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten itibaren iki yıl ve her durumda fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle TMK m. 730'dan doğan tazminat talebi zamanaşımına uğrar. Mecra hakkının taşkın kullanımı devam ediyorsa ve zarar doğmuşsa; hem zararın giderilmesi için tazminat davası hem de eski hâle getirme (zarar sebebinin sona erdirilmesi) davası açılabilir<sup>65</sup>.

### b. Eski hâle getirme davası

Mecra hakkının taşkın kullanımı sebebinin ortadan kaldırılması için eski hâle getirme davası açılabilir<sup>66</sup>. Örneğin mecra hakkına konu bir su borusundan su sızıntısı nedeniyle komşu arazi maliki zarar görüyorsa ve zarar verici eylem olan su sızıntısı devam ediyorsa bu sızıntının giderilmesi için dava açılabilir. Bu davaya “*taşkınlık sebebinin sona erdirmeye davası*” da denilmektedir<sup>67</sup>. Davanın açılabilmesi için taşkınlık eyleminin devam ediyor olması gerekir. Mecra hakkının taşkın kullanımı sona ermişse bu dava açılmaz. Diğer taraftan bu taşkın kullanım neticesinde bir zarar meydana gelmişse tazminat davası açılabilir. Örneğin, mecra hakkına dayanan bir doğal gaz hattının inşası sırasında komşu taşınmazlarda bir zarar meydana gelmişse ve mecraların inşası devam ediyorsa hem tazminat davası hem de eski hâle getirme davası açılabilir. Böylece zarar verici inşaat durdurulmuş olur ve zararlar tazmin edilir. Ancak mecraların inşası son bulmuş ve mevcut durumda mecraların varlığı zarar vermiyorsa eski hâle getirme davasının açılmasında hukukî yarar yoktur. Zarar gören kişi yalnızca tazminat davası açarak zararının tazmin edilmesini sağlayabilir.

### c. Zarar tehlikesinin önlenmesi davası

Mecra hakkının taşkın kullanımı bir zarar doğurmamasına rağmen zarar tehlikesi oluşturmuşsa zarar tehlikesinin giderilmesi için bu dava açılabilir<sup>68</sup>. Mecraların özelliği dikkate alındığında zarar tehlikesi oluşturacak bir niteliğe sahip olmaları mümkündür. Örneğin, mecra hakkına konu bir trafo inşaatı hazırlığı sırasında mecra hakkı sahibinin kullandığı inşaat malzemelerinin çevreye zarar verme ihtimali varsa bir zarar tehlikesi söz konusudur. Bu

<sup>65</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 679.

<sup>66</sup> Akipek, s. 239.

<sup>67</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 677-678; Eren, *Mülkiyet Hukuku*, s. 484; “*eski hâlin iadesi*”: Akıntürk, s. 573.

<sup>68</sup> Akipek, s. 240.

durumda zarar tehlikesiyle karşılaşan ve yukarıda ifa ettiğimiz komşuluk ilişkisi bulunan bir kişi zarar tehlikesinin önlenmesi davasını açabilir<sup>69</sup>.

### A. Yapı Malikinin Sorumluluğu

Bir binanın ya da yapı eserinin maliki bunların yapımındaki bozukluktan veya bakımındaki eksikliklerden doğan zararlardan sorumludur<sup>70</sup> [TBK m. 69 (Or 58)]. Yapı malikinin sorumluluğunun doğması için kusur aranmaz<sup>71</sup>. Yapı malikinin sorumluluğu tehlike sorumluluğu olarak da kabul edilmez<sup>72</sup>. Bu sorumluluk niteliği itibarıyla bir kusursuz sorumluluk türü olan olağan sebep sorumluluğudur<sup>73</sup>.

Yapı malikinin kusuruyla binanın yapımında bir bozukluk ya da bakımında bir eksiklik meydana gelmiş olsa dahi TBK m. 69'a göre dava açılmalıdır. Zira haksız fiil sorumluluğunu düzenleyen TBK m. 49'a göre TBK m. 69 özel nitelikte bir hüküm olmasından dolayı TBK m. 69'un uygulanması gerekir<sup>74</sup>. Yapıdaki bozukluk veya bakım noksanlığı umulmayan, mücbir bir sebepten meydana gelmiş olsa dahi yapı maliki sorumlu tutulabilir<sup>75</sup>. Örneğin, şiddetli bir rüzgâr<sup>76</sup> nedeniyle yapımında eksiklik bulunan elektrik kabloları

<sup>69</sup> Bu davaya doktrinde önleme davası (Unterlassungsklage) da denilmektedir: Bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 680. “*kaçınma davası*” kavramı için bkz. Çörtoğlu, s. 218; Akıntürk, s. 574.

<sup>70</sup> Andreas Furrer, /Anton K.Schnyder, *Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, CHK, 2016, Muller, OR Art. 58 N. 1.

<sup>71</sup> Muller, OR Art. 58 N. 1; Heinz Hausheer, / Hans Peter Walter, *Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41 - 61 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht Berner Kommentar*, Bern 2013, Brehm, OR Art. 58 N. 90; Tesis veya inşadaki bozukluk veya bakım noksanlığı yapı malikinin bir kusurundan ileri gelmese de yine de malik sorumlu tutulur: Tandoğan, *Mesuliyet*, s. 182.

<sup>72</sup> Brehm, OR Art. 58 N. 90; Eren, *Borçlar Genel*, s. 735; Tehlike sorumluluğu görüşünü savunanlar için bkz. Tandoğan, *Mesuliyet*, s. 183, dn. 8-9.

<sup>73</sup> Brehm, OR Art. 58 N. 91; Tandoğan, *Kusura Dayanmayan*, s. 161.

<sup>74</sup> Eren, *Borçlar Genel*, s. 735; Yapı malikinin kusuru ek kusur olarak değerlendirilir. Böylece rücu imkânını etkileyen bir netice doğar.

<sup>75</sup> Tandoğan, *Mesuliyet*, s. 182; Deprem sonucunda depreme dayanıklı yapılması gereken evin bu şekilde yapılmaması ve deprem olayı neticesinde çökmesi yapıdaki bozukluk olarak kabul edilebilir. Buna karşılık depremde civardaki tüm evler yıkılmışsa mücbir sebep düşümlenebilir: Brehm, OR Art. 58 N. 95.

<sup>76</sup> Bu durumda da şiddetli bir rüzgâr ya da fırtına arasında bir ayırım yapmak da icap eder. Zira şiddetli rüzgâr beklenen bir hâl iken, fırtına mücbir sebep teşkil edebilir: Brehm, OR Art. 58 N. 99e-100.

kopmuşsa elektrik tesisatının maliki ortaya çıkan zarardan TBK m. 69'a göre sorumludur. Bu elektrik kabloları mecra hakkına dayanarak bir taşınmazdan geçiriliyorsa TMK m. 727/I gereğince irtifak hakkı sahibi aynı zamanda mecraların maliki olduğu için mecra hakkı sahibinin sorumluluğu söz konusu olur. Yapının inşaatını üçüncü bir kişi gerçekleştirmişse bu kişinin seçiminde gereken dikkat ve özen gösterildiğini ispat ederek yapı maliki sorumluluktan kurtulamaz<sup>77</sup>.

İsviçre Federal Mahkemesi kararlarında mecralar “*werk*” (yapı eseri) işletme kavramı içerisinde değerlendirilmektedir<sup>78</sup>. Bir yapı eserinin yapımındaki bozukluk ya da bakımındaki eksiklik, yapı eserinin amacına bağlıdır. Havaî hat için kurulan bir direk yalnızca kabloların taşınması amacını gütmeyiz, aynı zamanda bir hattın inşası, onarımı veya kesilmesi için elektrik direğinde bir işlem yapmak gerekebilir<sup>79</sup>. Yapı malikinin sorumluluğu mülkiyet hakkına bağlıdır<sup>80</sup>. Bakım yükümlüğü taraflar arasındaki anlaşmayla taşınmaz malikine bırakılmış olsa dahi işletme maliki de sorumludur. İç ilişkiyi ilgilendiren bu durumda, TBK m. 69/III uyarınca işletme maliki taşınmaz malikine rücu imkânına sahiptir.<sup>81</sup>

Mecra hakkına dayanarak yüklü taşınmazda bulunan yapıların mülkiyeti irtifak hakkı sahibine aittir (TMK m. 727/I). Bu yapılardan doğan sorumluluk ise yüklü taşınmaz malikine değil mecra hakkı sahibine aittir<sup>82</sup>. Mecralar TBK m. 69 anlamında bir yapı eseridir. Yapı eseri maliki; eserin yapımındaki bozukluk ve bakımındaki eksiklikten doğan zararlardan sorumludur. Mecra hakkı sahibi aynı zamanda mecraların maliki ise şüphesiz bir yapı eseri malikidir ve TBK m. 69 kapsamında oluşan zararlardan sorumlu olmalıdır.

<sup>77</sup> Tandoğan, *Mesuliyet*, s. 182.

<sup>78</sup> BGE 94 II 151 ff. “*Werk*” kavramı sınıî faaliyette bulunmayan teşebbüsleri de kapsamaktadır: Cumhuriyet Özakman. *Türk Hukukunda Mecra İrtifakları*, Fakülteler Matbaası, s. 236. Taşınmazın işletilmesini TMK m. 737 (eMK m. 661) bakımından değerlendiren ve savduğumuz görüşle tutarlı olan yaklaşım için bkz. Jale G. Akipek. “Gayrimenkul Malikinin Mes’uliyetinin Kavram ve Mahiyeti”, *AÜHFĐ*, C. 11, S. 1, 1954, 333-370, s. 369. Aynı yönde: Hasan Petek. *Taşınmaz Malikinin Hukuka Uygun Taşkınlıklardan Sorumluluğu (TMK m. 730/II)*, Yetkin Yayınları, 2005, s. 21.

<sup>79</sup> BGE 94 II 151.

<sup>80</sup> Karş. BGE 121 III 448.

<sup>81</sup> Hurlimann-Kaup, s. 84.

<sup>82</sup> Çörtoğlu, s. 180; Elektrik direkleri de yapıdır: Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 549.

Mecralardan zarar gören ve zarar tehlikesi altında bulunan herkes TBK m. 69'a göre irtifak hakkı sahibinin sorumluluğuna başvurabilir<sup>83</sup>. TBK m. 69'a göre zarar görenin zararını giderebilmesi için; bina ya da yapı eseriyle komşuluk ilişkisi gibi özel bir ilişki içerisinde olmasına gerek yoktur.

## 1. Sorumluluğun Şartları

### a. Bina veya yapı eserinin maliki olmalı

Ortaya çıkan zararlardan kimin sorumlu olduğunu TBK m. 69/I belirtmektedir: “*Bir binanın veya diğer yapı eserlerinin maliki, bunların yapımındaki bozukluklardan veya bakımındaki eksikliklerden doğan zararı gidermekle yükümlüdür.*” Buna göre belirtilen kapsamda ortaya çıkan zarardan sorumlu tutulmak için zararın doğduğu sırada<sup>84</sup> bir bina ya da yapı eserinin maliki olmak gerekir. Ayrıca TBK m. 69 anlamında üst hakkı sahibi, geçit veya kaynak irtifakı ya da kamu hukuku kurallarına dayalı idarî imtiyaz sahipleri de malik sayılırlar<sup>85</sup>. Bu nedenle mecra hakkı sahibini de yapı maliki saymak gerekir<sup>86</sup>.

Yapı maliki zararın doğduğu sırada yapının dolaysız zilyedi olmak zorunda değildir. Dolaylı zilyet olsa da yapı maliki sorumlu tutulur<sup>87</sup>. Yapı maliki sözleşmeyle kiracısını ya da yapıyı başka bir hakla elinde bulunduran kişiye yapıdan kaynaklı zararların karşılanmasını yüklemiş olsa da bu iç ilişki bakımından sonuç doğuran bir borç ilişkisi olarak kabul edilir<sup>88</sup>. Böyle bir sözleşme üçüncü kişiler bakımından sonuç doğurmaz.

Mecralar yapı ya da yapı eseri niteliğine sahiptir. Bir taşınmazdan irtifak hakkına dayanarak geçirilen mecraların mülkiyeti de TMK m. 727/I uyarınca mecra hakkı sahibine aittir<sup>89</sup>. O hâlde mecralar yapı veya yapı eseri niteliğini haiz oldukları için mecra hakkı sahibi mecraların yapımındaki bozukluk veya bakımındaki eksiklikten doğan zararlardan sorumlu kişidir. TBK m. 69'a göre

<sup>83</sup> Meier-Hayoz, ZGB Art. 679 N. 22.

<sup>84</sup> Tandoğan, *Mesuliyet*, s. 185; Muller, OR Art. 58 N. 29; Brehm, OR Art. 58 N. 91.

<sup>85</sup> BGE 99 II 281.

<sup>86</sup> Bir bina ve yapı eserinin maliki olan irtifak hakkı sahibinin sorumlu tutulması yönünde bkz. Petek, s. 64-65.

<sup>87</sup> Tandoğan, *Mesuliyet*, s. 185.

<sup>88</sup> Ferit H. Saymen/Halid K. Elbir, *Türk Eşya Hukuku (Aynı haklar)*, Hak Kitabevi, 1954, s. 434.

<sup>89</sup> Muller, OR Art. 58 N. 35.

sorumlu tutulan mecra hakkı sahibi gerçek ya da tüzel kişi olabilir<sup>90</sup>.

Mecralar irtifak hakkı sahibinden başka birisinin mülkiyetinde ise sorumluluk ilişkilerini belirlemek nispeten daha zordur. Zira mecralar yüklü taşınmaz malikine ait olabilir. Mecra tesisatını mecraların maliki değil de irtifak hakkı sahibi kullanıyor ve bakımını yapıyorsa TBK m. 69'a göre yapı eseri malikinin sorumluluğu doğabilir mi? Öğreti ve uygulamada bu noktada tam bir görüş birliği yoktur. BGE 91 II 281 ve BGE 51 II 209 kararlarında Federal Mahkeme, geçit hakkıyla ilgili kararlarında taşınmaz malikini değil irtifak hakkı sahibini sorumlu tutmuştur. LIVER ise irtifak hakkı sahibinin ancak yapı eseri maliki olduğu durumlarda TBK m. 69'a göre irtifak hakkı sahibinin sorumluluğunun doğabileceğini savunmaktadır<sup>91</sup>. Mecra hakkı sahibinin özel menfaatleri dikkate alındığında mecraların maliki değil irtifak hakkı sahibinin TBK m. 69'a göre sorumluluğu kabul edilmelidir<sup>92</sup>. İrtifak hakkı sahibi mecraları TMK m. 786/I'e göre kullanırken, sadece kuru mülkiyet hakkına sahip olan mecra malikini sorumlu tutmak haklı görülemez<sup>93</sup>. Yalnızca kullanım hakkının verildiği irtifak hakları bakımından; mecra malikinın değil de mecra hakkı sahibinin sorumlu tutulması hukukî güvenliği sağlar. Çünkü mecraların kimin mülkiyetinde olduğuna bakılmaksızın, irtifak hakkına dayanarak mecraları kullanan ve bakım faaliyetlerini yürüten kişinin sorumlu tutulması ile yeknesak bir sorumluluk ortaya çıkar.

Sorumluluğun belirlenmesinde TBK m. 69, ikili bir ayrıma gitmiştir. Her şeyden önce bina veya yapı eseri malikinın binanın yapımındaki bozukluk ve bakımındaki eksiklikten sorumlu tutulacağı açıkça ifade edilmiştir. TBK m. 69/II'de intifa hakkı ve oturma hakkı sahipleri de binanın bakımındaki eksikliklerden sorumlu tutulmuştur. İntifa hakkı ve oturma hakkı sahiplerinin hak konusu bina üzerinde geniş yetkileri vardır. Bu nedenle binanın bakımındaki eksikliklerden sorumlu tutulmaları da yerindedir. Ancak bu hak sahipleri malikle birlikte müteselsilen sorumludur. Kanaatimizce mecra hakkı sahibinin TBK m. 69'a göre sorumluluğu belirlenirken ikili bir ayrıma gitmek gerekir. Mecralar, irtifak hakkı sahibinin mülkiyetinde olabileceği gibi yüklü taşınmaz maliki ya

<sup>90</sup> Tandoğan, *Mesuliyet*, s. 186. Kamu hukuku ya da özel hukuk tüzel kişisi olabilir: Muller, OR Art. 58 N. 30.

<sup>91</sup> Liver, ZGB Art. 743 N.39. Aksi takdirde hâkim hukuk yaratarak irtifak hakkı sahibinin sorumluluğuna gidebilir.

<sup>92</sup> Aynı yönde: Muller, OR Art. 58 N. 34. Ayrıca bkz. Obergericht Zürich, unpublizierter Entscheidung (yayımlanmamış karar) vom 22. Januar 1985, Brucker, 216 dn. 39 naklen.

<sup>93</sup> Brucker, s. 217.

da üçüncü bir kişinin mülkiyetinde de olabilir. Mecralar irtifak hakkı sahibinin mülkiyetinde ise irtifak hakkı sahibinin mecraların hem yapımındaki bozukluktan hem de bakımındaki eksiklikten sorumlu tutulması icap eder. Ancak mecralar başka birisinin mülkiyetinde ise bu takdirde mecra hakkı sahibinin mecraların bakımındaki eksiklikten sorumlu tutulması gerekir. Her ne kadar TBK m. 69/II'de her irtifak hakkı sahibi sayılmasa da geniş yorum yapmak gerekir. Örneğin, yüklü taşınmaz malikine ait bir su borusu hattının irtifak hakkı sahibi tarafından kullanıldığını ve yüklü taşınmaz maliki tarafından kullanılmadığını düşünelim. Yüklü taşınmaz malikinın yalnızca kuru mülkiyeti vardır. Su borusunun bakım yükümlülüğü de irtifak hakkı sahibine aittir. Su borusunun patlaması ve üçüncü bir kişinin zarar görmesi hâlinde yalnızca yüklü taşınmaz malikini kusursuz sorumlu tutmak, yerinde bir yaklaşım olmaz. İrtifak hakkı sahibi bir bina ya da yapı eserinde tek başına bakım yükümlülüğüne sahipse irtifak hakkı sahibinin de müteselsilen sorumlu tutulması gerekir.

### **b. Bina veya yapı eseri mevcut olmalı**

Yapı, ekonomik ihtiyaçlara ya da insanların oturmasına tahsis edilen ve bir taşınmaz üzerinde yapılan etrafı çevrili ve kapalı olan nesnedir<sup>94</sup>. Bunların dışında, değirmen, köprü, duvar gibi temelli olarak taşınmaza bağlanan nesnelere de birer yapıdır<sup>95</sup>. Ayrıca bir binada değişiklik yapılması veya onların onarımı için yapılan işlerde kullanılan teknik tesisat da yapı kavramı içerisinde değerlendirilmelidir<sup>96</sup>. Örneğin bir inşaatın yapımında kullanılan iskele yapı niteliğine sahiptir. Yapının inşasında kullanılan malzeme, yapının kullanım amacı ya da yapıyla toprağın bağlanması yönteminin bir eserin yapı niteliğine sahip olması açısından önemi yoktur<sup>97</sup>. Yapı henüz bitmese –inşaat hâlinde olsa- dahi yapı niteliğine sahiptir<sup>98</sup>. Ancak bitmiş bir yapıdaki eksiklikle henüz inşaat hâlindeki bir binadaki eksiklik değerlendirilirken yapının durumu dikkate alınır<sup>99</sup>.

<sup>94</sup> Esener/Güven, s. 798; Tandoğan, *Mesuliyet*, s. 186; Tandoğan, *Kusura Dayanmayan*, s. 170; M. Kemal Oğuzman / Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Gözden Geçirilmiş 14. Bası, Vedat Kitapçılık, 2016, s. 172; Eren, *Borçlar Genel*, s. 742.

<sup>95</sup> Saymen/Elbir, s. 585; Kılıçoğlu, *Borçlar Genel*, s. 347.

<sup>96</sup> Aynı yönde bkz. Oğuzman/Öz, s. 172.

<sup>97</sup> Tandoğan, *Mesuliyet*, s. 186.

<sup>98</sup> Aksi yönde Eren, *Borçlar Genel*, s. 743.

<sup>99</sup> Tandoğan, *Mesuliyet*, s. 186.

Yapı eserleri; sabit, taşınmazla doğrudan doğruya ya da dolaylı olarak bağlı bulunan ve insan eliyle imal, inşa veya tanzim edilmiş olan şeylerdir<sup>100</sup>. Sabitlik ve taşınmaza bağlılık bir yapı eserinin en önemli unsurlarıdır. Mecralara örnek verilebilecek olan telefon ve elektrik direkleri veya doğalgaz borusu doğrudan doğruya taşınmazla bağlantı kurulan yapı eserleridir. Geçici süreliğine de olsa taşınmazla bir bağlantı kurulmuş olmalıdır<sup>101</sup>. Taşınır yapılar da yapı eseri olarak kabul edilebilir<sup>102</sup>. Sürekli kalmak amacıyla inşa edilmemiş olan barakalar, reklam kulübeleri, inşaat iskeleleri, malzeme yığını, bazı mecralar, bir yapının eklentisi olan eşyalar da yapı eseri niteliğine sahip kabul edilmektedir<sup>103</sup>. Mecralar taşınmazın üzerinden geçirilebileceği gibi altından da geçirilebilir. Bir eşyanın yapı eseri sayılması için arz yüzeyinden ya da altından geçirilmesi önem taşımaz<sup>104</sup>. Bu nedenle mecraların dışarıdan görülüp görülememesi mecra hakkı sahibinin sorumluluğunu etkilemez.

Bir yapı ya da yapı eseri, insan eliyle imal edilen eşyadır<sup>105</sup>. Tabiat eseri ortaya çıkan eşyalar yapı niteliğine sahip değildir. Ancak doğal olaylarla ortaya çıkan eşyaya insan eliyle bir müdahale gerçekleştirdikten sonra bir yapı meydana gelebilir<sup>106</sup>. Örneğin, bir akarsuya mecra hakkına dayanarak bir kanal inşa edilmişse bu kanal bir yapıdır ve kanalın maliki de mecra hakkı sahibidir.

Bir yapının ya da yapı eserinin bütünleyici parçası ve eklentileri de genellikle yapı eseri olarak kabul edildiği için; bütünleyici parçalarla ya da eklentilerle asıl eşya arasında bir bağlantı kurulmasına gerek yoktur. Bu bağlantı kurulsa dâhi sorumluluğun belirlenmesi bakımından sonuç değişmez. Çünkü mecraların maliki mecra hakkı sahibidir. Örneğin, bir taşınmazdan geçirilen elektrik direklerinin yapımındaki bozukluk ya da bakımındaki

<sup>100</sup> Muller, OR Art. 58 N. 3; Tandoğan, *Mesuliyet*, s. 187 dn. 24'teki yazarlar; "Taşkın yapıda veya başkasının arazisine inşa edilen yapıda, eser maliki, taşkın yapı veya haksız yapı maliki sayılmalı, böylece doğan zarardan onlar sorumlu olmalıdırlar.": Eren, *Borçlar Genel*, s. 742.

<sup>101</sup> Muller, OR Art. 58 N. 6; BGE 96 II 355; Kılıçoğlu, *Borçlar Genel*, s. 348.

<sup>102</sup> Muller, OR Art. 58 N. 7. Yazar ZGB Art. 676 (TMK m. 727)'ye atıf yaparak mecraların da yapı sayılabileceğine işaret etmiştir.

<sup>103</sup> Tandoğan, *Mesuliyet*, s. 189.

<sup>104</sup> Eren, *Borçlar Genel*, s. 741.

<sup>105</sup> Muller, OR Art. 58 N. 11; Çörtoğlu, s. 228.

<sup>106</sup> Çukurlar, kuyular, tüneller, meydanlar, yollar, su bentleri, barajlar, maden galerileri arzın ya da arz yüzeyinin işlenmesiyle meydana gelen yapılara örnek verilebilir: Tandoğan, *Mesuliyet*, s. 190.

eksiklik neticesinde bir zarar meydana gelmişse bu zarardan mecra hakkı sahibinin sorumlu olduğunu iki ihtimale göre de teyit etmek mümkündür<sup>107</sup>. Şöyle ki mecra hakkına konu elektrik direklerinin yapımındaki bozukluk ya da bakımındaki eksiklik bir zarar meydana getirmişse elektrik direkleri işletmenin eklentisidir ve işletme de bir yapı olduğu için yapı maliki olan irtifak hakkı sahibi TBK m. 69 kapsamında sorumludur. Elektrik direkleri bir yapı eseri olduğu için eklenti ilişkisi kurulmasına gerek olmaksızın elektrik direklerinin maliki mecra hakkı sahibi olduğu için TBK m. 69 kapsamında sorumludur.

### c. Bina veya yapı eserinin, yapımındaki bozukluk veya bakımındaki eksiklikten zarar doğmalı

Bina veya yapı eserinin tek başına varlığı TBK m. 69'a göre yapı malikinin sorumluluğunu doğurmaz. Bina veya yapı eserinin, yapımındaki bozukluk veya bakımındaki eksiklik bir zarara sebebiyet vermemelidir<sup>108</sup>. TBK m. 69'a göre yapı malikinin sorumluluğunun doğmasının kaynağı olan zarar; maddî, manevî, eşyaya yönelik ya da kişisel bir zarar olabilir<sup>109</sup>. Bir taşınmazdan mecra hakkına dayanarak geçirilen su, elektrik, doğalgaz, petrol ya da telekomünikasyon hatlarının yapımındaki bozukluk veya bakımındaki eksiklikten doğan zararların tazmini mecraların maliki olan mecra hakkı sahibinden TBK m. 69'a göre yapı malikinin sorumluluğu kapsamında istenebilir.

Kanun koyucu yapı malikinin sorumluluğunu doğuran zararların kaynağı olarak iki farklı duruma işaret etmektedir. Bunlardan ilki yapının yapımındaki bozukluk ve ikinci ise bakımındaki eksikliktir. Yapının yapımındaki bozukluk; inşaatın kötü yapılması veya inşaat kaidelerine aykırı olması şeklinde ortaya çıkar<sup>110</sup>. Bu bozukluk, inşaat tarzından, kullanılan malzemelerin kötülüğünden, yapılan şeyin yapının mahiyetine uygun olmamasından<sup>111</sup>,

<sup>107</sup> Bazı durumlarda birbirleriyle bağlantılı olan ve fakat malikleri farklı olan yapı eserlerinden kaynaklı zararlar doğabilir. Bu durumda hangi yapının yapımındaki bozukluk ya da bakımındaki eksiklikten kaynaklı bir zarar doğduğu tespit ediliyorsa o yapı eserinin maliki sorumlu olur. Öte yandan iki yapı eserinden kaynaklı bir zarar doğmuşsa her iki yapı eserinin maliki de sorumlu tutulmalıdır: Tandoğan, *Mesuliyet*, s. 191.

<sup>108</sup> Eren, *Borçlar Genel*, s. 737.

<sup>109</sup> Tandoğan, *Mesuliyet*, s. 191.

<sup>110</sup> Çörtoğlu, s. 231.

<sup>111</sup> Aargau Kanton Mahkemesi, bilinmeyen bir kişi tarafından elektrik mecrasının yanlış bağlanmasıyla ilgili olarak yapı eseri malikini sorumlu tutmuştur: AGVE 1960 22/25, Brehm, OR



kötü araç-gereçlerle inşa edilmesinden, yapının ebadının kullanım amacına aykırı olmasından kaynaklanabilir<sup>112</sup>. Yapı maliki eşyanın hiç kimseye ya da hiçbir şeye tehlike oluşturmayacak şekilde özgülenme amacına uygun bir kullanma için çevreye yeterli güveni vermezse binanın yapımındaki bozukluk da gerçekleşmiş olur<sup>113</sup>. Bina veya yapı eseri malikinin bu kapsamda objektif bir özen yükümlülüğü vardır<sup>114</sup>.

Mecra hakkı sahibinin, mecraların bakım ve onarım borcunu yerine getirmesi bakımından yüklü taşınmaz malikine karşı sözleşmeden ve irtifak ilişkisinden kaynaklanan bir sorumluluğu olduğu gibi mecraların bakımındaki eksiklikten doğan bir zarar meydana gelmişse TBK m. 69 yapı malikinin sorumluluğu kapsamında da sorumluluğu mevcuttur. Örneğin, mecra hakkına dayanarak geçirilen bir elektrik hattının<sup>115</sup> bakımında bir eksiklik olduğu için kabloların kopması neticesinde elektrik akımına kapılan bir hayvanın sahibi uğradığı maddi zararı TBK m. 69'a dayanarak mecra hakkı sahibinden isteyebilir. Mecra hakkı sahibi yapı eseri maliki sıfatıyla yalnızca o mecranın bulunduğu taşınmazdakilere karşı bir güvenlik tedbiri almakla sorumluluktan

Art. 58 N. 103 naklen.

<sup>112</sup> Teknik olarak oturmaya elverişli olan bir konutun sinemaya tahsis edilmesi tehlikeli olabilir: Tandoğan, *Mesuliyet*, s. 191.

<sup>113</sup> Eren, *Borçlar Genel*, s. 745.

<sup>114</sup> Bir yapının ya da yapı eserinin yapımında bozukluk bulunmasa da bakımında eksiklik meydana gelmiş olabilir. Yapının bakımsızlığı nedeniyle de bir zarar meydana gelirse yapı malikinin sorumluluğu doğar. Yapının kullanılmaya elverişli ve tehlikeleri önleyecek şekilde muhafaza edilmemesi “bina ya da yapı eserinin bakımındaki eksiklik” olarak kabul edilir. Aynı yönde: Tandoğan, *Mesuliyet*, s. 192. Bakım eksikliği yapının inşası tamamlandıktan sonra ortaya çıkan bir durumdur. Yapının bozulmuş, tamire muhtaç hâle gelmesine rağmen yapı maliki; çevredeki kişilerin mal ve kişi varlıklarını koruyucu gerekli denetim, bakım ve onarım faaliyetlerini zamanında yapmaması durumunda yapının bakımında bir eksiklik söz konusudur: Tandoğan, *Kusura Dayanmayan*, s. 175 vd. Yapı maliki, yapı tamamlandıktan sonra da zarar meydana gelmemesi için gerekli güvenlik tedbirlerini almalıdır.

<sup>115</sup> ÖCAL APAYDIN'a göre hattın taşıdığı gerilim 50 voltun üzerindeyse tipik tehlikenin kabul edilmesi gerekir ve tehlike sorumluluğuna gidilmelidir. 50 voltun altındaki gerilime sahip elektrik hatları bakımından ise yapı eseri malikinin sorumluluğunun şartlarına bakılmalıdır. Bu şartlar gerçekleşmediyse kusur sorumluluğu esasına göre hukukî sorumluluk belirlenmelidir. Bahar Öcal Apaydın, “Elektrik Enerjisi Nakil Hatlarının Yol Açtığı Zarardan Sorumluluk” *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.27, S.2, 2019, s.307-344. Yazarın elektrik hatlarının gerilimi bakımından yapmış olduğu bu ayırım çalışmamızda kabul edilen görüşle çelişmemektedir. Zira kabul ettiğimiz görüşe göre mecraların sebebiyet verdiği zararlardan doğan sorumluluk her durumda tehlike sorumluluğu kapsamında değerlendirilmemektedir. Ancak tipik tehlike doğuran bir işletmenin varlığı ve TBK m. 71'deki şartların oluşması durumunda tehlike sorumluluğu gündeme gelir. Öte yandan TMK m. 730 kapsamında taşınmaz malikinin sorumluluğu ihtimali de göz ardı edilmemelidir.

kurtulamaz. Herkes için gerekli şekilde tehlikeyi önlemeye yönelik tedbirleri almalıdır<sup>116</sup>.

Yapı maliki mevzuata uygun şekilde binayı tamamladığını ve bakım faaliyetlerini gerçekleştirdiğini ispat ederek sorumluluktan kurtulamaz<sup>117</sup>. Ancak yapı inşa edilirken ya da bakım faaliyetleri yapılırken gerekli idari mevzuata aykırı hareket edilmiş olması yapıdaki bozukluğa ya da bakımdaki eksikliğe bir delil oluşturur<sup>118</sup>. Bu bağlamda mecra hakkı sahibi de mevzuata uygun şekilde mecraları inşa ettiğini veya bakımları yaptığını iddia ederek sorumluluktan kurtulamaz. Mecra hakkı sahibi mecraların meydana getirebileceği normal tehlikelerden sorumludur, anormal veya beklenmeyen bir tehlikeden sorumlu tutulamaz<sup>119</sup>.

#### **d. Zararla “bina veya yapı eserinin” “yapımındaki bozukluk veya bakımındaki eksiklik” arasında uygun illiyet bağı olmalı**

Mecraların malikinin sorumluluğunun doğabilmesi için mecraların yapımında bozukluk veya bakımındaki eksikliğin söz konusu olması gerekir<sup>120</sup>. TBK m. 69'a göre sorumluluk da tıpkı TMK m. 730 gibi sebep sorumluluğu (kusursuz sorumluluk) hâlidir. Zararın yanı sıra, zararlar yapıdaki bozukluk veya bakımdaki eksiklik arasında uygun nedensellik bağının bulunması gerekir<sup>121</sup>. Sorumluluğun doğması için mecra hakkı sahibinin kusuru aranmaz ve mecra hakkı sahibi kurtuluş kanıtı getirerek sorumluluktan kurtulamaz<sup>122</sup>.

Yapı malikinin sorumluluğunda, yapıdaki bozukluk veya bakımdaki eksiklik ile meydana gelen zarar arasında illiyet bağının bulunduğu karine olarak kabul edilmemiştir. Bu nedenle bina veya yapı eserinin, yapımındaki bozukluğa ya da bakımındaki eksikliği zarar gören ispatla yükümlüdür<sup>123</sup>. Ancak hâkim ispata ilişkin şartların değerlendirilmesinde çok katı davranmamalıdır<sup>124</sup>. Örneğin, zararın kaynağı olan yapı zarar meydana

<sup>116</sup> Aynı yönde Tandoğan, *Mesuliyet*, s. 192.

<sup>117</sup> Muller, OR Art. 58 N. 24.

<sup>118</sup> Tandoğan, *Mesuliyet*, s. 192. Aynı yönde Muller, OR Art. 58 N. 24.

<sup>119</sup> Aynı yönde Eren, *Borçlar Genel*, s. 745.

<sup>120</sup> Çörtoğlu, s. 231.

<sup>121</sup> Muller, OR Art. 58 N. 27.

<sup>122</sup> Brehm, OR Art. 58 N. 92; Muller, OR Art. 58 N. 1.

<sup>123</sup> Eren, *Borçlar Genel*, s. 745.

<sup>124</sup> Tandoğan, *Mesuliyet*, s. 193.

gelirken tamamen yok olabilir. Bu durumda davacı yapının yapımındaki bozukluğu ya da bakımındaki eksikliği ispat konusunda imkânsızlığa düşerse, illiyet bağı kesen bir olgunun varlığını yapı maliki ispat etmelidir. Ayrıca bazı durumlarda illiyet bağına varlığı açıkça fiili durumdan bellidir. Örneğin, mecra hakkına dayanarak bir taşınmazdan geçen su borusunun paslı olması neticesinde patlaması ve zarara sebebiyet vermesi durumunda fiili durum gereği su borularının bakımındaki eksiklik ile meydana gelen zarar arasında illiyet bağı açıkça belli olduğu için zarar görenin illiyet bağına ispatlamasına gerek yoktur. Mevzuata ya da benzer bir yapıda bulunması gereken inşaat işlerine aykırı bir yapı inşa edilmesi, bakım ve onarım faaliyetlerinin eksik yapılması, daha önceden benzer zararlar doğmasına rağmen gerekli güvenlik tedbirlerinin alınmamış olması illiyet bağına varlığı noktasında birer emaredir<sup>125</sup>.

### e. Olumsuz şart: illiyet bağı kesilmemiş olmalı

Yapı malikinin sorumlu tutulabilmesi için yapıdaki bozukluk veya bakımdaki eksiklik ile meydana gelen zarar arasındaki illiyet bağına kesilmemiş olması gerekir<sup>126</sup>. Objektif özen yükümlülüğü bulunan yapı malikinin her türlü özeni göstermiş olduğunu ispat etmek suretiyle sorumluluktan kurtulma imkânı yoktur. Yapıdaki bozukluğun veya bakımdaki eksikliğin kaynağı üçüncü bir kişinin fiiline ya da beklenmeyen bir olaya dayansa bile yapı malikinin sorumluluğu ortadan kalkmaz. Ancak illiyet bağına kesilmesine neden olan zarar görenin kusuru<sup>127</sup>, üçüncü kişinin ağır kusuru<sup>128</sup> veya mücbir sebebin<sup>129</sup> varlığı hâlinde yapı maliki sorumluluktan kurtulabilir<sup>130</sup>.

## 2. TBK m. 69 Kapsamında Mecra Hakkı Sahibine Açılacak Davalar

Yapı malikinin sorumluluğuna dayanan dava açma imkânları TMK m. 730'a benzer niteliktedir. Zarar gören TBK m. 69'a dayanarak uğradığı zarar karşılığında tazminat davası açabilir. Aynı zamanda zarar verici eylem devam ediyorsa zarar veren tarafın eyleminin sonlandırılmasına karar verilmesi

<sup>125</sup> Tandoğan, *Mesuliyet*, s. 194.

<sup>126</sup> Muller, OR Art. 58 N: 2; Kılıçoğlu, *Borçlar Genel*, s. 353.

<sup>127</sup> Brehm, OR Art. 58 N. 113a.

<sup>128</sup> Brehm, OR Art. 58 N. 106.

<sup>129</sup> Brehm, OR Art. 58 N. 95.

<sup>130</sup> Eren, *Borçlar Genel*, s. 746.

istenebilir. Başka bir anlatımla zarar gören taraf zararlı eylemin ortadan kaldırılması için dava açabilir. Örneğin gaz kaçağı olan bir boru hattının tamir edilmesi talebinde bulunabilir.

Henüz zarar meydana gelmemiş olsa dâhi zarar gören taraf zarar tehlikesinin ortadan kaldırılması için TBK m. 70'e dayanarak dava açabilir. Zarar görenin yapıyla bir komşuluk ilişkisinin olmasına da gerek yoktur<sup>131</sup>. Bu bağlamda mahkeme yapı eseri malikinin gerekli koruyucu önlemleri alması yönünde karar verebilir. Örneğin mecra hakkı sahibinin mecraları kullanırken ve hatta kullanmadığı zamanlarda da koruyucu tedbirler almasına mecbur edilebilir<sup>132</sup>. Ayrıca mahkeme yoluyla zarar tehlikesinin zamanında önlenmesi mümkün değilse TMK m. 753 ve TBK m. 64/II kapsamında zorunluluk hâlinin varlığı kabul edilebilir. Bu durumda zarar tehlikesi içerisinde bulunan kişi kendi lehine tedbirler alabilir<sup>133</sup>.

Son olarak zarara uğrayan ya da zarar tehlikesi altında olan kişi hukukî yararını ispat edebildiği takdirde irtifak hakkı sahibinin TBK m. 69'a aykırı davranışına yönelik tespit davası açabilir. Örneğin doğalgaz mecrası sahibinin boru hattına yönelik hangi koruma tedbirleri alması gerektiğinin tespit edilmesini isteyebilir.

## B. Tehlike Sorumluluğu

### 1. Genel Olarak

Tehlike sorumluluğu genel olarak TBK m. 71<sup>134</sup>'de düzenlenmiştir. Tehlike sorumluluğu en ağır sorumluluk türü<sup>135</sup> olup sorumluluğun doğması

<sup>131</sup> Tandoğan, *Kusura Dayanmayan*, s. 181; Eren, *Borçlar Genel*, s. 746; Çörtoğlu, s. 234.

<sup>132</sup> Brucker, s. 219.

<sup>133</sup> Liver, ZGB Art. 741 N.41.

<sup>134</sup> “Önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletmenin faaliyetinden zarar doğduğu takdirde, bu zarardan işletme sahibi ve varsa işleten müteselsilen sorumludur. Bir işletmenin, mahiyeti veya faaliyette kullanılan malzeme, araçlar ya da güçler göz önünde tutulduğunda, bu işlerde uzman bir kişiden beklenen tüm özenin gösterilmesi durumunda bile sıkça veya ağır zararlar doğurmaya elverişli olduğu sonucuna varılırsa, bunun önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletme olduğu kabul edilir. Özellikle, herhangi bir Kanunda benzeri tehlikeler arzeden işletmeler için özel bir tehlike sorumluluğu öngörülmüşse, bu işletme de önemli ölçüde tehlike arzeden işletme sayılır. Belirli bir tehlike hâli için öngörülen özel sorumluluk hükümleri saklıdır. Önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletmenin bu tür faaliyetine hukuk düzenince izin verilmiş olsa bile, zarar görenler, bu işletmenin faaliyetinin sebep olduğu zararlarının uygun bir bedelle denkleştirilmesini isteyebilirler.”

<sup>135</sup> Eren, *Borçlar Genel*, s. 565.

için özen yükümlülüğünün ihlâl edilmesi ya da zarar verenin kusuru aranmaz.

Bir işletmenin sık sık ve ağır tehlike doğuran bir faaliyet yürütmesi; bu faaliyet ile meydana gelen zarar arasında uygun illiyet bağının kurulması tehlike sorumluluğunun doğması için yeterlidir<sup>136</sup>. Tehlike sorumluluğu mutlak sebep sorumluluğu ya da sonuç sorumluluğu da değildir. Meydana gelen zarar tehlikeli faaliyet yürüten işletmeden kaynaklı bir zarar olmalıdır. Zarar işletmeye ait tipik tehlikeden kaynaklı olmadan bir dış etkenle doğmuşsa tehlike sorumluluğu doğmaz<sup>137</sup>. Tehlike sorumluluğu bir haksız fiil sorumluluğu da değildir. Zira zararın kaynağı bir insan davranışı değil, tehlikeli işletmenin faaliyetidir. Başka bir anlatımla zararın doğmasına sebebiyet veren bir insan değil; tehlikeli işletmenin kendisi ya da işletmede kullanılan enerji, araç, gereç, malzeme veya enerjinin çeşididir<sup>138</sup>.

Mecra hakkı sahibinin TBK m. 71 kapsamında tehlike sorumluluğu işletme ya da mecralara malik olmasından kaynaklı değildir. Mecra hakkı sahibi işleten ya da malik sıfatıyla tehlikeli bir işletme işletiyorsa tehlike sorumluluğu doğabilir. Yani her mecra hakkı sahibinin tipik tehlike meydana getiren bir işletmesinin olduğu savunulamaz. Mecra hakkı sahibinin işletmesi tehlike arz eden bir işletme ise TBK m. 71 anlamında bir sorumluluk gündeme gelebilir. Örneğin, baraj gibi büyük bir yapıyı işletmeyen bir su işletmesinin tehlike sorumluluğu söz konusu değildir. Buna karşılık petrol veya doğalgaz işletmesi işleten bir mecra hakkı sahibinin tehlike sorumluluğu doğabilir. Ayrıca petrol hakkı sahibinin kusursuz sorumluluğu özel olarak PK m. 86/II'de<sup>139</sup> açıkça düzenlenmiştir<sup>140</sup>. Mecra hakkı sahibi aynı zamanda petrol hakkı sahibi ise doğrudan doğruya özel hüküm olan PK m. 86/II uygulanır<sup>141</sup>.

<sup>136</sup> İhsan Uluşan, "Tehlike Sorumluluğu Üstüne", *İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 4(6), 1970, 23-57, s. 55.

<sup>137</sup> Motorlu araç işletenin sorumluluğunda ise sadece illiyet bağımlı kesen sebeplerle sorumluluk ortadan kalkar: Bkz. KTK m. 86.

<sup>138</sup> Eren, *Borçlar Genel*, s. 565.

<sup>139</sup> "Petrol hakkı sahibi; petrol ameliyeleri dolayısıyla kullanma hakkının taallük ettiği gayrimenkule veya bunun üzerindeki tesisler ile civarındaki gayrimenkul veya tesislere yaptığı zararı, kusur olup olmamasına veya yapılan zararın önceden tahmini mümkün bulunup bulunmamasına bakılmaksızın, tam olarak tazmin etmekte mükelleftir."

<sup>140</sup> Güzin Üçışık, "Tehlike Sorumluluğunun Genel Kural İle Düzenlenmesi", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu*, 2009, s. 127-146, s. 129.

<sup>141</sup> İlliyet bağımlı kesen sebeplerin varlığı hâlinde petrol hakkı sahibinin sorumluluğu ortadan kalkar. Bunun yanı sıra 6326 sayılı kanunda düzenlenen petrol hakkı sahibinin sorumluluğunun kapsamına bedensel zarar gibi kalemler girmez: Petek, s. 116.

Ancak petrol mecrası geçiren bir işletme her zaman için petrol hakkı sahibi olmayabilir. Petrol mecrası geçiren ve petrol hakkı sahibi olmayan mecra hakkı sahiplerine tehlike sorumluluğu şartlarının oluşması hâlinde TBK m. 71 uygulanmalıdır.

## 2. Mecra Hakkı Sahibinin Tehlike Sorumluluğunun Doğması İçin Gereken Şartlar

### a. Mecra hakkı sahibi tehlikeli bir işletme işletmelidir

Sorumluluğun doğması için zararın kaynağı bir işletme olmalıdır (TBK m. 71). Buradaki işletme kavramından kural olarak Ticaret Hukuku anlamında bir işletme anlaşılır<sup>142</sup>. TTK m. 11/1'e göre ticari işletme, " *esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletmedir.* " Ancak sık sık ve ağır bir tehlike doğuran işletme gerçek kişi, özel hukuk tüzel kişisi, ticari şirkete ait olmasına bakılmaksızın TBK m. 71'e göre tehlike sorumluluğunun kaynağı kabul edilmelidir. Başka bir anlatımla tehlikeli işletme mutlak surette ticari bir işletme olmak zorunda değildir. Mecra hakkı sahibi aynı zamanda tehlikeli bir işletmeye malikse veya bu işletmeyi işletiyorsa meydana gelen tipik tehlikeden de TBK m. 71'e göre sorumlu tutulmalıdır<sup>143</sup>. Kanaatimizce petrol, doğalgaz ya da elektrik dağıtımını yapan işletmeler tipik tehlike doğuran işletmelerdir ve bunların mecralarının geçtiği yerlerde de tipik tehlike gerçekleşebilir. Bu durumda mecraların işletilmesinden kaynaklı zararlardan mecra hakkı sahibi mecraların maliki sıfatıyla değil de işletme sahibi sıfatıyla TBK m. 71'e göre tehlike sorumluluğu kapsamında meydana gelen zararları tazmin etmelidir.

### b. Bu işletme, mahiyeti veya faaliyette kullanılan malzeme, araçlar ya da güçler göz önünde tutulduğunda, bu işlerde uzman bir kişiden beklenen tüm özenin gösterilmesi durumunda bile sıkça veya ağır zararlar doğurmaya elverişli olmalıdır

Bir işletme niteliği, faaliyette kullanılan malzeme, araç veya enerjinin güçlerin mahiyeti gereği çevreye sık sık ya da ağır bir şekilde zarar veriyorsa tehlikeli işletmedir. TBK m. 71'de iki tip tehlikeye işaret edilmektedir. Birinci tehlike zararın sık sık gerçekleşme ihtimali iken ikinci tehlike ise ağır

<sup>142</sup> Eren, *Borçlar Genel*, s. 570.

<sup>143</sup> Ayça Akkayan-Yıldırım, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Düzenlemeleri Çerçevesinde Kusursuz Sorumluluğun Özel Bir Türü Olarak Tehlike Sorumluluğu", *İÜHFİM*, LXX (1) 2012, 203-220, s. 211.

bir zararın gerçekleşmesi ihtimalidir<sup>144</sup>. Bu işletmelerin çevreye zarar verme konusunda tipik ve özel bir eğilimi vardır. Bazı tehlikeli işletmelerin sık sık çevreye zarar verme eğilimi bulunmaktadır<sup>145</sup>. Bazı tehlikeli işletmelerin ise ağır zararlara sebebiyet verme eğilimi vardır. Bir hidroelektrik barajın çökmesi veya yıkılması, bir atom reaktörünün parçalanması veya radyoaktif madde sızdırması ağır zararlara örnek verilebilir<sup>146</sup>. Bazı işletmelerin ise hem sık sık hem de ağır zararlara sebebiyet verme eğilimi bulunabilir. Sık sık veya ağır şekilde zarar vermeyen bir işletme TBK m. 71'e göre önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletme olmadığı için her mecra hakkı sahibinin TBK m. 71'e göre sorumlu olduğu kabul edilemez. Başka bir anlatımla mecra hakkı sahibi önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletme işletmiyorsa TBK m. 71 kapsamında sorumlu tutulamaz. Mecralardan ya da işletmeden kaynaklı bir zarar meydana gelmiş olsa da bu sonuç değişmez. Ancak mecra hakkı sahibi önemli ölçüde tehlike oluşturan bir işletme işletiyorsa TBK m. 71'e göre sorumlu tutulur.

### c. İşletmenin tipik tehlikesi ile meydana gelen zarar arasında illiyet bağı olmalıdır

Tehlike sorumluluğunun doğması için aranan son şart, işletmenin tipik tehlikesi ile meydana gelen zarar arasında uygun illiyet bağının bulunmasıdır. Bu sorumluluğun doğması için işletmeye özgü tipik tehlikenin gerçekleşmesi sonucu bir zarar meydana gelmiş olması ve zarar ile işletmeye özgü tipik tehlike arasında uygun illiyet bağının bulunması gereklidir<sup>147</sup>. Tehlike sorumluluğunda da kurtuluş kanıtı getirme imkânı bulunmamaktadır. İşletme sahibi ya da işleten gerekli tüm dikkat ve özeni gösterdiğini ispatlayarak sorumluluktan kurtulamaz. Bu bağlamda zarar, mecra hakkı sahibinin işlettiği işletmenin tipik tehlikesinden doğmuşsa mecra hakkı sahibinin de kurtuluş kanıtı getirerek sorumluluktan kurtulma şansı yoktur. TBK m. 71/IV'e göre<sup>148</sup> işletme faaliyetine ve faaliyette kullanılan malzemelere hukuk düzenince izin verilmiş olsa da mecra hakkı sahibi diğer şartların varlığı hâlinde TBK m. 71 kapsamında sorumlu tutulur. Örneğin, petrol dağıtım yapan mecra

<sup>144</sup> Tandoğan, *Kusura Dayanmayan*, 26; ayrıca bkz. ULUSAN, s. 35.

<sup>145</sup> Motorlu taşıtlar sık sık zarara sebebiyet veren nesnelere örnek verilebilir: Eren, *Borçlar Genel*, s. 571.

<sup>146</sup> Eren, *Borçlar Genel*, s. 571.

<sup>147</sup> Eren, *Borçlar Genel*, s. 572.

<sup>148</sup> “Önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletmenin bu tür faaliyetine hukuk düzenince izin verilmiş olsa bile, zarar görenler, bu işletmenin faaliyetinin sebep olduğu zararlarının uygun bir bedelle denkleştirilmesini isteyebilirler.”

hakkı sahibi bir işletmenin maliki, tipik tehlikenin gerçekleşmesiyle bir zarar meydana geldiğinde petrol dağıtımına devlet tarafından müsaade verildiği için sorumluluktan kurtulamaz. Ancak burada zarar görenin zararının tazmini uygun bir denkleştirme şeklindedir. Öte yandan zarar görenin ağır kişisel kusuru illiyet bağı kestigi için konumuz itibariyle mecra hakkı sahibi tehlike sorumluluğundan kurtulur. Buna karşılık zarar görenin kusurunun illiyet bağı kesecek seviyede ağır olması gerekir<sup>149</sup>. Aynı şekilde mücbir sebep ve üçüncü kişinin ağır kusuru her somut olayda illiyet bağı kesmez<sup>150</sup>.

## SONUÇ

Mecraların sebebiyet verdiği zararlar bakımından, mecra hakkı sahibi haksız fiil sorumluluğunun yanı sıra taşınmaz malikinin sorumluluğu, yapı malikinin sorumluluğu ve tehlike sorumluluğu gibi kusursuz sorumluluk hâlleriyle de sorumlu tutulabilmelidir. Mecra hakkı sahibi, irtifak hakkını ya da mecralar üzerindeki mülkiyet hakkını taşkın kullanarak kişiye ya da eşyaya yönelik zarar vermiş olabilir. Mecra hakkı sahibi, hakkını taşkın kullanırsa; taşınmaz malikinin sorumluluğu kapsamında komşuluk ilişkisinin bulunduğu kişilere karşı mecraların sebebiyet verdiği maddi ve manevi zararları tazmine mecburdur. Mecra hakkı sahibinin işletmesi ve mecraları, yapı ya da yapı eseri niteliğine sahip olduğu için binaların yapımındaki bozukluk veya bakımındaki eksiklikten dolayı zarar gören üçüncü kişilerin zararını, yapı malikinin sorumluluğu kapsamında tazmine mecburdur. Mecra hakkı sahibi yüklü taşınmazda yer alan mecraların, yalnızca kullanım hakkına sahip ve mecraların maliki değilse de mecraların bakımındaki eksiklikten doğan zararları, yapı malikinin sorumluluğu (TBK m. 69) kapsamında -kusursuz

<sup>149</sup> “Ne var ki, hükme esas alınan bilirkişi raporunda tellerin olması gereken emniyet mesafesinden daha fazla uzaklıkta olduğu ve dava konusu olayın müteveffanın dikkatsizliği ve tedbirsizliği sonucunda meydana geldiği belirtilmiş olmasına karşın, bu raporda, davalı ... şirketinin, kusursuz sorumluluk kapsamında yer alan tehlike sorumluluğuna ilişkin değerlendirmeye yer verilmemiş olup, bu yönüyle bilirkişi raporunun dava konusu olay içeriğine uygun ve hükme esas alınabilecek nitelik ve yeterlilikte olmadığı anlaşılmaktadır. Bununla birlikte ilk derece mahkemesince hükme esas alınan rapordaki değerlendirmelere dayanarak murisin ağır kusuru ile nedensellik bağının kesildiğine dair gerekçesinin de somut olay bakımından kabulü mümkün değildir. Zira, kusursuz sorumlu davalı ... her türlü özeni gösterse de zararın meydana gelmesini önleyemeyeceğinden nedensellik bağı kurulup sorumluluğu gerçekleşmiş bulunmaktadır. Kaldı ki müteveffanın kusuru, davalı ... ile eylem arasındaki nedensellik bağı kesecek nitelikte olmamakla birlikte, davalı ... şirketinin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Bu husus, ancak tazminatın kapsamıyla ilgili olup, belirlenecek miktarın tayininde gözönüne alınmalıdır.”: Y. 3. HD. , 2020/1899 E. , 2020/4058 K. , aynı yönde bkz. Y. 3. HD, 13.11.2019 T. , 2018/7589 E. , 2019/9124 K., KİBB.

<sup>150</sup> Eren, *Borçlar Genel*, s. 572.

sorumlu olarak- tazmin etmelidir. Mecraların taşıdığı madde ya da enerji, tipik tehlike oluşturmaya elverişli ise; önemli tehlike arz eden işletmeyi işleten ya da işletme maliki sıfatını taşıyan mecra hakkı sahibi, tehlike sorumluluğu kapsamında da tipik tehlikenin gerçekleşmesiyle birlikte ortaya çıkan zararlardan kusursuz sorumludur. Petrol, doğalgaz ya da elektrik dağıtımını yapan işletmeler tipik tehlike doğuran işletmeler olarak kabul edilmelidir. Zira petrol, doğalgaz ya da elektrik mecralarının geçtiği yerlerde de tipik tehlike oluşabilir. Bu hâlde mecraların işletilmesinden kaynaklı zararlardan mecra hakkı sahibi, mecraların maliki sıfatıyla değil de işletme sahibi sıfatıyla TBK m. 71'e göre tehlike sorumluluğu kapsamında meydana gelen zararları tazmin etmelidir. Yapı malikinin sorumluluğu ve tehlike sorumluluğunda zararın tazmin edilmesi için zarar görenin mecra hakkı sahibiyle komşuluk ilişkisinin bulunması gibi bir şart aranmamaktadır. Tüm bu kusursuz sorumluluk hâllerinde mecra hakkı sahibinin kurtuluş kanıtı getirme imkânı yoktur. Ancak illiyet bağı kesen sebeplerin varlığı hâlinde mecra hakkı sahibi sorumluluktan kurtulabilir.

### KAYNAKÇA

- Akıntürk T, *Eşya Hukuku*, Beta Yayınevi, 2009.
- Akıpek, J G, *Eşya Hukuku (Aynî Haklar)*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1973.
- Akıpek, J G “Gayrimenkul Malikinın Mes’uliyetinin Kavram ve Mahiyeti”, *AÜHFD*, 11(1), 1954, s. 333-370.
- Akkayan-Yıldırım A, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Düzenlemeleri Çerçevesinde Kusursuz Sorumluluğun Özel Bir Türü Olarak Tehlike Sorumluluğu”, *İÜHFM*, 70(1), 2012, s. 203-220.
- Ayan, M, *Eşya Hukuku -II- Mülkiyet*, Güncelleştirilmiş 6. Baskı, Mimoza, 2014 (Ayan, *Mülkiyet*).
- Ayan, M, *Eşya Hukuku C. III Sınırlı Aynî Haklar*, Güncelleştirilmiş 6. Baskı, Mimoza, 2014 (Ayan, *Sınırlı Aynî Haklar*).
- Brucker F, *Das nachbarrechtliche Durchleitungsrecht unter Berücksichtigung von Lehre und Rechtsprechung zum Notwegrecht, zum Überbaurecht und zum Notbrunnenrecht*, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1991.
- Çörtoğlu İ S, *Komşuluk Hukukunda Taşınmaz Mülkiyetinin Kullanılmasının Çevreye Etkileri ve Sonuçları*, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi, 1982.
- Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Yetkin Yayınları, 2020 (Eren, *Borçlar Genel*).
- Eren F, *Mülkiyet Hukuku*, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, 2016 (Eren, *Mülkiyet Hukuku*).
- Eren F, *Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1975 (EREN, *Uygun İlliyet*).
- Esener T / Güven K, *Eşya Hukuku*, Genişletilmiş 5. Baskı, Yetkin Yayınları, 2012.
- Feyzioğlu F N/ Doğanay Ü/ Aybay A, *Eşya Hukuku Dersleri*, İstanbul Üniversitesi Fakülteler Matbaası, 1968.
- Furrer A/Schnyder K, *Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, Schulthess Verlag, 2016.
- Breitschmid P/Jungo A, *Sachenrecht : Art. 641-977 ZGB*. 3. Auflage, Schulthess Verlag, 2016.

- Hausheer H/Walter H P, *Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41 - 61 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht Berner Kommentar*, Bern, 2013.
- Hurlimann-Kaup B, “Leitungsdienstbarkeiten im Sinn von Art. 676 ZGB / V. - VII.”, LBR - Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft Band/Nr. 115, Dienstbarkeiten Referate der Luzerner Weiterbildungsveranstaltung vom 13. September 2016, 2017, s. 77-92.
- Kılıçoğlu A M, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 17. Baskı, Turhan Kitabevi, 2013 (Kılıçoğlu, *Borçlar Genel*).
- Meier-Hayoz A, *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht-Sachenrecht*, Stämpfli Verlag, 1975 (Meier-Hayoz).
- Oğuzman M K, *Eşya Hukuku Dersleri*, Fakülteler Matbaası, 1965 (Oğuzman, *Eşya*).
- Oğuzman M K/Öz T, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Gözden Geçirilmiş 14. Bası, Vedat Kitapçılık, 2016.
- Oğuzman M K/Seliçi Ö/Oktay-Özdemir S, *Eşya Hukuku*, Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş 22. Baskı, Filiz Kitabevi, 2020.
- Öcal Apaydın B. “Elektrik Enerjisi Nakil Hatlarının Yol Açtığı Zarardan Sorumluluk” *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 27(2), 2019, s.307-344.
- Özakman C, *Türk Hukukunda Mecra İrtifakları*, Fakülteler Matbaası, 1978.
- Petek H, *Taşınmaz Malikinin Hukuka Uygun Taşkınlıklardan Sorumluluğu, Yetkin Yayınları*, 2005.
- Saymen F H/Elbir H K, *Türk Eşya Hukuku (Aynî Haklar)*, Hak Kitabevi, 1954.
- Sirmen L, *Eşya Hukuku*, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, 2020.
- Tandoğan, H, *Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk*, Turhan Kitabevi, 1981 (TANDOĞAN, *Kusura Dayanmayan*).
- Tandoğan H, *Türk Mesuliyet Hukuku*, 1961 yılı birinci basıdan tıpkıbasım, Vedat Kitapçılık, 2010 (TANDOĞAN, *Mesuliyet*).
- Ulusan İ, “Tehlike Sorumluluğu Üstüne”, *İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 4(6), 1970, s. 23-57.
- Üçışık G, “Tehlike Sorumluluğunun Genel Kural İle Düzenlenmesi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu*, 2009, s. 127-146.

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

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068  
Cilt / Volume XXVII Nisan / April 2023 Sayı / No. 2

**TÜRK – İSVİÇRE HUKUKUNDA HAK ZİLYETLİĞİ**

**RIGHT POSSESSION IN TURKISH – SWISS LAW**

**Hüseyin TOKAT\***  

**ÖZET**

[10.34246/ahbvuhfd.1203013](https://doi.org/10.34246/ahbvuhfd.1203013) 

*Hak zilyetliği, TMK m. 973/II'de düzenlenmiştir. Hükmün lafzına göre, hak zilyetliği, taşınmaz üzerindeki irtifak haklarında ve taşınmaz yükünde söz konusu olur. Hak sahibi olumlu taşınmaz lehine irtifaklarda yüklü taşınmaz üzerinde TMK m. 973/I anlamında eşya zilyetliğine sahiptir. Buna karşılık olumsuz taşınmaz lehine irtifaklarda, hak sahibinin eşya üzerinde zilyetliği söz konusu değildir. Hak zilyetliğinin uygulama alanı, olumsuz irtifak hakları ve taşınmaz yükü ile sınırlıdır. Hak zilyetliği ancak hak sahibi kimsenin hakkını fiilen kullanması durumunda söz konusu olur. Olumsuz irtifaklarda kanun anlamında hakkın kullanılması özellikle yüklü taşınmaz malikinin hakka riayet etmek için belirli davranışlardan kaçınması veya irtifak hakkı sahibinin hakkını yüklü taşınmazın malikine karşı ileri sürmesi suretiyle gerçekleşir. Taşınmaz yükünde ise kararlaştırılan edimlerin taşınmaz maliki tarafından yerine getirilmesi ya da alacaklı tarafından bu edimlerin yerine getirilmesinin talep edilmesi esas alınmaktadır. Hak zilyetliğinin söz konusu olabilmesi için olumsuz irtifak haklarının veya taşınmaz yükünün tapu siciline tescili şart değildir. Zilyetliğe ilişkin hükümlerden hangilerinin hak zilyetliğine de uygulanabileceği düzenlenmemiştir. Bu nedenle hangi hükümlerin uygulanacağı her bir somut olay bakımından belirlenir.*

\* **Dr. Öğr. Üyesi**, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı/  
KONYA, **e-posta:** huseyintokat7861@gmail.com, **ORCID:** 0000-0001-9814-8633  
**DOI:** 10.34246/ahbvuhfd.1203013

\* **İntihal / Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / *This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.*

**Anahtar Kelimeler:** İrtifak hakkı, taşınmaz yükü, hakkın fiilen kullanılması, zilyetlik, zamanaşımı, zilyetliğin korunması.

### ABSTRACT

Right possession is regulated in Article 973(2) of the Turkish Civil Code. According to the wording of the law, right possession is in question in the servitudes on the immovable property and in the real burden. However, it should be noted that in the case of positive predial servitudes, the holder of the right has possession over the servient property within the meaning of Article 973(1) of the Turkish Civil Code. On the other hand, in the negative predial servitudes, the holder of the right does not have possession over the property. Therefore, the scope of application of right possession is limited to the rights of negative servitudes and real burden. Right possession shall only exist if the holder of the right actually exercises the right. In the case of the negative servitudes, the exercise of the right within the meaning of the law is realised by the fact that the owner of the servient property has abstained from certain acts in order to respect to the right or the holder of the servitude has asserted his right against the owner of the servient immovable. In the case of real burden, it is taken as a basis the execution of the agreed considerations by the owner of immovable or demanding them by the creditor. Registration of the negative servitudes or real burden in the land registry is not required in order for the right possession is in question. The legislator has not regulated which of the provisions on possession are applicable to the right possession. Therefore, which of provisions applies is determined in each individual case.

**Keywords:** Servitude, real burden, the actual exercise of the right, possession, prescription, protection of possession.

### EXTENDED ABSTRACT

The exercise of the right by the holder of the right in the servitudes on the immovable property and the real burden, which does not allow actually domination over the immovable property, is considered equal to the possession over the property, and this situation is expressed as the right possession in the doctrine.

The subject of this study is the regulation on the right possession. In terms of Turkish Civil Law, the subject of the study has been examined from a comparative perspective, especially since the legal regulations in Swiss Law and scientific views are important in the interpretation of the provisions of the law. Although right possession is clearly regulated in the Turkish-Swiss Civil Codes, the fact that there are few studies on the right possession in the literature constitutes the reason for the examination of this issue.

Right possession is regulated in Article 973(2) of the Turkish Civil Code. According

to this provision, the actually exercises the right in the servitudes on the immovable property and in the real burden is considered possession. It is not possible to establish possession over rights. With the regulation regarding the right possession, it is aimed not to establish possession over the right, but to benefit from the legal protection given to the possession of the holder of the right who actually exercise his right.

As it can be understood from this provision, right possession is not in question in terms of all kinds of rights. Right possession is possible only in some real rights that do not allow actually domination over the property. There is no right possession, on the other hand, in real rights, such as right of ownership or right of usufruct, which authorize possession over the property. Real rights suitable for right possession are limited to those stipulated by the legislator. As a matter of fact, in Turkish Law, the legislator has clearly limited the application area of the right possession to the servitudes on the immovable property and the real burden.

Positive servitudes, the holder of the right has possession on the servient immovable property. For this reason, it is not necessary to accept right possession in positive servitudes. In negative servitudes, the holder of the right does not have the authority to establish actually domination over the immovable property which is the subject of the servitude, and in connection with this, he does not have possession of the property. For this reason, right possession has a practical importance not in positive servitudes, but in negative servitudes.

Servitude established on the immovable property can also be established in the form of personal servitude. In the regulation regarding the right possession, only the servitudes on the immovable property has been mentioned. However, since the servitude on the immovable property can be established in the form of predial servitude or personal servitude, it is possible for the right possession to be established in predial servitude or personal servitude.

Another limited real right in which the right possession can be established is the real burden. Because, in the real burden, the holder of the right does not have the actually domination over the immovable property. For this reason, there is no possession over the property in the real burden. Despite the explicit provision of the Turkish-Swiss Civil Codes, it is discussed in the Turkish-Swiss doctrine increasing the rights that may be the subject of the right possession. In terms of Turkish Law, the opinion that does not include rights such as intellectual property rights, trade name and right to claim in the field of application of right possession should be prevailed.

Right possession only comes into question in the case of “actual exercise of the right” by the holder of the right. The actual exercise of the right is realized by asserting the authority arising from the real right which is the subject of the right possession.

In addition, it is controversial whether registration in the land registry is necessary in order to be asserted the right possession in Turkish-Swiss Law. The view that



*registration in the land registry is not necessary for the assertion of the right possession should be accepted.*

*The legislator has not regulated which of the provisions on possession are applicable to the right possession. Therefore, which of provisions applies is determined in each individual case.*

## GİRİŞ

Tarihi temeli Roma ve Cermen Hukuku'na uzanan *zilyetlik* kavramı, Türk Medenî Kanunu'nda<sup>1</sup> açıkça tanımlanmamıştır<sup>2</sup>. Fakat TMK m. 973/I'de “*Bir şey üzerinde fiili hâkimiyeti bulunan kimse, onun zilyedir*” hükmüne yer verilerek *zilyet* kavramının tanımı yapılmıştır<sup>3</sup>. Bu düzenlemeden hareketle, zilyetliğin<sup>4</sup> “*bir şey üzerinde fiili hâkimiyete sahip olma*” şeklinde anlaşılması gerektiği sonucuna ulaşılabilir<sup>5</sup>.

Hukuk düzeni, toplumsal huzur ve güvenin tesis edilebilmesi adına, bir şey üzerindeki fiili hâkimiyetin sürdürülmesini amaçlamaktadır. Öyle ki zilyetliği, mevcut olan fiilî durumun bozulmaması için gerisinde bir hakka dayanıp dayanmadığına bakmadan korumuş ve bu fiilî hâkimiyet durumuna

<sup>1</sup> RG., 8.12.2001, S. 24607.

<sup>2</sup> Eda Şahin Şengül, “Türk Medenî Kanunu Kapsamında Taşınırlarda Zilyetliğin Korunması”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 26 (2), 2022, s. 170; Gülşah Vardar Hamamcıoğlu, *Medenî Hukuk'ta Tasarruf İşlemi Kavramı*, On İki Levha Yayıncılık, 2014, s. 11; Mehmet Ünal / Veysel Başpınar, *Şekli Eşya Hukuku*, 12. Baskı, Savaş Yayınevi, 2021, s. 104; Osman Gökhan Antalya / Murat Topuz, *Eşya Hukuku, C. IV/1*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 187-188; Turhan Esener / Kudret Güven, *Eşya Hukuku*, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, 2019, s. 75.

<sup>3</sup> Benzer şekilde İsviçre Medenî Kanunu'nun 919'uncu maddesinin birinci fıkrasında bir eşya üzerindeki fiili hâkimiyete sahip olan kimsenin onun zilyedi olduğu hüküm altına alınmıştır.

<sup>4</sup> Zilyetliğin “bir şey üzerinde fiili hâkimiyete sahip olma” şeklinde anlaşılması *dar anlamda zilyetliği* ifade eder. Bkz., Jale G. Akipek / Turgut Akıntürk / Derya Ateş, *Eşya Hukuku*, 2. Baskı, Beta, 2018, s. 109; Mehmet Akçaal, *Eşya Hukuku*, Yetkin Yayınları, 2021, s. 45, dn. 2. Ancak böyle bir tanımlama, eşya üzerinde fiili hâkimiyete sahip olmadıkları hâlde zilyet sayılan kişilerin varlığı ve zilyetliğin sadece fiilî bir hâkimiyet durumundan ibaret olmaması açısından eksik kalır. Bu yönde bkz., Mehmet Ayan, *Eşya Hukuku -I- Zilyetlik ve Tapu Sicili*, 14. Baskı, Adalet Yayınevi, 2020, s. 69-70.

<sup>5</sup> Ayan, s. 69; A. Lâle Sirmen, *Eşya Hukuku*, 9. Baskı, Yetkin Hukuk Yayınları, 2021, s. 42-43; Betül Özlük, “Mülkiyet ve Zilyetlik Üzerine Düşünceler”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 27 (1), 2019, s. 154; M. Kemal Oğuzman / Özer Seliçi / Saibe Oktay – Özdemir, *Eşya Hukuku*, 23. Baskı, Filiz Kitabevi, 2021, N. 275.

bazı hukukî sonuçlar bağlamıştır<sup>6</sup>. Ancak eşya üzerinde fiilî hâkimiyet imkânı vermeyen bazı aynî hakların olması ve bu hâkimiyetin varlığından hareketle haklar arasında ayırım yapılması (olumlu irtifak ve olumsuz irtifak gibi) ve bunların birbirlerinden farklı muameleye tâbi tutulması bu amacı sekteye uğratmıştır. Bu nedenle Türk – İsviçre Medenî Kanunlarında eşya üzerinde fiilî hâkimiyetin bulunmadığı bazı istisnâî hâllere de zilyetliğe tanınan hukukî korumanın sağlanacağı öngörülmüştür<sup>7</sup>. Gerçekten eşya üzerinde fiilî hâkimiyet imkânı vermeyen taşınmaz üzerindeki irtifak (olumsuz) haklarında ve taşınmaz yükünde hak sahibinin hakkını fiilen kullanması, eşya zilyetliğine eş değer (eşit) sayılmakta ve bu durum öğretilerde *hak zilyetliği* olarak ifade edilmektedir. Bu sayede eşya üzerinde fiilî hâkimiyete sahip olmayan ve fakat hakkını fiilen kullanan hak sahibi, başta zilyetliğin korunması ve kazandırıcı zamanaşımı olmak üzere zilyetliğe tanınan hukukî korumadan yararlanmaktadır.

Bu çalışmanın konusunu da hak zilyetliğine ilişkin düzenleme teşkil etmektedir. Türk Medenî Hukuku bakımından kanun hükümlerinin yorumlanmasında bilhassa İsviçre Hukuku'ndaki yasal düzenlemeler ve buna ilişkin bilimsel görüşler belirleyici olduğundan, çalışma konusu mukayeseli bir bakış açısıyla incelenmiştir. Hak zilyetliği, Türk – İsviçre Medenî Kanunlarında açıkça düzenlenmiş olmasına rağmen öğretilerde hak zilyetliğine ilişkin yapılan çalışmaların sınırlı düzeyde kalması, bu konunun ele alınmasının sebebini oluşturmaktadır.

Esas itibarıyla üç bölümden oluşan bu çalışmanın ilk bölümünde (I.); Türk – İsviçre Hukukunda hak zilyetliği kavramı üzerinde durulmuştur. Bu başlık altında bilhassa hak zilyetliğinin amacı ve hak üzerinde zilyetliğin söz konusu olup olamayacağı hususu ele alınmıştır. Çalışmanın ikinci bölümünde (II.); hak zilyetliğinin unsurları incelenmiştir. Bu başlık altında, öncelikle hak zilyetliğine elverişli hakların (II., A.) kapsamına hangi hakların girebileceği tespit edilmiş; bunun ardından hak zilyetliğinin en önemli ve aslında yegâne koşulu olan hakkın fiilen kullanılması (II., B.) değerlendirilmiştir. Son olarak, hak zilyetliğinin ileri sürülebilmesi için tapu siciline tescilin gerekli olup olmadığı öğretilerde tartışmalı olduğundan, tescilin gerekliliği soruna ayrı bir başlık (II., C.) altında yer verilmiştir. Üçüncü bölümde ise (III.); hak zilyetliğine uygulanabilecek hükümler üzerinde durulmuştur. Türk –

<sup>6</sup> Ayan, s. 77; Sirmen, s. 41; Ünal / Başpınar, s. 111.

<sup>7</sup> Sirmen, s. 42.

İsviçre Medenî Kanunlarında zilyetliğe ilişkin hükümlerden hangilerinin hak zilyetliği için de uygulama alanı bulacağı düzenlenmediğinden, bu başlık altında sadece zilyetliğin korunmasına (III., B.) ve zamanaşımıyla kazanmaya ilişkin kuralların (III., C.) hak zilyetliği bakımından uygulama alanı bulup bulamayacağı hususuna değinilmiştir. Sonuç bölümünde ise, çalışmada tespit edilen sorunlara ilişkin önerilere yer verilmiştir.

## I. HAK ZİLYETLİĞİ KAVRAMI

TMK m. 973/I (ZGB Art. 919/I) gereğince dar anlamda zilyetlik, taşınır ya da taşınmaz bir eşya üzerindeki fiilî hâkimiyeti ifade eder ve bu durum eşya zilyetliği (*Sachbesitz*) olarak adlandırılır<sup>8</sup>. TMK m. 973/II (ZGB Art. 919/II) hükmünde ise *hak zilyetliği (Rechtsbesitz)*<sup>9</sup> düzenleme altına alınmıştır<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> İsviçre Hukuku bakımından bu yönde bkz., Dominik Schmid / Caroline von Graffenried, iç. Jolanta Kren Kostkiewicz / Stephan Wolf / Marc Amstutz / Roland Fankhauser (Ed.), *ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, OFK – Orell Füssli Kommentar*, 4. Auflage, Orell Füssli Verlag AG, 2021, Art. 919, N. 24; Jörg Schmid / Bettina Hürlimann-Kaup, *Sachenrecht*, 5. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, 2017, § 3 N. 118; Nicolas Fuchs, *Die Besitzschutzklagen nach Art. 927 ff. ZGB, Mit rechtsvergleichenden Hinweisen und unter besonderer Berücksichtigung der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)*, Dike Verlag, 2018, N. 50; Pascal Simonius / Thomas Sutter, *Schweizerisches Immobilienrecht, Band I: Grundlagen, Grundbuch und Grundeigentum*, Helbing Lichtenhahn Verlag, 1995, § 9, N. 15; Peter Tuor / Bernhard Schnyder / Jörg Schmid / Alexandra Jungo, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, 14. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, 2015, § 90 N. 22; Ruth Arnet / Paul Eitel, iç. Peter Breitschmid / Alexandra Jungo (Ed.), *CHK – Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Sachenrecht, Art. 641-977 ZGB*, 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, 2016, Art. 919, N. 6; Stephanie Hrubesch-Millauer / Barbara Graham-Siegenthaler / Vito Roberto, *Sachenrecht*, 5. Auflage, Stämpfli Verlag AG, 2017, N. 02.56; Tanja Domej / Céline P. Schmidt, iç. Andrea Büchler / Dominique Jakob (Ed.), *Kurzkommentar ZGB*, 2. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2018, Art. 919, N. 1; Thomas Sutter - Somm, *Schweizerisches Privatrecht, Band 5, Sachenrecht, 1. Teilband, Eigentum und Besitz*, 2. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2014, § 64, N. 1178. Türk Hukuku bakımından bu yönde bkz., Akçaal, *Eşya*, s. 56; Akipek / Akıntürk / Ateş, s. 126; Ayan, s. 83; Haluk Nami Nomer / Mehmet Serkan Ergüne, *Eşya Hukuku*, 9. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2022, s. 34; Selâhattin Sulhi Tekinay / Sermet Akman / Halûk Burcuoğlu / Atilla Altop, *Tekinay Eşya Hukuku*, 5. Baskı, Filiz Kitabevi, 1989, s. 59; Şeref Ertuş, *Eşya Hukuku*, 12. Baskı, Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi, 2015, s. 35.

<sup>9</sup> Hak zilyetliği yerine “*haklarda zilyetlik*” ifadesi için bkz., Ferit H. Saymen / Halid K. Elbir, *Türk Eşya Hukuku Dersleri*, Filiz Kitabevi, 1963, s. 49; Ertuş, s. 35.

<sup>10</sup> İsviçre Hukuku’nda hak zilyetliği için bkz., A. Homberger, *Kommentar zum Schweizerischen Gesetzbuch, Band IV: Das Sachenrecht, Dritte Abteilung: Besitz und Grundbuch, Art. 919-977*, 2. Auflage, Schulthess & Co., 1938, Art. 919 N. 19 vd.; Arnet / Eitel, *CHK ZGB*, Art. 919, N. 6; Domej / Schmidt, *KUKO ZGB*, Art. 919, N. 1, 21; Emil W. Stark / Barbara Lindenmann, *Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Der Besitz, Art. 919-941 ZGB*, 4. Auflage, Stämpfli Verlag AG, 2016, Art. 919, N. 62 vd.; Fuchs, N. 50; Hrubesch-Millauer / Graham-Siegenthaler / Roberto, N. 02.56; Heinz Rey, *Berner Kommentar zum*

Söz konusu hüküm, “*Taşınmaz üzerindeki irtifak haklarında ve taşınmaz yüklerinde hakkın fiilen kullanılması zilyetlik sayılır*” şeklindedir. Böylece kanun koyucunun öğretide<sup>11</sup> hak zilyetliği olarak da adlandırılan *haklar* üzerinde zilyetliğe olanak sağladığı düşünülebilir<sup>12</sup>. Zira hak zilyetliği ifadesi ilk bakışta haklar üzerinde de zilyetliğin söz konusu olabileceği intibamı uyandırmaktadır. Oysa cismanî bir varlığı olmayan haklar üzerinde zilyetlik kurulabilmesi mümkün değildir<sup>13</sup>. Hak zilyetliğine ilişkin düzenlemeyle

*schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Band IV, Das Sachenrecht, 2. Abteilung, Die beschränkten dinglichen Rechte, Die Dienstbarkeiten und Grundlasten, 1. Teilband, Die Grunddienstbarkeiten, Lieferung 1, Systematischer Teil und Kommentar zu Art. 730 und 731 ZGB*, 2. Auflage, Verlag Stämpfli & Cie AG, 1981, Systematischer Teil, N. 117 vd.; Schmid / Hürlimann-Kaup, N. 119; Schmid / von Graffenried, *OFK ZGB*, Art. 919, N. 24; Wolfgang Ernst / Samuel Zogg, *Sachenrecht*, 3. Auflage, Dike Verlag, 2020, § 5, s. 39-40. Türk Hukuku’nda hak zilyetliği için bkz., Ahmet M. Kılıçoğlu, *Eşya Hukuku*, Turhan Kitabevi, 2021, s. 14-15; Akçaal, *Eşya*, s. 57; Akipek / Akıntürk / Ateş, s. 127; Antalya / Topuz, s. 201; Ayan, s. 84; Hüseyin Hatemi, *Eşya Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 18; Ertuş, s. 35-36; Esener / Güven, s. 85; Kemal T. Gürsoy / Fikret Eren / Erol Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, Sevinç Matbaası, 1978, s. 94; Nomer / Ergüne, s. 34-35; Rona Serozan, *Eşya Hukuku I*, 3. Baskı, Filiz Kitabevi, 2014, s. 115-116; Safa Reisoğlu, *Türk Eşya Hukuku, C. 1, Giriş – Zilyetlik – Tapu Sicili ve Kadastro ve Tapu Tahriri Kanunu – Tapulama Kanunu*, 6. Baskı, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1980, s. 33; Saymen / Elbir, s. 33; Sirmen, s. 49; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 60; Ünal / Başpınar, s. 115.

<sup>11</sup> Türk – İsviçre Medenî Kanunlarında hak zilyetliği kavramı içerik itibarıyla düzenlenmiş olsa bile (TMK m. 973/II; ZGB Art. 919/II), “*hak zilyetliği*” terimi açıkça kullanılmamıştır. Bu nedenle hak zilyetliğine ilişkin kanunî bir tanım bulunmamaktadır. Bkz., Rey, Systematischer Teil, N. 117-118. Alman Medenî Kanunu’nda (BGB) ise, hak zilyetliğine (*Rechtsbesitz*) ilişkin genel bir düzenleme bulunmamakla birlikte, BGB § 1029’da “*Hak Zilyedinin Zilyetliğinin Korunması (Besitzschutz des Rechtsbesitzers)*” hüküm altına alınarak hak zilyetliği kavramına açık bir şekilde yer verilmiştir. Alman Hukuku’nda hak zilyetliği için bkz., Christian Berger, iç. Rolf Stürmer (Ed.), *Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch*, 18. Auflage, C.H.Beck 2021, BGB § 1029, N. 1-5; Hanns Prütting, *Sachenrecht*, 37. Auflage, C.H.Beck, 2020, N. 890; Jochen Mohr, iç. Reinhard Gaier (Redakteur), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB Band 8, Sachenrecht §§ 854-1296, WEG, ErbbauRG*, 8. Auflage, C.H.Beck, 2020, BGB § 1029, N. 1-8; Johannes Weber, iç. Thomas Diehn / Christian A. Heinze (Ed.), *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen: Buch 3, Sachenrecht, BGB. §§ 925-984; Anh zu §§ 929-931*, Redaktor: Sebastian Herrler, Otto Schmidt / De Gruyter, 2020, BGB § 1029, N. 1-16; Sebastian Herrler, iç. Otto Palandt (Ed.), *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen*, 79. Auflage, C.H.Beck, 2020, BGB § 1029, N. 1.

<sup>12</sup> Sutter – Somm, § 64, N. 1186. Alman Hukuku bakımından da hak zilyetliği teriminin yanltıcı olduğu ve hak zilyedinin zilyetliğinin korunmasına ilişkin BGB § 1029 hükmünün, hakların zilyetliğe konu teşkil edemeyeceği gerçeğini değiştirmediği ifade edilmektedir. Bkz., Thomas Hoeren, iç. Gerhard Ring / Alfred Keukenschrijver / Herbert Grziwotz (Ed.), *Nomos Kommentar BGB Sachenrecht, Band 3: § 854-1296*, 4. Auflage, Nomos, 2016, BGB Vor. §§ 854 vd., N. 7.

<sup>13</sup> Tuor / Schnyder / Schmid / Jungo, § 90 N. 21; Nomer / Ergüne, s. 25; Serozan, s. 115. Benzer şekilde *Sirmen*’e göre, “... cismanî bir varlığı olmayan haklar üzerinde de zilyetlik

de zilyetliğin özel bir türü yani hak üzerinde zilyetlik yaratılmış değildir<sup>14</sup>. Hukuk düzeni daha ziyade zamanaşımıyla kazanma (*Ersitzung*) ve zilyetliğin korunması (*Besitzschutz*) başta olmak üzere zilyetliğin hukukî etkilerinin eşya üzerinde fiilî hâkimiyetin bulunmadığı münferit durumlarda ortaya çıkmasına izin vermeyi amaçlamaktadır<sup>15</sup>.

TMK m. 973/II'de geçen “zilyetlik sayılır” ifadesi de hak zilyetliğinin

bulunmaz. Gerçi, MK 973/II'de, “irtifak haklarında ve taşınmaz yüklerinde” zilyetlikten söz edilmişse de, gerçekte bu hükümle, haklar üzerinde de zilyetlik kurulabileceği değil, irtifak haklarında ve taşınmaz yüklerinde hak sahiplerinin eşya üzerinde fiilî hâkimiyetleri bulunmasa dahi, bu hakların fiilen kullanılmasının eşya üzerindeki zilyetliğe eşit sayılacağı belirtilmek istenmiştir.” (bkz., a.g.e., s. 48). Aynı yönde Oğuzman / Seliçi / Oktay – Özdemir'e göre de, “...Cismani varlığı olmayan haklar üzerinde zilyetlikten söz edilemez. Doktrinde hak zilyetliğini düzenlediği bildirilen MK. m. 973 hükmü hak üzerinde zilyetliği değil, eşya üzerinde fiilî hâkimiyet kurmaya elverişli olmayan irtifaklar ve taşınmaz yükünde, bu hakların kullanılmasının zilyetliğe eşit sayılmasını ifade eder.” (bkz., Oğuzman / Seliçi / Oktay – Özdemir, N. 301). Benzer yönde Özkaya'ya göre, “Medeni Kanunun 973. maddesinin 2. fıkrasındaki “taşınmaz üzerindeki irtifak haklarında ve taşınmaz yüklerinde hakkın fiilen kullanılması zilyetlik sayılır” şeklindeki hükmü hak üzerinde kurulmuş bir zilyetliği değil, hakkın fiilen kullanılmasının zilyetliğe eşdeğer olarak kabul edileceğini ifade etmektedir. Esasen bu husus madde hükmünden de açıkça anlaşılmaktadır. Bu bakımdan zilyetliğe maddî “cismani” varlıkların konu olabileceğine ilişkin ana kurala bir ayrıcalık teşkil etmemektedir.” (bkz., Eraslan Özkaya, Eşya Hukuku, Zilyetlik ve Tapu Sicili, C. III, Seçkin Yayıncılık, 2022, s. 3414). Buna karşılık Schmid / Hürlimann-Kaup'a göre, ZGB Art. 919/II hükmü gereğince taşınmaz lehine irtifak hakları ve taşınmaz yüklerinde hakkın fiilen kullanılması, eşya zilyetliğine eşit kabul edilmiştir. Bu bakımdan haklar üzerinde de zilyetlik söz konusu olabilir. Eşya zilyetliğinde karşımıza çıkan “şey üzerinde fiilî hâkimiyet”, hak zilyetliğinde “hakkın kullanılmasına” karşılık gelir (bkz., Schmid / Hürlimann-Kaup, N. 119). İstisnai olarak haklar üzerinde zilyetliğin kurulabileceği hususunda ayrıca bkz., Hrubesch-Millauer / Graham-Siegenthaler / Roberto, N. 02.56; Akçaal, Eşya, s. 58; Akipek / Akıntürk / Ateş, s. 127; Ertaş, s. 35; Kılıçoğlu, s. 15; Ünal / Başpınar, s. 115; Ayan, s. 84.

<sup>14</sup> Sutter – Somm, § 64, N. 1186; Oğuzman / Seliçi / Oktay – Özdemir, N. 291, 301. Benzer şekilde İsviçre Hukuku'nda yer alan bir görüşe göre, bağımsız/aslı zilyetliğin (*selbständiger Besitz*) gündelik yaşamda mülkiyet hakkına karşılık gelecek şekilde kullanılması gibi, bazı sınırlı aynı haklar için de hakka tekabül eden “kullanma davranışı” (*Ausübungsverhalten*) vardır. Tıpkı zilyedin mülkiyet hakkına sahip olup olmadığına bakılmaksızın hukuk düzeni tarafından korunması gibi, hukuk düzeni bu hakka gerçekten sahip olup olmadığına bakılmaksızın hakkı fiilen kullananları da korumak istemektedir. Zira hakkı kullanan kimse genellikle zilyet değildir; bu yüzden ZGB Art. 926-929 hükümlerinden istifade edilmesi mümkün değildir. Genellikle korunan bu menfaat, hak zilyetliği olarak nitelendirilir. Burada zilyetliğin özel bir türü yaratılmış değildir. Bu nedenle hak zilyetliği kavramı aslında vazgeçilmez değildir. Buna karşılık hakkın sahibi maddî hukuk açısından hak sahibi olmasına rağmen hakkını kullanmıyorsa, hak zilyedi değildir (tıpkı bir malikin zilyet olmadan hak sahibi olabileceği gibi). Bu görüş için bkz., Wolfgang Ernst, iç. Thomas Geiser / Stephan Wolf (Ed.), *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT*, 6. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2019, Art. 919, N. 47.

<sup>15</sup> Ernst, *BSK ZGB II*, Art. 919, N. 47; Rey, Systematischer Teil, N. 117; Sutter – Somm, § 64, N. 1186; Ertaş, s. 35.

haklar üzerinde kurulabileceği intibainı uyandırması bakımından isabetli değildir. Zira ilgili hükmün lafzına bağlı kalındığında söz konusu hakların fiilen kullanılmasının zilyetlik teşkil edeceği sonucu ortaya çıkar. Oysa taşınmaz üzerindeki irtifak haklarının ve taşınmaz yüklerinin fiilen kullanılması, zilyetlik olmayıp eşya zilyetliğine eş değer (eşit) bir durum teşkil eder<sup>16</sup>. İsviçre Hukuk öğretisi de taşınmaz lehine irtifak haklarında (*Grunddienstbarkeiten*) ve taşınmaz yüklerinde (*Grundlasten*) hakkın fiilen kullanılmasını eşya zilyetliğine eş değer (eşit) kabul etmektedir<sup>17</sup>. Nitekim TMK m. 973/II'yi karşılayan mehaz ZGB Art. 919/II'nin Almanca metninde<sup>18</sup> “Taşınmaz lehine irtifak haklarında ve taşınmaz yüklerinde, hakkın fiilen kullanılması eşya zilyetliğine eş değer (eşit) sayılır” denilerek daha isabetli bir ifade kullanılmıştır<sup>19</sup>. Türk Hukuku bakımından da TMK m. 973/II hükmünün mehaz ZGB Art. 919/II'de olduğu gibi ele alınması ve taşınmaz üzerindeki irtifak haklarının ve taşınmaz yüklerinin fiilen kullanılmasının eşya zilyetliğine eş değer (eşit) kabul edilmesi isabetli görünmektedir<sup>20</sup>. Sonuç olarak, hak zilyetliğine ilişkin düzenleme ile kanun koyucunun amacının, zilyetliğe konu şeylerin kapsamına hakları da dâhil etmekten ziyade, hak sahibinin eşya üzerinde zilyet olmadığı ve fakat hakkın kullanılması olgusunun gerçekleştiği durumlarda zilyetliğe tanınan hukukî korumadan hakkı kullanan kimselerin yararlanmasını sağlamak olduğu kabul edilmelidir<sup>21</sup>.

Buraya kadar yapılan açıklamalardan hareketle; hak zilyetliği, eşya

<sup>16</sup> Akçaal, Eşya, s. 58; Kılıçoğlu, s. 15; Nomer / Ergüne, s. 34; Oğuzman / Seliçi / Oktay – Özdemir, N. 291, 301; Serozan, s. 116; Sirmen, s. 49.

<sup>17</sup> Domej / Schmidt, *KUKO ZGB*, Art. 919, N. 1, 21; Ernst / Zogg, § 5, s. 39-40; Hrubesch-Millauer / Graham-Siegenthaler / Roberto, N. 02.56; Rey, Systematischer Teil, N. 117; Schmid / Hürlimann-Kaup, N. 119; Schmid / von Graffenried, *OFK ZGB*, Art. 919, N. 24; Sutter – Somm, § 64, N. 1186; Tuor / Schneyder / Schmid / Jungo, § 90 N. 22; Kılıçoğlu, s. 15; Oğuzman / Seliçi / Oktay – Özdemir, N. 291.

<sup>18</sup> İlgili fıkranın Almanca metni şu şekildedir: “*Dem Sachbesitz wird bei Grunddienstbarkeiten und Grundlasten die tatsächliche Ausübung des Rechtes gleichgestellt*”. Bkz., [https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/24/233\\_245\\_233/de](https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/24/233_245_233/de), (Erişim Tarihi: 1.6.2022).

<sup>19</sup> Oğuzman / Seliçi / Oktay – Özdemir, N. 291; Sirmen, s. 49, dn. 23.

<sup>20</sup> Kılıçoğlu, s. 15. Benzer yönde Sirmen'e göre, TMK m. 973/II hükmündeki “zilyetlik sayılır” ifadesi yerinde kullanılmamıştır. Zira söz konusu hükümde geçen hakların fiilen kullanılması zilyetlik olarak kabul edilmez, bilakis eşya zilyetliğine eş değer (eşit) sayılır. Bu durum ise “hak zilyetliği” ya da “hakta zilyetlik” olarak ifade edilir. TMK m. 973/II'yi karşılayan ZGB Art. 919/II'nin Almanca metninde de bu durumun zilyetliğe eşit sayılacağı hüküm altına alınmıştır (bkz., a.g.e., s. 49).

<sup>21</sup> Ernst, *BSK ZGB II*, Art. 919, N. 47; Oğuzman / Seliçi / Oktay – Özdemir, N. 291; Saymen / Elbir, s. 49.

üzerinde fiilî hâkimiyet imkânı vermeyen taşınmaz üzerindeki irtifak hakkının ve taşınmaz yükünün hak sahibi tarafından fiilen kullanılması ile eşya zilyetliği arasında kanun gereği meydana gelen bir eşitlik durumunu ifade eder, şeklinde tanımlanabilir.

## II. HAK ZİLYETLİĞİNİN UNSURLARI

Türk Hukuku'nda kanun koyucu hak zilyetliğinin uygulama alanını açıkça taşınmaz üzerindeki irtifak hakları ve taşınmaz yükleri ile sınırlı tutmuştur. İsviçre Hukuku'nda ise taşınmaz lehine irtifak haklarının ve taşınmaz yükünün hak zilyetliğine konu teşkil edebileceği düzenlenmiştir. Türk – İsviçre Medenî Kanunlarının açık hükmüne rağmen, Türk – İsviçre öğretisinde hak zilyetliğinin uygulama alanına giren hakların kapsamının genişletilmesi tartışılmaktadır. Bu nedenle bu başlık altında öncelikle hak zilyetliğine elverişli hakların (A.) kapsamına hangi hakların girebileceği incelenecek; bunun ardından hak zilyetliğinin en önemli ve aslında yegâne koşulu olan hakkın fiilen kullanılması (B.) üzerinde durulacaktır. Son olarak, hak zilyetliğinin ileri sürülebilmesi için tapu siciline tescilin gerekli olup olmadığı tartışmalı olduğu için tescilin gerekliliği sorunu ayrı bir başlık (C.) altında ele alınacaktır.

### A. Hak Zilyetliğine Elverişli Bir Aynî Hakkın Varlığı

Hak zilyetliğini düzenleyen TMK m. 973/II (ZGB Art. 919/II) hükmünden de anlaşılacağı üzere, hak zilyetliği her türlü hak bakımından söz konusu olmaz. Hak zilyetliği ancak eşya üzerinde fiilî hâkimiyete imkân vermeyen bazı aynî haklarda mümkündür. Hak zilyetliğine olanak sağlayan aynî hakların özelliği, hak sahibine başkasına ait bir eşya üzerinde zilyet olma yetkisi vermeksizin ondan yararlanma imkânı vermesidir. Mülkiyet ya da intifa hakkı gibi eşya üzerinde zilyet olma yetkisi veren aynî haklarda ise hak zilyetliği söz konusu olmaz<sup>22</sup>. Hak zilyetliğine elverişli aynî haklar, kanun koyucu tarafından öngörülenlerle sınırlıdır<sup>23</sup>. Bunlar irtifak hakları ve taşınmaz yüküdür. Taşınmaz yükü ile benzerliğine rağmen, rehinli eşya üzerinde zilyetlik imkânı vermeyen taşınmaz rehninde ise hak zilyetliği mümkün değildir<sup>24</sup>.

<sup>22</sup> Akipek / Akıntürk / Ateş, s. 127.

<sup>23</sup> Akipek / Akıntürk / Ateş, s. 127.

<sup>24</sup> Arnet / Eitel, *CHK ZGB*, Art. 919, N. 6; Stark / Lindenmann, Art. 919, N. 76.

## 1. İrtifak Hakları

Hak sahibine, konusu olan şey üzerinde kullanma ve/veya yararlanma yetkilerini veren ve sınırlı aynî haklardan birisi olan irtifak hakkı<sup>25</sup>, TMK m. 779-838 (ZGB Art. 730-781) arasında hüküm altına alınmıştır. Söz konusu düzenlemelerden hareketle irtifak hakları, öğretilerde çeşitli ayırımlara tâbi tutulmaktadır.

Bu ayırımlardan birisi olan ve konusu yönünden yapılan ayırıma göre; irtifak hakları, taşınmaz irtifakı ve taşınır irtifakı şeklinde ikiye ayrılır<sup>26</sup>. Konusu taşınmaz olan irtifak haklarına, taşınmaz irtifakı; taşınır, mal ve hak üzerinde kurulan irtifak haklarına ise taşınır irtifakı adı verilir<sup>27</sup>. İntifa hakkı dışındaki tüm irtifakların sadece taşınmazlar üzerinde kurulabildiği düşünüldüğünde taşınır irtifakı, irtifaklar içerisinde sınırlı bir uygulama alanına sahiptir.

Hak zilyetliği ancak taşınmaz üzerindeki irtifak haklarında söz konusu olur<sup>28</sup>. Taşınır üzerinde kurulan irtifak haklarında ise hak zilyetliğinin ortaya çıkabilmesi mümkün değildir. Örneğin, bir taşınır üzerinde intifa hakkının kurulması hâlinde hak sahibi, o taşınırı kullanma ve/veya ondan yararlanma hakkına sahiptir. İntifa hakkı sahibinin bu hakkını kullanabilmesi ve/veya ondan yararlanabilmesi için hakkın konusu olan taşınıra zilyet olması gerekir. Bunu göz önünde bulunduran kanun koyucu, intifa hakkı sahibinin, hakkın konusu olan malı zilyetliğinde bulundurma, yönetme, kullanma ve ondan yararlanma yetkilerine sahip olduğunu düzenlemiştir (TMK m. 803/I). İntifa hakkı sahibinin zilyetliği ise hak zilyetliği olmayıp, eşya zilyetliğidir.

Taşınmaz üzerinde tesis edilen irtifak hakkı, hak sahibinin belirlenmesi yönünden taşınmaz lehine irtifak hakkı<sup>29</sup> ve kişi lehine irtifak hakkı şeklinde

<sup>25</sup> Christina Schmid-Tschirren, *KUKO ZGB*, Art. 730, N. 1; Etienne Petitpierre, *BSK ZGB II*, Art. 730, N. 1; Arif Barış Özbilen, “İrtifak Hakkının Kullanıldığı Yerin Değiştirilmesi”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 77 (2), 2019, s. 478.

<sup>26</sup> Mehmet Ünal, *Sınırlı Aynî Haklar*, Savaş Yayınevi, 2021, s. 86-87.

<sup>27</sup> Ünal, *Sınırlı Aynî Haklar*, s. 87.

<sup>28</sup> Antalya / Topuz, s. 202.

<sup>29</sup> Hakkın sahibinin gerçek veya tüzel kişi olduğu düşünüldüğünde, “taşınmaz lehine irtifak” ifadesi, sanki taşınmazın hak sahibi olduğu irtifak intibamı uyandırması bakımından isabetli değildir. Bu sebeple öğretilerde bu ifade yerine, taşınmaza bağlı irtifak ya da eşyaya bağlı irtifak terimleri de kullanılmaktadır. Her ne kadar bu terimlerin kullanılması taşınmaz lehine irtifak ifadesine nazaran daha isabetli olsa da, Türk Medenî Kanunu'nun “Eşya Hukuku” başlıklı dördüncü kitabının “Sınırlı Aynî Haklar” başlıklı ikinci kısmının “İrtifak Hakları ve

ikiye ayrılır<sup>30</sup>. TMK m. 973/II hükmünde hak zilyetliğinin varlığından bahsedilebilmesi için irtifak hakkının taşınmaz üzerinde kurulması gerektiği belirtilmiş, buna karşılık bu hakkın taşınmaz lehine ya da kişi lehine olmasının hak zilyetliğine konu teşkil etme bakımından önem arz edip etmeyeceğine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. ZGB Art. 919/II hükmünde ise taşınmaz lehine irtifak haklarından (*Grunddienstbarkeit*) bahsedilmiştir. Türk Medenî Kanunu ve mehzaz İsviçre Medenî Kanunu arasındaki anılan hüküm farklılığı sebebiyle, taşınmaz lehine irtifak hakları ve kişi lehine irtifak hakları bakımından hak zilyetliğinin söz konusu olup olamayacağı hususu ayrı başlıklar altında incelenmiştir.

### a. Taşınmaz Lehine İrtifak Hakları

Türk Medenî Kanunu'nun “Eşya Hukuku” başlıklı dördüncü kitabının “Sınırlı Aynî Haklar” başlıklı ikinci kısmının birinci bölüm ve ayırımında düzenlenen taşınmaz lehine irtifak hakları, *yüklü taşınmazın malikini mülkiyet hakkının sağladığı bazı yetkileri kullanmaktan kaçınmaya veya yararlanan taşınmaz malikinin yüklü taşınmazı belirli şekilde kullanmasına katlanmayı mecbur kılar* (TMK m. 779/I)<sup>31</sup> şeklinde hüküm altına alınmıştır. Anılan hükümden de anlaşılacağı üzere, taşınmaz lehine irtifak hakkı, yararlanan taşınmazın malikine yüklü bir taşınmazı kullanma ve/veya ondan yararlanma yetkisi verir<sup>32</sup>.

Taşınmaz lehine irtifak hakları bakımından hak zilyetliğinin söz konusu olup olamayacağı, irtifaktan yararlanmanın tarzına göre (olumlu irtifak hakkı-

Taşınmaz Yüklü” başlıklı birinci bölümünün birinci ayırımının başlığının “Taşınmaz Lehine İrtifak Hakkı” şeklinde olması ve TMK m. 779/I ve 838/III gibi çeşitli hükümlerde taşınmaz lehine irtifak hakkı teriminin kullanılması sebebiyle ve kavram karışıklığına yol açmamak adına, taşınmaza bağlı irtifak ya da eşyaya bağlı irtifak yerine kanunun ifadesiyle *taşınmaz lehine irtifak hakkı* terimi bu çalışmada tercih edilmiş bulunmakta ve bununla irtifak hakkı sahibinin taşınmaz olması kastedilmemektedir. Karş. Ünal, *Sınırlı Aynî Haklar*, s. 91.

<sup>30</sup> Schmid-Tschirren, *KUKO ZGB*, Art. 730, N. 2; Gülen Sinem Tek, *Yararı Kalmayan ya da Azalan İrtifak Haklarının Sona Ermesi* (MK m. 785), On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 30; Ünal, *Sınırlı Aynî Haklar*, s. 91.

<sup>31</sup> Söz konusu hükümden de anlaşılacağı üzere irtifak hakkının konusunu sadece olumsuz bir edim oluşturabilir. Bununla birlikte TMK m. 779/II gereğince yapma borçları, irtifaka başlı başına konu olamaz; ancak yan edim olarak bağlanabilir. Bu konuda bkz., Gülen Sinem Tek, “İrtifak Hakkına Bağlı Taşınmaz Yüklü”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 77 (1), 2019, s. 225.

<sup>32</sup> Bahar Öcal Apaydın, “Roma Hukuku ve Türk Hukukunda Taşınmaz Lehine İrtifak Haklarının Özellikleri”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 69 (2), 2020, s. 623.

olumsuz irtifak hakkı) değişkenlik gösterir<sup>33</sup>:

### (1) Olumlu İrtifak Hakları

*Olumlu irtifak haklarında (positiven/affirmativen Grunddienstbarkeit)* irtifak hakkı sahibi, eşyayı kullanma ve/veya yararlanma yetkisine sahiptir<sup>34</sup>. Bu bakımdan irtifak hakkı sahibiyile eşya arasında doğrudan *aktif bir ilişki* bulunmaktadır<sup>35</sup>. Örneğin, bir geçit irtifakında irtifak hakkı sahibi yüklü taşınmaz üzerinde geçit olarak belirlenen yerden geçerek<sup>36</sup>; üst hakkında hak sahibi yapıyı inşa ve muhafaza ederek<sup>37</sup>; kaynak hakkında hak sahibi ihtiyacı kadar suyu alarak eşyayı kullanır ve/veya eşyadan yararlanır<sup>38</sup>. Bu örneklerde ifade edilen fiiller, taşınmaz üzerinde aktif bir davranışta bulunmayı gerektirir. Olumlu irtifak haklarında malike düşen yükümlülük, irtifak hakkı sahibinin

<sup>33</sup> Schmid-Tschirren, *KUKO ZGB*, Art. 730, N. 5; Schmid / von Graffenried, *OFK ZGB*, Art. 919, N. 25; Simonius / Sutter, § 9, N. 15; Sutter – Somm, § 64, N. 1187. Benzer yönde Schmid / Hürlimann-Kaup'a göre de ZGB Art. 919/II'de düzenlenen hak zilyetliği, hak sahibine ilgili eşya üzerinde fiilî hâkimiyet sağlamayan haklar için söz konusu olabilir. Aksi hâlde ZGB Art. 919/I'de düzenlenen eşya zilyetliği uygulama alanı bulur. Bu bağlamda irtifak hakları ile ilgili olarak olumlu irtifak hakları ve olumsuz irtifak hakları şeklinde bir ayırım yapılabilir (bkz., Schmid / Hürlimann-Kaup, N. 120).

<sup>34</sup> Michel Kähr, *OFK ZGB*, Art. 730, N. 16; Petitpierre, *BSK ZGB II*, Art. 730, N. 17; Schmid / Hürlimann-Kaup, N. 120; Schmid-Tschirren, *KUKO ZGB*, Art. 730, N. 10; Simonius / Sutter, § 9, N. 15; Tarkan Göksu, *CHK ZGB*, Art. 730, N. 5; Mustafa Dural / Suat Sarı, *Türk Özel Hukuku, Cilt I, Temel Kavramlar ve Başlangıç Hükümleri*, 17. Bası, Filiz Kitabevi, 2022, s. 96; M. Kemal Oğuzman / Nami Barlas, *Medenî Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar*, 28. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2022, N. 494; Tek, *İrtifak Haklarının Sona Ermesi*, s. 30; Ünal, *Sınırlı Aynî Haklar*, s. 74.

<sup>35</sup> Dural / Sarı, s. 96; Mehmet Serkan Ergüne, “Üst Hakkının Tasarruf İşlemlerine Konu Olmasına İlişkin Hukuki Sorunlar”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 66 (1), 2008, s. 276 dn. 4; Oğuzman / Barlas, N. 494; Orhan Eroğlu / M. Nazlı Köslüoğlu, “Sözleşmeye Dayalı Geçit İrtifakında Hak ve Yükümlülükler”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 14 (2), 2019, s. 306, dn. 3. 14. HD. 11.11.2013, E. 2013/10693 K. 2013/14155, “... Yararlanma tarzı açısından da irtifakları olumlu irtifaklar ve olumsuz irtifaklar diye ikiye ayırmak mümkündür. Olumlu irtifaklarda hak sahibi eşyayı kullanarak yararlanma yetkisine sahiptir. Hak sahibi ile eşya arasında kullanma dolayısıyla doğrudan doğruya bir aktif ilişki söz konusudur. Örneğin geçit irtifakı, mecra irtifakı gibi. ...” (www.legalbank.net, Erişim Tarihi: 2.8.2022).

<sup>36</sup> Eroğlu / Köslüoğlu, s. 305-306; Nurten İnce Akman / Bahar Öcal Apaydın, “İsviçre ve Alman Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Taşınmaz Lehine İrtifak Haklarının İçeriğinin İncelenmesi”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 18 (2), 2021, s. 817; Ünal, *Sınırlı Aynî Haklar*, s. 74.

<sup>37</sup> Ergüne, s. 276.

<sup>38</sup> Yıldız Abik, “Kaynak Hakkına İlişkin Türk Medeni Kanunundaki Hükümler Hakkında Bir Değerlendirme”, *Tarım Bilimleri Araştırma Dergisi*, 3 (1), 2010, s. 80.

eşyayı kullanma ve/veya yararlanma yetkisine katlanmaktadır<sup>39</sup>. Örneğin, geçit hakkı ile yüklü taşınmazın maliki, geçit hakkına sahip kişinin taşınmazından geçmesine katlanmakla yükümlüdür<sup>40</sup>.

Geçit hakkı, üst hakkı, kaynak hakkı ve mecra hakkı gibi taşınmaz lehine kurulan olumlu irtifak haklarında, hak sahibi, yüklü taşınmaz üzerinde TMK m. 973/I (ZGB Art. 919/I) anlamında eşya zilyetliğine sahiptir<sup>41</sup>. Zira hak sahibi eşyayı belirli bir açıdan kullanmaktadır. Bu sayede irtifak hakkı sahibi, eşya üzerinde kısmen de olsa fiilî hâkimiyet ve eşya üzerinde zilyetlik elde eder. Örneğin geçit irtifakı (olumlu irtifak), hak sahibine, yüklü taşınmaz üzerinde en azından kısmen de olsa eşya üzerinde hâkimiyet olanağı sağlar<sup>42</sup>. Hak sahibi bu yolu kullanmak suretiyle kısmen de olsa fiilî hâkimiyete sahip olur ve bu bakımdan o TMK m. 973/I ve ZGB Art. 919/I gereğince eşya zilyedi olarak kabul edilir<sup>43</sup>.

Olumlu irtifaklar eşya üzerinde fiilî hâkimiyet imkânı taşıdığı için burada eşya zilyetliği vardır ve hak zilyetliğinin olumlu irtifaklar bakımından kabul edilmesine gerek bulunmamaktadır<sup>44</sup>. Nitekim hak sahibi, eşya zilyetliğine ilişkin hükümler uyarınca hâlihazırda yeterince korunmaktadır<sup>45</sup>. Bu yüzden

<sup>39</sup> Kähr, *OFK ZGB*, Art. 730, N. 15; Petitpierre, *BSK ZGB II*, Art. 730, N. 18; Schmid / Hürlimann-Kaup, N. 120; Schmid-Tschirren, *KUKO ZGB*, Art. 730, N. 10; Simonius / Sutter, § 9, N. 15; Abik, s. 81; Dural / Sarı, s. 96; Ergüne, s. 276; Eroğlu / Köslüoğlu, s. 306; Rona Serozan / B. İlkay Engin / Yeşim M. Atamer, *Serozan Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku*, 9. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2022, Birinci Başlık, İkinci Bölüm, § 4 N. 7h; Ünal, *Sınırlı Aynî Haklar*, s. 74.

<sup>40</sup> Schmid / Hürlimann-Kaup, N. 120.

<sup>41</sup> Domej / Schmidt, *KUKO ZGB*, Art. 919, N. 22; Fuchs, N. 52; Hrubesch-Millauer / Graham-Siegenthaler / Roberto, N. 02.58; Rey, Systematischer Teil, N. 119; Schmid / von Graffenried, *OFK ZGB*, Art. 919, N. 25; Simonius / Sutter, § 9, N. 15; Sutter – Somm, § 64, N. 1187; Tuor / Schneyder / Schmid / Jungo, § 90 N. 22; Akçaal, *Eşya*, s. 58; Antalya / Topuz, s. 202; Esener / Güven, s. 85; Mehmet Ünal, “Taşınmaza Bağlı İrtifakın Kurulması”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 22 (3), 2016, s. 2857; Nomer / Ergüne, s. 35; Ünal, *İrtifak*, s. 2857.

<sup>42</sup> Hrubesch-Millauer / Graham-Siegenthaler / Roberto, N. 02.58.

<sup>43</sup> Schmid / Hürlimann-Kaup, N. 120.

<sup>44</sup> Hrubesch-Millauer / Graham-Siegenthaler / Roberto, N. 02.58; Schmid / von Graffenried, *OFK ZGB*, Art. 919, N. 25; Antalya / Topuz, s. 202; Esener / Güven, s. 85; Nomer / Ergüne, s. 35; Ünal / Başpınar, s. 115. *Türk Hukuku’nda yer alan bir görüşe göre*, sahibine kısmen de olsa yüklü taşınmaz üzerinde fiilî hâkimiyet imkânı vermeyen olumlu irtifak hakları olabilir. Böyle bir durumda hak zilyetliğine ilişkin hüküm, olumlu irtifak hakları bakımından da uygulama alanı bulur. Bkz., Ünal / Başpınar, s. 115.

<sup>45</sup> Hrubesch-Millauer / Graham-Siegenthaler / Roberto, N. 02.58; Tuor / Schneyder / Schmid /

olumlu taşınmaz lehine irtifak haklarında hukukî durum, hak zilyetliğinin kabul edilmesi ile değişmez<sup>46</sup>. Sonuç olarak, hak zilyetliğinin uygulama alanının kapsamına olumlu irtifak hakları dâhil değildir<sup>47</sup>.

## (2) Olumsuz İrtifak Hakları

Yüklü taşınmaz malikinin mülkiyet hakkından doğan bazı yetkilerini belirli bir yönden irtifak hakkı sahibi lehine kullanmaktan kaçınmakla yükümlü olmasına ise *olumsuz irtifak hakları* adı verilir<sup>48</sup>. Bu irtifak haklarında hak sahibi, yüklü taşınmaz malikinin kendisine ait olan yetkilerinin belirli bir tarzda kullanmasının yasaklanması suretiyle eşyadan yararlanır<sup>49</sup>. Dolayısıyla bu tür irtifak haklarında hak sahibinin yüklü taşınmazı bizzat kullanması ve/veya ondan yararlanması mümkün değildir<sup>50</sup>. Olumsuz irtifak haklarına örnek olarak manzara kapatmama, belirli yüksekliği geçen bina inşa etmeme ve

Jungo, § 90 N. 21.

<sup>46</sup> Sutter – Somm, § 64, N. 1187.

<sup>47</sup> Domej / Schmidt, *KUKO ZGB*, Art. 919, N. 23; Hrubesch-Millauer / Graham-Siegenthaler / Roberto, N. 02.58; Schmid / von Graffenried, *OFK ZGB*, Art. 919, N. 25; Sutter – Somm, § 64, N. 1187; Antalya / Topuz, s. 202; Esener / Güven, s. 85; Nomer / Ergüne, s. 35. Aksi yönde bkz., Rey, Systematischer Teil, N. 119.

<sup>48</sup> Göksu, *CHK ZGB*, Art. 730, N. 5; Kähr, *OFK ZGB*, Art. 730, N. 17; Petitpierre, *BSK ZGB II*, Art. 730, N. 18; Rey, Systematischer Teil, N. 120; Schmid / Hürlimann-Kaup, N. 120; Schmid-Tschirren, *KUKO ZGB*, Art. 730, N. 11; Simonius / Sutter, § 9, N. 15; Tuor / Schneyder / Schmid / Jungo, § 90 N. 22; Akman / Apaydın, s. 817; Dural / Sarı, s. 96; Ergüne, s. 276, dn. 4; Oğuzman / Barlas, N. 494; Ünal, *Sınırlı Aynî Haklar*, s. 74. 14.HD. 8.1.2019, E. 2018/2502 K. 2019/140, “... Bazı irtifak hakları vardır ki hak sahibinin eşyadan yararlanma yetkisini engeller. Eşya malikinin az yukarıda sözü edilen Türk Medeni Kanununun 683. maddesiyle kendisine sağladığı yetkileri kullanmadan kaçınmaya zorlar. Örneğin; inşaatı yapmama yasağı konulması, manzara kapatılmaması gibi irtifak hakları böyledir. Bu gibi haklara olumsuz irtifak hakları denir. ...” (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 2.8.2022); 14. HD. 28.10.2009, E.2009/8799 K.2009/11812, “... Eğer eşya maliki mülkiyet hakkının kendisine sağladığı yetkileri kullanmaktan kaçınıyor örneğin inşaat yapmama, manzara kapatmama gibi bir taahhütte bulunuyorsa bu gibi irtifak haklarına olumsuz irtifak hakları denir. ...” (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 2.8.2022); 14. HD. 13.5.2010, E. 2010/4653 K. 2010/5680, “...Türk Medeni Kanununun 779/1. maddesi olumsuz taşınmaz irtifakını mülkiyetin sağladığı bazı yetkileri kullanmaktan kaçınma şeklinde belirtmiştir. Bundan maksat mülkiyetin içeriğinde yer alan yetkilerin bir kısmının kullanılmasında hak sahibi lehine feragat etme fikrinden hareket etmektedir. ...” (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 2.8.2022); 14. HD. 19.11.2007, E.2007/12924 K.2007/14519 (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 2.8.2022).

<sup>49</sup> Akman / Apaydın, s. 817; Dural / Sarı, s. 96; Ergüne, s. 276, dn. 4; Tek, *İrtifak Haklarının Sona Ermesi*, s. 30; Ünal, *Sınırlı Aynî Haklar*, s. 74; Ünal / Başpınar, s. 115.

<sup>50</sup> Ünal, *Sınırlı Aynî Haklar*, s. 75.

belirli bir faaliyet icra etmeme gösterilebilir<sup>51</sup>.

Olumlu irtifak haklarından farklı olarak olumsuz irtifak haklarında, hak sahibinin irtifak konusu olan taşınmaz üzerinde fiilî hâkimiyet kurma yetkisi ve bununla bağlantılı olarak da eşya üzerinde zilyetliği bulunmamaktadır<sup>52</sup>.

<sup>51</sup> Fuchs, N. 52; Kähr, *OFK ZGB*, Art. 730, N. 17; Homberger, Art. 919 N. 21; Hrubesch-Millauer / Graham-Siegenthaler / Roberto, N. 02.58; Petitpierre, *BSK ZGB II*, Art. 730, N. 18; Schmid / Hürlimann-Kaup, N. 120; Schmid-Tschirren, *KUKO ZGB*, Art. 730, N. 11; Simonius / Sutter, § 9, N. 15; Tuor / Schneyder / Schmid / Jungo, § 90 N. 22; Akçaal, *Eşya*, s. 58; Akman / Apaydın, s. 817; Antalya / Topuz, s. 202; Bedia Güleş, “Taşınmaz Manzarası Üzerindeki Hukukî Yararın Korunması”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 28 (2), 2020, s. 658; Dural / Sarı, s. 96; Esener / Güven, s. 85; Oğuzman / Barlas, N. 494; Reisoğlu, s. 34; Serozan, s. 115-116; Serozan / Engin / Atamer, Birinci Başlık, İkinci Bölüm, § 4 N. 7h; Sirmen, s. 49. 14. HD. 19.11.2007, E.2007/12924 K.2007/14519, “... Bir tanımlama yapmak gerekirse irtifak hakları, sahibi olan kişiye konusunu teşkil eden eşyayı doğrudan doğruya kullanma veya ondan yararlanma yetkileri tanıyan veya malike bir çekinme borcu yükleyen sınırlı bir hakimiyet hakkıdır. İrtifak hakları ya bir taşınmaz lehine ya da belirli bir kişi yararına kurulabilir. Oturma, kaynak, geçit irtifakları gibi bazı irtifak hakları sahibine eşyadan tam bir yararlanma hakkı sağlar. Bazı irtifak hakları ise hak sahibine eşyayı kullanma yetkisi verir. Buna karşılık bazı irtifak hakkı türünde hak sahibi olan kişinin eşyadan doğrudan yararlanma yetkisi yoktur. Eşyanın maliki olan kişi mülkiyet hakkının kendisine sağladığı yetkileri kullanmaktan kaçınmak zorundadır. Örneğin, bir inşaat yapmama yasağı getiren irtifak hakkı, manzara kapatma yükü yükleyen irtifak hakları böyledir. Bunlara doktrinde olumsuz irtifak hakları adı verilmektedir. ...” (www.legalbank.net, Erişim Tarihi: 2.8.2022); 14. HD. 6.10.2011, E. 2011/9281 K. 2011/11606, “... Türk Medeni Kanununun 779/1 inci maddesi olumsuz taşınmaz irtifakını mülkiyetin sağladığı bazı yetkileri kullanmaktan kaçınma şeklinde belirtmiştir. Bundan maksat mülkiyetin içeriğinde yer alan yetkilerin bir kısmının kullanılmasında hak sahibi lehine feragat etme fikrinden hareket etmektedir ( Oğuzman/Seliçi, *Eşya Hukuku*, İstanbul 2002, s.574 ). Somut olayda da davaya konu taşınmaz, satışı sırasında düzenlenen 2.12.1994 tarihli resmi senetle “yeniden üzerine kat ilave etmemek ve olduğu mevcut durumdan daha fazla yükseltmemek” şeklinde taşınmazda mülkiyet sahibi olan kişinin bu hakkından doğan taşınmazı kullanım biçimini kısıtlayan bir olumsuz irtifakla yükümlü olarak satılmıştır. ...” (www.legalbank.net, Erişim Tarihi: 2.8.2022); 14. HD. 25.4.2006, E.2006/313 K.2006/4820 (www.legalbank.net, Erişim Tarihi: 2.8.2022).

<sup>52</sup> Arnet / Eitel, *CHK ZGB*, Art. 919, N. 6; Fuchs, N. 52; Homberger, Art. 919 N. 21; Hrubesch-Millauer / Graham-Siegenthaler / Roberto, N. 02.58; Schmid / Hürlimann-Kaup, N. 120; Simonius / Sutter, § 9, N. 15; Sutter – Somm, § 64, N. 1187; Akipek / Akıntürk / Ateş, s. 127; Esener / Güven, s. 85; Gürsoy / Eren / Cansel, s. 95. 14. HD. 11.11.2013, E. 2013/10693 K. 2013/14155, “... Olumsuz irtifaklar, o eşyanın, maliki tarafından belirli bir tarzda kullanılmasını yasaklamak suretiyle, hak sahibine bir menfaat sağlar. Eşyadan yararlanma, eşyayı belirli bir tarzda kullanmayı malike yasaklama biçiminde ortaya çıkmaktadır. İrtifakla malike yükletilen yük, örnek olarak manzarayı kapatmama, belirli yükseklikte bina inşa etmeme, gürültü yapan bir işi taşınmazda icra etmeme v.s olabilir. TMK'nın 779. maddesinin 1. fıkrasında olumsuz taşınmaz irtifakının içeriği “mülkiyetin sağladığı bazı yetkileri kullanmaktan kaçınma” şeklinde belirtilmiştir. Öte yandan, olumsuz irtifaklarda irtifak hakkı sahibi eşya üzerinde zilyet değildir. Ancak Medeni Kanunumuz olumsuz irtifaklarda da hak sahibini “zilyetliğin korunması” hükümlerinden yararlandırmaktadır. 973. maddenin 2. cümlesinde bir “hak zilyetliği” öngörülmüştür. ...” (www.legalbank.net, Erişim Tarihi: 2.8.2022).

Dolayısıyla olumsuz irtifak haklarında kullanma yetkisi, olumlu irtifak haklarında olduğu kadar açık bir şekilde tespit edilememektedir<sup>53</sup>. Öyle ki, olumsuz irtifak haklarında irtifak hakkı sahibi, yüklü taşınmaz malikinin kendi taşınmazı üzerinde bazı yetkilerini kullanmaması suretiyle eşyadan yararlanmaktadır. Olumsuz irtifak haklarından birisi olan manzara kapatmama irtifakında irtifak hakkı sahibinin, yüklü taşınmaz malikinin kendi taşınmazını hak sahibinin manzarasını kapatacak ölçüde kullanmaması suretiyle eşyadan yararlanması buna örnek olarak gösterilebilir.

Türk – İsviçre kanun koyucuları da TMK m. 973/II ve ZGB Art. 919/II hükümleriyle eşya üzerinde fiilî hâkimiyet imkânı vermeyen taşınmaz üzerindeki irtifak haklarında hakkın fiilen kullanımının eşya zilyetliğine eşit sayılacağını düzenlemiştir. Bu sayede sınırlı aynı hak sahibi olan ama eşya üzerinde fiilî hâkimiyeti olmayan ve fakat hakkı fiilen kullanan kimselerin başta zamanaşımı ile kazanma ve zilyetliğin korunmasına ilişkin hükümler olmak üzere zilyetliğe tanınan hukukî korumadan yararlanabilmeleri sağlanmıştır<sup>54</sup>. Sonuç olarak hak zilyetliği, olumlu taşınmaz lehine irtifak haklarında değil, *olumsuz irtifak haklarında* pratik bir öneme sahiptir<sup>55</sup>. Eğer hak zilyetliğine ilişkin bir düzenleme getirilmemiş olsaydı, olumlu ve olumsuz irtifak hakları arasında haklı olmayan bir şekilde ayırım yapılması ve bunların birbirlerinden farklı muamelelere tâbi tutulmaları gerekirdi. Olumsuz irtifaklarda “*hakkın fiilen kullanılması*”, olumlu irtifaklardaki “*eşya zilyetliğine*” eş değer kılınarak hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurabilecek bu eşitsizliğin önüne geçilmiştir<sup>56</sup>.

<sup>53</sup> Tek, *İrtifak Haklarının Sona Ermesi*, s. 30.

<sup>54</sup> Eşya üzerinde fiilî hâkimiyeti olmayan ve fakat hakkı fiilen kullanan kimselere zilyetliğin avantajlarının tanınmasının yani hak zilyetliğinin kabul edilmesinin amaca uygun görüldüğü hususunda bkz., Tuor / Schneyder / Schmid / Jungo, § 90 N. 22.

<sup>55</sup> Arnet / Eitel, *CHK ZGB*, Art. 919, N. 6; Domej / Schmidt, *KUKO ZGB*, Art. 919, N. 23; Ernst, *BSK ZGB II*, Art. 919, N. 49; Fuchs, N. 52; Homberger, Art. 919 N. 21; Hrubesch-Millauer / Graham-Siegenthaler / Roberto, N. 02.58; Schmid / Hürlimann-Kaup, N. 120; Schmid / von Graffenried, *OFK ZGB*, Art. 919, N. 24-25; Sutter – Somm, § 64, N. 1187; Tuor / Schneyder / Schmid / Jungo, § 90 N. 22; Akçaal, *Eşya*, s. 58; Akipek / Akıntürk / Ateş, s. 127; Antalya / Topuz, s. 202; Ayan, s. 84; Esener / Güven, s. 85; Nomer / Ergüne, s. 35; Reisoğlu, s. 34; Saymen / Elbir, s. 50; Serozan, s. 115; Sirmen, s. 49; Ünal / Başpınar, s. 115.

<sup>56</sup> Homberger, Art. 919 N. 21. Benzer yönde bkz., Gürsoy / Eren / Cansel, s. 94. *Serozan* bu durumu şu şekilde ifade etmiştir: “Eşdeğerde hukuki olgulara eşit hukuki rejim uygulama gereği karşısında benimsenmiş olan bu varsayım çerçevesinde, manzarayı sadece “seyretmekle kalan” hak zilyedi, geçit hakkına konu yoldan “gelip geçen” eşya zilyediyle bir tutulmuş olur” (bkz., a.g.e., s. 116).

## b. Kişi Lehine İrtifak Hakları

Taşınmaz üzerinde kurulan irtifak hakkı, *kişi lehine irtifak hakkı (kişisel irtifaklar)* şeklinde de tesis edilebilir. Bu tür irtifak haklarında, taşınmaz lehine irtifak haklarından farklı olarak hak sahibinin kişiliği önem arz eder. Burada yararlanan bir taşınırın ya da taşınmazın bulunması da söz konusu değildir. İrtifak konusu olarak ise taşınır, taşınmazlar, haklar ve malvarlığı kararlaştırılabilir. Ancak intifa hakkı dışındaki irtifak haklarının konusunu taşınmazlar oluşturmak zorundadır. Bu başlık altında da taşınmaz üzerinde kişi lehine kurulan irtifak haklarının hak zilyetliğine konu teşkil edip edemeyeceği hususu değerlendirilecektir.

Bu sorun, İsviçre Hukuku bakımından tartışmalıdır. Tartışmanın temelini hak zilyetliğini konu alan ZGB Art. 919/II hükmünün Almanca metninde geçen ve Türkçe karşılığı “*taşınmaz lehine irtifak hakları*” olan “*Grunddienstbarkeiten*”<sup>57</sup> ifadesi oluşturmaktadır<sup>58</sup>. İlgili düzenlemenin lafzına bağlı kalındığında, hak zilyetliği, irtifak hakları bakımından sadece taşınmaz lehine irtifaklarda söz konusu olur. Hükmün lafzı sebebiyle hak zilyetliğine ilişkin düzenlemenin kişi lehine irtifak haklarına kıyasen uygulanıp uygulanamayacağı hususu hakkında öğretide çeşitli görüşler bulunmaktadır<sup>59</sup>:

*İsviçre Hukuku’nda öğretinin büyük bir bölümü*, TMK m. 919/II hükmünün kişi lehine irtifak haklarını da kapsayacak şekilde genişletilmesini savunmaktadır<sup>60</sup>. Bu görüşün dayanak noktasını, bir yandan kişi lehine irtifak hakları ile taşınmaz lehine irtifak hakları arasındaki ayırımın nesnel

olarak gerekçelendirilememesi; diğer yandan da ZGB Art. 781/III<sup>61</sup> hükmü oluşturmaktadır<sup>62</sup>. Diğer irtifaklar (*anderen Dienstbarkeiten*) olarak da adlandırılan ve bu irtifak haklarına taşınmaz lehine irtifaklara ilişkin hükümlerin uygulanacağını düzenleyen ilgili hüküm, hak zilyetliğinin kişi lehine irtifak haklarına da uygulanabilmesini destekleyici bir nitelik taşımaktadır<sup>63</sup>.

*İsviçre Hukuku’nda yer alan aksi yöndeki bir diğer görüş ise*, hak zilyetliğinin uygulama alanına kişi lehine irtifak haklarının girmediğini ifade etmektedir<sup>64</sup>. Nitekim ZGB Art. 919/II’nin kişi lehine irtifak haklarına uygulanamayacak şeklindeki lafzı<sup>65</sup>, kıyasın reddedilmesini destekler nitelikte görünmektedir. Bu görüşe göre, intifa, oturma, üst ya da kaynak hakkı gibi kişi lehine irtifak haklarının hepsinde yüklü taşınmazın tamamı ya da bir kısmı üzerinde hak sahibinin eşya üzerinde zilyetliği bulunmaktadır<sup>66</sup>.

Hangi görüş kabul edilirse edilsin bu tartışma sadece kişi lehine irtifak hakkı sahibinin yüklü taşınmazın ya da onun bir kısmının zilyedi olmadığı, başka bir ifadeyle eşya üzerinde zilyetlik imkânı vermeyen kişi lehine irtifak haklarında pratik bir önem arz eder<sup>67</sup>. Kişi lehine irtifak hakkı sahibinin taşınmazın ya da onun bir kısmının zilyedi olduğu durumlarda o, zaten eşya zilyedi olduğu için hak zilyetliğine gerek olmaksızın zilyetliğe ilişkin hükümler, bunlar açısından da uygulama alanı bulur<sup>68</sup>. Sonuç olarak denilebilir ki hak zilyetliğinin uygulama alanına ilişkin sorun, sadece olumsuz kişi lehine irtifaklar için ortaya çıkar ve öğretinin büyük bir bölümü haklı<sup>69</sup> olarak bunun

<sup>61</sup> Bu fıkranın Almanca metni şu şekildedir: “*Im Übrigen stehen sie unter den Bestimmungen über die Grunddienstbarkeiten*”. Söz konusu hükme karşılık gelen TMK m. 838/III hükmü ise, taşınmaz lehine irtifaklara ilişkin hükümlerin *diğer irtifak haklarına* da uygulanacağını düzenlemektedir.

<sup>62</sup> Fuchs, N. 51; Stark / Lindenmann, Art. 919, N. 74.

<sup>63</sup> Sutter – Somm, § 64, N. 1194. Türk Hukuku bakımından benzer yönde bir değerlendirme için bkz., Sirmen, s. 49, dn. 24.

<sup>64</sup> Homberger, Art. 919 N. 20, 31; Reber Markus / Hurni Christoph, *Berner Kommentar, Materialien zum Zivilgesetzbuch, Band 2: Die Erläuterungen von Eugen Huber, Text des Vorentwurfs von 1900*, Stämpfli Verlag AG, 2007, N. 2060.

<sup>65</sup> Söz konusu hükümde sadece taşınmaz lehine irtifak haklarından bahsedilmiştir.

<sup>66</sup> Homberger, Art. 919 N. 20, 31.

<sup>67</sup> Domej / Schmidt, *KUKO ZGB*, Art. 919, N. 22; Ernst, *BSK ZGB II*, Art. 919, N. 49; Stark / Lindenmann, Art. 919, N. 75; Sutter – Somm, § 64, N. 1194.

<sup>68</sup> Stark / Lindenmann, Art. 919, N. 75. Ayrıca bkz., BGE 94 II 348 vd., 351 E. 1. Karar için bkz., <https://www.servat.unibe.ch>, Erişim Tarihi: 15.09.2022.

<sup>69</sup> İsviçre Hukuku öğretisinde buna örnek olarak taşınmaz malikinin yapı kültürü alanında

<sup>57</sup> İsviçre Medeni Kanunu’nda *Grunddienstbarkeiten* ifadesine bölüm başlıklarında ve madde metinlerinde de yer verilmiştir. Öyle ki, İsviçre Medeni Kanunu’nun dördüncü kitabı olan “Eşya Hukuku’nun (*Das Sachenrecht*) “Sınırlı Aynı Haklar” (*Die beschränkten dinglichen Rechte*) başlıklı ikinci kısmının “İrtifak Hakları ve Taşınmaz Yükü” (*Die Dienstbarkeiten und Grundlasten*) başlıklı yirmi birinci bölümünün birinci ayırımının başlığı “Taşınmaz Lehine İrtifak Hakları” (*Grunddienstbarkeiten*) şeklindedir. Keza ZGB Art. 730/II, 731/I, 732/I, 734, 742/I ve 788/III hükümlerinde *Grunddienstbarkeiten* ifadesi taşınmaz lehine irtifak haklarına karşılık gelecek şekilde kullanılmıştır.

<sup>58</sup> Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 60-61.

<sup>59</sup> *İsviçre Hukuku’nda bazı yazarlar*, hak zilyetliğinin olumsuz kişi lehine irtifak haklarını da kapsayacak şekilde genişletilmesinin öğretide savunulduğunu ifade ederek tartışmaya temas etmekte, ancak bu konuda görüş beyan etmemektedir. Bkz., Schmid / Hürlimann-Kaup, N. 119; Schmid / von Graffenried, *OFK ZGB*, Art. 919, N. 25.

<sup>60</sup> Arnet / Eitel, *CHK ZGB*, Art. 919, N. 6; Carl Albert Wieland, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band IV, Das Sachenrecht, Art. 641-977 ZGB*, Schulthess, 1909, N. 3; Ernst, *BSK ZGB II*, Art. 919, N. 49; Fuchs, N. 51; Simonius / Sutter, § 9, dn. 23, 31; Stark / Lindenmann, Art. 919, N. 74, 75, 80, 114; Sutter – Somm, § 64, N. 1194.



mümkün olduğunu kabul eder<sup>70</sup>.

Türk Hukuku'nda ise hak zilyetliğine ilişkin TMK m. 973/II'de<sup>71</sup> taşınmaz üzerindeki irtifak haklarından bahsedilmiştir. Daha önceden de ifade edildiği gibi, taşınmaz üzerindeki irtifak hakları taşınmaz lehine ya da kişi lehine tesis edilebildiği için, hak zilyetliğinin taşınmaz lehine irtifak haklarında ya da kişi lehine irtifak haklarında kurulabilmesi mümkündür<sup>72</sup>. Yeter ki taşınmaz üzerindeki irtifak hakkı, hak sahibine ilgili taşınmazın tamamı ya da bir kısmı üzerinde fiilî hâkimiyet imkânı sağlamasın<sup>73</sup>. Şayet irtifak hakkı taşınmaz üzerinde fiilen hâkimiyeti gerektiriyorsa, TMK m. 973/II'de düzenlenen hak zilyetliğine ilişkin hüküm değil, eşya zilyetliğine ilişkin

faaliyet gösteren bir kuruluşa karşı (*Heimatschutzorganisation*) sadece dağ evleri (*Chalets*) inşa etme yükümlülüğü gösterilmektedir. Hak zilyetliğine ilişkin düzenlemenin kişi lehine irtifak haklarına uygulanmasının kabul edilmemesi hâlinde, ilgili kuruluş zilyet olarak kabul edilmeyecektir. İlgili kuruluşun komşu taşınmazın maliki olması ve irtifak hakkının komşu taşınmaz lehine kurulmuş olması hâlinde ise prensip olarak zilyetliğe ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktır. Zilyetliğe ilişkin hükümlerin uygulanmasını söz konusu kuruluşun sadece kişi lehine irtifak temelinde mi yoksa komşu olarak taşınmaz lehine irtifak temelinde mi hakka sahip olduğu şartına bağlamak rahatsız edici bir durum teşkil eder. Bu özellikle sorumluluk ve zamanaşımıyla kazanma açısından istenmeyen durumları da beraberinde getirecektir. Bu konuda bkz., Peter Liver, *Die Grunddienstbarkeiten, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, IV. Band: *Das Sachenrecht, Die Dienstbarkeiten und Grundlasten* (Art. 730-792), 2. Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, 1980, Art. 737, N. 133; Stark / Lindenmann, Art. 919, N. 75; Sutter – Somm, § 64, N. 1194.

<sup>70</sup> Ernst, *BSK ZGB II*, Art. 919, N. 49; Stark / Lindenmann, Art. 919, N. 75; Sutter – Somm, § 64, N. 1194.

<sup>71</sup> Söz konusu düzenlemeye karşılık gelen EMK m. 887/II hükmü “*İrtifak hakkı ile gayrimenkul mükellefiyetinden doğan haklarda zilyedlik, bu hakların bilfiil kullanılmasından ibaretir.*” şeklindeydi. Öğretide bu fıkranın mehz Kanundan hatalı tercüme edildiği ve hükmün aslında “*Gayrimenkule müteallik irtifak hakları ile gayrimenkul mükellefiyetinde, bu hakların fiilen kullanılmaları şey üzerindeki zilyetliğe eşittir.*” olması gerektiği ifade edilmiştir. Bkz., Gürsoy / Eren / Cansel, s. 94. “*Gayrimenkule müteallik irtifak hakkı*” tabiri ise mehz İsviçre Medenî Kanunu'nun Almanca metnindeki “*Grunddienstbarkeit*” ifadesine karşılık gelmektedir. Bkz., M. Kemal Oğuzman, “Eşyaya Bağlı Haklar ve Borçlar”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 31 (1-4), 1965, s. 210, dn. 2. EMK m. 887/II'ye karşılık gelen TMK m. 973/II'de ise, irtifak hakkı yerine ve mehz İsviçre Medenî Kanunundan farklı olarak taşınmaz üzerindeki irtifak hakları ifadesi kullanılmıştır. İsviçre Hukuku bakımından öğretinin büyük bir bölümünün ZGB Art. 919/II hükmünün kişi lehine irtifak haklarına da uygulanabilmesini savdukları gerçeği dikkate alındığında, TMK m. 973/II'nin daha isabetli kaleme alındığı belirtilmelidir.

<sup>72</sup> Antalya / Topuz, s. 203; Esener / Güven, s. 85; Nomer / Ergüne, s. 35; Oğuzman / Seliçi / Oktay – Özdemir, N. 291, dn. 15; Sirmen, s. 49.

<sup>73</sup> Oğuzman / Seliçi / Oktay – Özdemir, N. 291, dn. 15. Diğer irtifaklar bakımından hak zilyetliğinin söz konusu olabileceği hususunda ayrıca bkz., Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 61.

TMK m. 973/I hükmü uygulama alanı bulur<sup>74</sup>. Sonuç olarak, kişi lehine irtifak hakları bakımından hak zilyetliği, ancak taşınmaz üzerinde kurulan olumsuz kişi lehine irtifak hakları bakımından söz konusu olur.

Ayrıca iktisadi ve sosyal ihtiyaçlar sebebiyle, devir ve intikal kabiliyeti olan kişi lehine irtifak haklarının tapu siciline bağımsız ve sürekli bir hak olarak kaydedilebileceği düzenlenmiştir (TMK m. 704, 998)<sup>75</sup>. Ancak bu hakların taşınmaz olarak varsayılması, onların niteliğinde herhangi bir değişiklik yapmamakta, sadece bazı yönlerden taşınmazlar gibi işlem görmeleri sonucunu doğurmaktadır<sup>76</sup>. Bağımsız ve sürekli hakların tapu siciline taşınmaz olarak kaydedilmeleri de onların irtifak hakkı niteliğini devam ettirdiği gerçeğini değiştirmez. Dolayısıyla tapu siciline taşınmaz olarak kaydedilmelerinden, bu irtifak hakkı üzerinde zilyetliğin sadece eşya zilyetliği şeklinde kurulabileceği anlamı çıkmaz. Bunlar üzerinde olumsuz irtifaklardaki gibi fiilî hâkimiyetin olmadığı durumlarda hak zilyetliği söz konusu olabilir<sup>77</sup>.

## 2. Taşınmaz Yükü

TMK m. 973/II ve ZGB Art 919/II gereğince, hak zilyetliğine konu teşkil edebileceği öngörülen bir diğer sınırlı aynı hak ise taşınmaz yüküdür<sup>78</sup>. TMK m. 839/I hükmünde taşınmaz yükü, “*bir taşınmazın malikini yalnız o taşınmazla sorumlu olmak üzere diğer bir kimseye bir şey vermek veya yapmakla yükümlü kılar.*” şeklinde tanımlanmıştır. Buna göre taşınmaz

<sup>74</sup> Oğuzman / Seliçi / Oktay – Özdemir, N. 291, dn. 15.

<sup>75</sup> Erden Kuntalp, “Bağımsız ve Sürekli Sınırlı Aynı Hakların Özellikle Üst Hakkının Taşınmaz Olarak İşlem Görmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 4, 1961, s. 536; Ergüne, s. 277-278.

<sup>76</sup> Stark / Lindenmann, Art. 919, N. 77; Sutter – Somm, § 64, N. 1187, dn. 3372; Ergüne, s. 277, dn. 11; Kuntalp, s. 548-549; Oğuzman / Seliçi / Oktay – Özdemir, N. 692. Benzer şekilde *Liver*'e göre, irtifak hakkı tapu siciline kaydedildikten sonra bile, daha önce olduğu gibi bağımsız ve sürekli bir hak olarak kalır, sadece hukukî işlemlerle ilgili olarak taşınmaz mülkiyetine ilişkin hükümlere tâbi olur. Bununla birlikte içerik, kapsam ve sorumluluk gibi diğer açılardan tapu siciline taşınmaz olarak kaydedilmesinin hiçbir önemi bulunmamaktadır (bkz., *Liver*, Art. 737, N. 110).

<sup>77</sup> Stark / Lindenmann, Art. 919, N. 77; Sutter – Somm, § 64, N. 1187, dn. 3372.

<sup>78</sup> Arnet / Eitel, *CHK ZGB*, Art. 919, N. 6; Domej / Schmidt, *KUKO ZGB*, Art. 919, N. 21; Ernst, *BSK ZGB II*, Art. 919, N. 47; Hrubesch-Millaer / Graham-Siegenthaler / Roberto, N. 02.58; Schmid / Hürlimann-Kaup, N. 119-120; Schmid / von Graffenried, *OFK ZGB*, Art. 919, N. 24; Simonius / Sutter, § 9, N. 15; Sutter – Somm, § 64, N. 1187; Tuor / Schneyder / Schmid / Jungo, § 90 N. 22; Akçaal, *Eşya*, s. 58; Akipek / Akıntürk / Ateş, s. 127; Antalya / Topuz, s. 202; Ayan, s. 84; Gürsoy / Eren / Cansel, s. 94; Kılıçoğlu, s. 15; Nomer / Ergüne, s. 34; Oğuzman / Seliçi / Oktay – Özdemir, N. 291; Serozan, s. 116; Sirmen, s. 49; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 60; Ünal / Başpınar, s. 115.

yükü, yüklü taşınmaz malikini hak sahibine karşı bir şey vermek ya da bir şey yapmak gibi olumlu nitelik taşıyan kişisel bir edimi<sup>79</sup> yerine getirmeye zorlayan; malikin üstlenmiş olduğu bu edimleri yerine getirmemesi hâlinde ise hak sahibine taşınmazı paraya çevirme yetkisi tanıyan bir haktır<sup>80</sup>.

Taşınmaz yükünde hak sahibinin taşınmaz üzerinde maddî bir hâkimiyeti bulunmamaktadır<sup>81</sup>. Başka bir ifadeyle aynı haklardan birisi olan taşınmaz yükü, hak sahibi lehine taşınmaz üzerinde fiilî hâkimiyete yol açmaz ve bu nedenle eşya üzerinde zilyetlikten bahsedilebilmesi mümkün değildir<sup>82</sup>. Burada taşınmaz yükünün içeriği, yüklü taşınmazın her bir sahibinin<sup>83</sup> yerine getirmesi gereken hak sahibinin ifa talebine karşılık gelir<sup>84</sup>. Dolayısıyla hak sahibi, yükün konusu olan edimlerin yerine getirilmesini yüklü taşınmazın malikinden isteyebilir. Burada kararlaştırılan edimlerin taşınmaz maliki tarafından yerine getirilmesi veya hak sahibinin bunları kabul etmesi ya da hak sahibi tarafından bu edimlerin yerine getirilmesinin talep edilmesi ve gerektiğinde mahkemede ileri sürülmesi hakkın kullanılması anlamına gelir<sup>85</sup>. Hakkın kullanılıp kullanılmadığı hususunda, kural olarak iş ilişkilerinde kabul gören anlayış dikkate alınır<sup>86</sup>.

Taşınmaz yükünde yüklü taşınmazın maliki borcunu yerine getirmezse, hak sahibi taşınmazı paraya çevirerek alacağını tahsil etme yetkisine sahiptir. Bu yönüyle taşınmaz yükü taşınmaz rehnine yaklaşıp. Fakat taşınmaz yükü

ile benzerliğine rağmen, taşınmaz rehninde hak zilyetliği mümkün değildir<sup>87</sup>. Kanun koyucu, hak zilyetliğine konu olabilecek haklar bakımından taşınmaz yükünü, rehin gibi diğer aynı haklara değil de taşınmaz üzerindeki irtifak haklarına yaklaştırmıştır<sup>88</sup>. Hak zilyetliğine ilişkin düzenlemenin amacı dikkate alındığında, taşınmaz üzerindeki irtifak haklarına nazaran taşınmaz yükü pratik açıdan daha az bir öneme sahiptir<sup>89</sup>. Gerçekten de taşınmaz yükünde hak sahibi, zilyetliğin korunmasına ilişkin hükümlere başvurmaksızın taşınmazı paraya çevirerek alacağını elde edebilir. Ancak taşınmaz yüküne konu teşkil eden taşınmaz üzerinde hak sahibinin eşya zilyetliği olmadığından hak zilyetliğine ilişkin düzenleme, esas olarak taşınmaz yükünün kazandırıcı zamanaşımı ile iktisap edilebilmesi bakımından önem taşımaktadır<sup>90</sup>.

### 3. Diğer Haklar

İsviçre Hukuku'nda hak zilyetliğine ilişkin kanun hükmü açıkça taşınmaz lehine irtifak hakları ve taşınmaz yükü ile sınırlı olmasına rağmen, öğretide hükmün kıyas yoluyla fikrî mülkiyet hakkı (*Immaterialgüterrecht*), ticaret unvanı (*Firmenrecht*) ve hatta kısmen alacak haklarını (*Forderungen*) da kapsayacak şekilde genişletilip genişletilemeyeceği tartışılmaktadır<sup>91</sup>. *İsviçre Hukuku'nda yer alan bir görüşe göre*, zilyetlik olarak tabir edilen fiilî hâkimiyet öncelikle eşyalara atıfta bulunsa da alacak hakkı, marka hakkı, tasarım hakkı, patent hakkı ve ticaret unvanı gibi haklar üzerinde de düşünülebilir<sup>92</sup>. *İsviçre Hukuku'nda hâkim olan görüşe göre ise*, kişi lehine

<sup>79</sup> TMK m. 839/III uyarınca taşınmaz yükünün konusu ancak yüklü taşınmazın ekonomik niteliğinden doğan veya yararlanan taşınmazın ekonomik ihtiyaçlarını karşılayan bir edim olabilir. Bu konuda ayrıca bkz., Tek, *Taşınmaz Yükü*, s. 221.

<sup>80</sup> Hülya Atlan Gürer, "Taşınmaz Yükünün Türk/İsviçre Hukuk Sistemindeki Yeri ve Güncel Fonksiyonu Üzerine", *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 19 (2), 2020, s. 310-311; Serozan / Engin / Atamer, Birinci Başlık, İkinci Bölüm, § 4 N. 7i; Tek, *Taşınmaz Yükü*, s. 220-221.

<sup>81</sup> Akçaal, *Eşya*, s. 659.

<sup>82</sup> Domej / Schmidt, *KUKO ZGB*, Art. 919, N. 23; Fuchs, N. 52; Simonius / Sutter, § 9, N. 16; Sutter – Somm, § 64, N. 1187.

<sup>83</sup> Taşınmaz yükünün eşyaya bağlı borç ilişkisi doğurduğu hususunda bkz., Atlan Gürer, s. 313.

<sup>84</sup> Simonius / Sutter, § 9, N. 16.

<sup>85</sup> Fuchs, N. 54; Homberger, Art. 919 N. 27; Schmid / Hürlimann-Kaup, N. 121; Schmid / von Graffenried, *OFK ZGB*, Art. 919, N. 26; Stark / Lindenmann, Art. 919, N. 91; Akipek / Akıntürk / Ateş, s. 128; Nomer / Ergüne, s. 35; Oğuzman / Seliçi / Oktay – Özdemir, N. 291; Sirmen, s. 50; Ünal / Başpınar, s. 116.

<sup>86</sup> Akipek / Akıntürk / Ateş, s. 128.

<sup>87</sup> Arnet / Eitel, *CHK ZGB*, Art. 919, N. 6; Stark / Lindenmann, Art. 919, N. 76.

<sup>88</sup> Stark / Lindenmann, Art. 919, N. 81.

<sup>89</sup> *Türk Hukuku'nda yer alan bir görüşe göre*, taşınmaz yükünün hak zilyetliğine konu teşkil edileceği düzenlenmiş olsa bile, taşınmaz yükü bakımından hak zilyetliğinin gerçekleşmesine imkân bulunmamaktadır. Ayrıca taşınmaz yükünde buna gerek de yoktur. Zira taşınmaz yükü, hukukî niteliği itibarıyla bir teminat müessesesidir. Eğer yüklü taşınmaz maliki borcunu yerine getirmezse, alacaklı TMK m. 839-850 uyarınca özel olarak düzenlenmiş olan haklarını kullanabilir. Dolayısıyla hak sahibinin ayrıca zilyetliği koruyucu dava açmasına gerek yoktur. Bu görüş için bkz., Ertaş, s. 36.

<sup>90</sup> Stark / Lindenmann, Art. 919, N. 81.

<sup>91</sup> İsviçre Hukuku bakımından bu konuda bkz., Arnet / Eitel, *CHK ZGB*, Art. 919, N. 6; Domej / Schmidt, *KUKO ZGB*, Art. 919, N. 22; Ernst, *BSK ZGB II*, Art. 919, N. 48; Fuchs, N. 51; Hrubesch-Millauer / Graham-Siegenthaler / Roberto, N. 02.60; Schmid / Hürlimann-Kaup, N. 119; Schmid / von Graffenried, *OFK ZGB*, Art. 919, N. 25; Stark / Lindenmann, Art. 919, N. 69 vd.; Sutter – Somm, § 64, N. 1187; Tuor / Schneyder / Schmid / Jungo, § 90 N. 22.

<sup>92</sup> Stark / Lindenmann, Art. 919, N. 69 vd. Benzer şekilde, *Troller* de zilyetliğe ilişkin hükümlerin fikrî mülkiyet haklarına uygulanmasını savunmaktadır. Bkz., Alois Troller, *Immaterialgüterrecht*, 3. Auflage, C. I, Helbing Lichtenhahn Verlag, 1983, s. 76. Fakat

irtifak hakları hariç olmak üzere, hak zilyetliğinin uygulama alanına girecek olan hakların kapsamını genişletecek şekilde daha fazla kıyasın yapılması reddedilmelidir<sup>93</sup>.

Türk Hukuku bakımından da hak zilyetliğinin uygulama alanına fikrî mülkiyet hakları, ticaret unvanı ve alacaklar gibi hakları dâhil etmeyen görüş üstün tutulmalıdır<sup>94</sup>. Bu çalışmada kabul edilen görüşe göre, cismanî varlığı olmayan haklar üzerinde zilyetliğin tesis edilmesi söz konusu değildir. Hak zilyetliğini konu alan TMK m. 973/II hükmü de zilyetliğin özel bir türünü, yani haklar üzerinde zilyetliği düzenlemektedir. Bu düzenlemenin amacı, hak sahibinin eşya üzerinde zilyet olmadığı ve fakat hakkın kullanılması olgusunun gerçekleştiği istisnai durumlarda zilyetliğe tanınan hukukî korumadan hakkı kullanan kimselerin yararlanmasını sağlamaktır. Ayrıca hak zilyetliğinin uygulama alanına girecek olan hakların kapsamının genişletilmesi, zilyetlik kavramının içinin boşaltılması sonucunu doğurabilir. Eğer kanun koyucu bu hakların da zilyetliğe ilişkin hükümlerden yararlanmasını istiyorsa, buna sadece hak zilyetliğine ilişkin hükmün kıyasen uygulanması ile değil, aynı zamanda cismanî varlığı olmayan şeyler üzerinde zilyetliğin kabul edilmesiyle de ulaşabilir<sup>95</sup>.

Son olarak, kripto varlıklar ya da NFT'ler gibi dijital veriler üzerinde eşya zilyetliğinden ve hak zilyetliğinden bahsedilip bahsedilemeyeceği hususu üzerinde durulmalıdır. Daha önceden de ifade edildiği üzere, zilyetlik kural olarak hukuken eşya vasfını taşıyan cismanî varlıklar üzerinde ortaya çıkar. Oysa kripto varlık ve NFT gibi dijital verilerin cismanî varlıkları

hemen ifade edilmelidir ki, gayrimaddî mallar üzerinde fiilî hâkimiyet kurulamayacağı için bunlar üzerinde TMK m. 973/I anlamında eşya zilyetliğinden bahsedilemez. Buna karşılık gayrimaddî malın somutlaşmış olduğu şey üzerinde zilyetlikten bahsetmek mümkündür. Bu konuda bkz., Doruk Utku, *Sinai Hakların Rehni*, Yetkin Yayınları, 2009, s. 203, dn. 539; Ünal Tekinalp, *Fikrî Mülkiyet Hukuku*, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, 2012, s. 5-6.

<sup>93</sup> Arnet / Eitel, *CHK ZGB*, Art. 919, N. 6; Domej / Schmidt, *KUKO ZGB*, Art. 919, N. 2, 22; Ernst, *BSK ZGB II*, Art. 919, N. 48; Fuchs, N. 51; Homberger, Art. 919 N. 19; Sutter – Somm, § 64, N. 1187. BGer, 15. 1. 2013, 4A\_634/2012, E. 1.2.2 nolu kararda meselenin alacak hakları bakımından açıkta bırakıldığı hususunda bkz., Ernst, *BSK ZGB II*, Art. 919, N. 48; Fuchs, N. 51, dn. 175.

<sup>94</sup> Akçaal, *Eşya*, s. 58. Aksi görüşte olan *Antalya / Topuz*'a göre, fikrî ve sınaî haklara hak zilyetliğine ilişkin hükümler kıyasen uygulanabilir. Buna karşılık firma adı ise, hak olarak kişilik hakları kapsamında olduğundan hak zilyetliği kapsamına girmez (bkz., a.g.e., s. 203).

<sup>95</sup> İsviçre Hukuku bakımından benzer yönde bir değerlendirme için bkz., Sutter – Somm, § 64, N. 1187.

bulunmamaktadır<sup>96</sup>. Bu nedenle mevcut yasal düzenlemeler çerçevesinde kripto varlıkların ve NFT'lerin hukukî anlamda eşya olarak kabul edilmemeleri gerektiği<sup>97</sup> ve bunlar bakımından eşya üzerinde fiilî hâkimiyete karşılık gelen eşya zilyetliğinin söz konusu olamayacağı belirtilmelidir<sup>98</sup>. Eşya zilyetliğinin yanı sıra hak zilyetliği de kripto varlıklar ve NFT'ler bakımından söz konusu olmaz<sup>99</sup>. Hatta hak zilyetliğine ilişkin kanun hükmünün uygulama alanına giren hakların kıyas yoluyla genişletilmesine ilişkin görüş benimsenmiş olsa dahi bunlar üzerinde hak zilyetliğinden bahsedilemez. Zira kripto para birimleri üzerinde, hak zilyetliğine ilişkin hükümlerin kıyasen kripto para birimlerine uygulanabilmesine olanak sağlayacak herhangi bir hak<sup>100</sup> bulunmamaktadır<sup>101</sup>. Ayrıca bunlar bakımından hak zilyetliğinin söz konusu olabilmesi için gerekli olan hakkın fiilen kullanılması koşulunun gerçekleşmesi de mümkün değildir.

## B. Hakkın Fiilen Kullanılması

Hak zilyetliğinden bahsedilebilmesi için her şeyden önce hak zilyetliğine

<sup>96</sup> Cordula Lötscher, *Der digitale Nachlass*, Schulthess Verlag, 2020, N. 333.

<sup>97</sup> Kripto varlıkların ve NFT'lerin eşya olarak kabul edilip edilemeyeceği hususu öğretilerde tartışmalıdır. Türk, İsviçre ve Alman Hukukunda kripto varlıkların ve NFT'lerin cismanîlik unsurunu taşımadıkları için eşya olarak nitelendirilemeyeceği görüşü hâkimdir. Bununla birlikte, öğretilerde eşya kavramının değişmez nitelikte olmadığı, teknik ve ekonomik gelişmelere bağlı olarak kavramın ekonomik ve sosyal şartlara uygun anlaşılması gerektiği de ifade edilmektedir. Kanımızca, kanun koyucu tarafından kripto varlık veya NFT gibi dijital verilere eşyaya ilişkin hükümlerin uygulanabilmesine yönelik açık bir düzenleme yapılmıyacağı kadar, bunlar eşya niteliğinde kabul edilmemeli ve bunlara eşyaya ilişkin hükümler kıyasen uygulanmamalıdır. Kripto varlıkların ve NFT'lerin eşya olarak kabul edilip edilemeyecekleri hususundaki görüşler için ayrıca bkz., Asuman Turanboy, “Kripto Paraların Ortaya Çıkmaları ve Hukukî Nitelikleri”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 35 (3), Eylül 2019, s. 57; Genç Özdemir, “Kripto Paraların Eşya Niteliği”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 11 (1), 2021, s. 297 vd.; Mehmet Akçaal, “NFT (Değiştirilemeyen Jeton) Sanat Eserlerinin Miras Yoluyla Geçmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 34 (159), Mart 2022, s. 376 vd.; Mesut Serdar Çekin, “Kripto Varlıklar Üzerinde Gerçekleştirilen İşlemlerin Borçlar Hukuku ve Eşya Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 9 (1), 2022, s. 7; Numan Tekelioğlu, “Eşya Kavramını Yeniden Düşünmek: NFT'lerin Eşya Niteliği ve Eşya Hukuku Bakımından Geleceği Üzerine Bir İnceleme”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 30 (3), 2022, s. 1305 vd.; Sinan Sami Akkurt, *Dijital Varlıkların Miras Yoluyla Birakılması*, Seçkin Yayıncılık, 2022, s. 149-152.

<sup>98</sup> Lötscher, N. 333.

<sup>99</sup> Lötscher, N. 333.

<sup>100</sup> *İsviçre Hukuku öğretisinde ileri sürülen bir görüşe göre*, kripto para birimleri üzerinde mutlak hak veya nisbi hak bulunmamaktadır. Bkz., Lötscher, N. 333. Ayrıca bkz., Çekin, s. 6 vd.

<sup>101</sup> Lötscher, N. 333.

elverişli bir aynî hakkın varlığı gereklidir<sup>102</sup>. Dolayısıyla TMK m. 973/II ve ZGB Art. 919/II'nin uygulama alanına girmeyen bir hakkın kullanılması hak zilyetliğine vücut vermez<sup>103</sup>. Örneğin, taşınmaz rehni gibi üzerinde fiilî hâkimiyetin bulunmadığı bir sınırlı aynî hakkın kullanımını zilyetliğe eş değer nitelikte değildir<sup>104</sup>. Bu yüzden taşınmaz rehni bakımından hak zilyetliğine ilişkin hükümlere başvurulamaz.

Hak zilyetliğine elverişli bir aynî hakkın kendisi de hak zilyetliğinin sağlamış olduğu korumadan yararlanabilmek için tek başına yeterli değildir<sup>105</sup>. Başka bir ifadeyle, maddî hukuk bakımından hak sahibi olan kimsenin hakkını kullanmaması hâlinde hak zilyetliğinden bahsedilebilmesi mümkün değildir<sup>106</sup>. Bu nedenle hak zilyetliği, ancak hak sahibi kimse tarafından “*hakkın fiilen kullanılması*”<sup>107</sup> durumunda söz konusu olur<sup>108</sup>. Bu durumda hak zilyetliğinin hakkın fiilen kullanılmasıyla başladığı belirtilmelidir<sup>109</sup>.

Hak zilyetliğinde hakkın fiilen kullanılması olgusu, TMK m. 973/I ve ZGB Art. 919/I anlamında eşya üzerindeki fiilî hâkimiyete yani eşya

zilyetliğine karşılık gelir<sup>110</sup>. Her ne kadar hakkın fiilen kullanılması olgusu eşya zilyetliğinden temelde farklı olsa da hukuk düzeni, açık bir kanun hükmüyle taşınmaz üzerindeki irtifakların ve taşınmaz yükünün fiilen kullanılmasının eşya zilyetliğine eş değer sayılacağını düzenleyerek taşınmaz üzerinde fiilî hâkimiyete sahip olmayan ve fakat hakkını fiilen kullanan kimsenin<sup>111</sup> zilyetliğe ilişkin hükümlerden yararlanmasını amaçlamıştır<sup>112</sup>.

Hakkın fiilen kullanılması, hak zilyetliğine konu teşkil eden aynî haktan doğan yetkinin ileri sürülmesiyle gerçekleşir<sup>113</sup>. Hakkın kullanılması meselesi sadece olumsuz irtifaklar ve taşınmaz yükü bakımından söz konusu olur<sup>114</sup>:

- *Olumsuz irtifaklarda* hakkın kullanılması, ilk olarak yüklü taşınmaz malikinin irtifak hakkına riayet etmek için yasaklanmış olan davranışı yapmaktan kaçınması şeklinde ortaya çıkabilir<sup>115</sup>. Örneğin, komşu taşınmaz lehine manzara kapatmama irtifakının kararlaştırılması ve yüklü taşınmazın malikinin irtifak hakkı nedeniyle yararlanan taşınmazın manzarasını kapatacak şekilde inşaat yapmaktan kaçınması hâlinde, yararlanan taşınmazın malikinin irtifak hakkını kullanmış olduğu kabul edilmelidir<sup>116</sup>. Her ne kadar

<sup>102</sup> Hak zilyetliğine elverişli haklar için bkz., II., A.

<sup>103</sup> Simonius / Sutter, § 9, N. 18.

<sup>104</sup> Simonius / Sutter, § 9, N. 18. Taşınmaz rehniyle sadece sicil zilyetliği (*Buchbesitz*) ilişkilendirilebilir. Buna karşılık hak zilyetliği ve eşya zilyetliği taşınmaz rehni bakımından söz konusu olmaz. Bkz., Simonius / Sutter, § 9, dn. 33.

<sup>105</sup> Sutter – Somm, § 64, N. 1195.

<sup>106</sup> Sutter – Somm, § 64, N. 1195. Benzer yönde *Ernst*'e göre, kanuna göre ortaya çıkmış ancak kullanılmamış bir hak bakımından hak zilyetliği söz konusu olmaz. Bu yüzden maddî hukuktan farklı olarak, zilyetliğe ilişkin hükümlere başvurulamaz. Bkz., Ernst, *BSK ZGB II*, Art. 919, N. 47, 51.

<sup>107</sup> *İsviçre Hukuku'nda yer alan bir görüşe göre*, ZGB Art. 919/II'de irtifak hakkı üzerinde zilyetliğin, hakkın fiilen kullanılması (*tatsächliche Ausübung des Rechts*) şeklinde formülize edilmesi yerinde olmamıştır. Nitekim olumsuz irtifak hakkı bakımından hak zilyetliği hakkın fiilen kullanılmasını değil, Kanunun eşya zilyetliğinde olduğu gibi, belirli hukukî sonuçlar bağladığı hakla ilişkili bir konuma fiilen sahip olmayı ifade eder. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., Rey, Systematischer Teil, N. 122-124.

<sup>108</sup> İsviçre Hukuku bakımından bu yönde bkz., Arnet / Eitel, *CHK ZGB*, Art. 919, N. 7; Domej / Schmidt, *KUKO ZGB*, Art. 919, N. 24; Fuchs, N. 53; Homberger, Art. 919 N. 26; Schmid / Hürlimann-Kaup, N. 121; Schmid / von Graffenried, *OFK ZGB*, Art. 919, N. 26; Simonius / Sutter, § 9, N. 18-19; Stark / Lindenmann, Art. 919, N. 84 vd.; Sutter – Somm, § 64, N. 1195; Tuor / Schneyder / Schmid / Jungo, § 90 N. 22. Türk Hukuku bakımından bu yönde bkz., Akipek / Akıntürk / Ateş, s. 128; Ertaş, s. 36; Gürsoy / Eren / Cansel, s. 95; Nomer / Ergüne, s. 35; Serozan, s. 116; Sirmen, s. 50; Özkaya, s. 3414, dn. 20; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 61.

<sup>109</sup> Antalya / Topuz, s. 203.

<sup>110</sup> Arnet / Eitel, *CHK ZGB*, Art. 919, N. 7; Ernst, *BSK ZGB II*, Art. 919, N. 51; Simonius / Sutter, § 9, N. 18; Stark / Lindenmann, Art. 919, N. 84; Sutter – Somm, § 64, N. 1195; Tuor / Schneyder / Schmid / Jungo, § 90 N. 21; Antalya / Topuz, s. 203; Gürsoy / Eren / Cansel, s. 95. Benzer yönde *Akipek / Akıntürk / Ateş*'e göre, hak zilyetliğinde fiilî hâkimiyet olgusu, hak sahibi tarafından irtifak hakkının ya da taşınmaz yükünün “doğrudan doğruya ve az çok sürekli olarak kullanılmasına” eş değer tutulmuştur (bkz., a.g.e., s. 128).

<sup>111</sup> *İsviçre Hukuku'nda yer alan bir görüşe göre*, hakkın bizzat aynî hak sahibi tarafından kullanılması gerekli olmayıp, fer'î zilyet ya da zilyet yardımcısının bu hakkı kullanması yeterlidir. Bkz., Arnet / Eitel, *CHK ZGB*, Art. 919, N. 7; Stark / Lindenmann, Art. 919, N. 89. Eşya üzerinde zilyetlikte olduğu gibi hak zilyetliğinde de fer'î zilyetliğin, zilyet yardımcılığının ve geniş anlamda birlikte zilyetliğin söz konusu olabileceği hususunda ayrıca bkz., Arnet / Eitel, *CHK ZGB*, Art. 919, N. 6.

<sup>112</sup> Simonius / Sutter, § 9, N. 18.

<sup>113</sup> Akipek / Akıntürk / Ateş, s. 128; Antalya / Topuz, s. 203.

<sup>114</sup> Sutter – Somm, § 64, N. 1196. Olumlu irtifaklar sahibine eşya üzerinde fiilî hâkimiyet imkânı verir. Bu nedenle olumlu irtifak hakkı sahibi, TMK m. 973/I (ZGB Art. 919/I) uyarınca zilyetliğe tanınan korumadan yararlanabilir. Buna karşılık olumsuz irtifaklar ve taşınmaz yükü hak sahibine eşya üzerinde fiilî hâkimiyet imkânı vermez. Dolayısıyla hak zilyetliği ve bununla bağlantılı olarak hakkın fiilen kullanılması olgusu, ancak olumsuz irtifaklar ve taşınmaz yükü bakımından ortaya çıkar.

<sup>115</sup> Schmid / Hürlimann-Kaup, N. 121; Schmid / von Graffenried, *OFK ZGB*, Art. 919, N. 26; Nomer / Ergüne, s. 35; Oğuzman / Seliçi / Oktay – Özdemir, N. 291; Sirmen, s. 50. Alman Hukuku bakımından benzer yönde bkz., Mohr, *MünchKomm BGB*, § 1029, N. 6; Weber, *Staudinger BGB*, § 1029, N. 8.

<sup>116</sup> Buna karşılık *İsviçre Hukuku'nda yer alan bir görüşe göre*, olumsuz irtifak hakları bakımından

yüklü taşınmaz malikinin irtifak hakkı nedeniyle borcuna riayet etmesi ve mülkiyet hakkının kendisine verdiği yetkileri kullanmaktan kaçınması gerekirse de yüklü taşınmaz maliki buna uygun hareket etmeyebilir. Böyle bir durumda irtifak hakkı sahibinin<sup>117</sup> hakkını dava açarak ya da dava dışında yüklü taşınmazın malikine karşı ileri sürmesi ya da hakkına riayet edilmemesi sebebiyle kendi hakkını koruması, hakkın kullanılmasına karşılık gelir<sup>118</sup>. Örneğin, komşu taşınmaz lehine manzara kapatmama irtifakının kararlaştırılması ve fakat irtifak hakkına rağmen yüklü taşınmazın malikinin yararlanan taşınmazın manzarasını kapatacak ölçüde<sup>119</sup> inşaata başlaması ve bunun üzerine yararlanan taşınmazın malikinin inşaatın durdurulması amacıyla ihtarda veya itirazda bulunarak yahut inşaatın başlamaması amacıyla taşınmaza araç girişini engelleyerek ya da dava açarak kendini savunması hakkın kullanılması anlamına gelir<sup>120</sup>. Böylece yararlanan taşınmazın maliki, manzara kapatmama irtifakı sayesinde söz konusu taşınmaz üzerinde eşya zilyetliğine eş değer bir zilyetlik yani hak zilyetliği elde etmiş olur ve bu sayede yüklü taşınmazın malikinin irtifak hakkına aykırı davranışına karşı

hakkın kullanılması, sadece yüklü taşınmazın malikinin yasaklanan davranışı ihmâlden ibaret olamaz. Başka bir ifadeyle, kaçınma tek başına hakkın kullanılmış kabul edilebilmesi için yeterli değildir. Zira böyle bir kaçınma, irtifak hakkı ile bağlantılı olmaksızın farklı sâiklere, örneğin basit bir ilgi eksiliğine de dayanabilir. Bu nedenle bir kimsenin taşınmazında inşaat yapmaktan kaçınması, herhangi bir sebeple olabilir ve hiçbir şekilde inşaat yasağına ilişkin irtifakın tanıdığı anlamına gelmez. Daha ziyade burada hakkın kullanılmasından, irtifak hakkına sahip olan kimsenin ihtarda bulunması, yasaklamaya ilişkin talepte bulunması veya dava açması gibi aktif (olumlu) bir davranış şeklinde yüklü taşınmaz malikine karşı hakkını ileri sürmesi anlaşılmalıdır. Bu konuda bkz., Fuchs, N. 53; Homberger, Art. 919 N. 29; Simonius / Sutter, § 9, N. 19; Stark / Lindenmann, Art. 919, N. 90; Sutter – Somm, § 64, N. 1196. Türk Hukuku bakımından ayrıca bkz., Serozan, s. 116.

<sup>117</sup> Taşınmaz lehine irtifak hakkı bakımından hak zilyedi, irtifak hakkına sahip olan kimsedir. Bununla birlikte, öğretide, irtifak hakkı ile bağlantılı aynı hak ya da nisbî hak elde eden ve bu nedenle yüklü taşınmazın malikinin mülkiyet hakkına ilişkin uygulanan sınırlandırmanın devamında menfaati olan kişiler de hak zilyedi olarak kabul edilmektedir. Bkz., Rey, Systematischer Teil, N. 124.

<sup>118</sup> İsviçre Hukuku bakımından bkz., Arnet / Eitel, *CHK ZGB*, Art. 919, N. 7; Fuchs, N. 53; Schmid / Hürlimann-Kaup, N. 121; Schmid / von Graffenried, *OFK ZGB*, Art. 919, N. 26; Sutter – Somm, § 64, N. 1196. Türk Hukuku bakımından bkz., Akipek / Akıntürk / Ateş, s. 128; Nomer / Ergüne, s. 35; Oğuzman / Seliçi / Oktay – Özdemir, N. 291; Sirmen, s. 50; Ünal / Başpınar, s. 115.

<sup>119</sup> Burada yararlanan taşınmazın malikinin subjektif olarak söz konusu davranışa katlanamaması değil, taşınmazın konumu ya da kullanım amacı göz önünde bulundurularak *objektif* açıdan irtifak hakkının sınırının aşılmadığı dikkate alınmalıdır.

<sup>120</sup> Ünal / Başpınar, s. 116.

zilyetliğin korunmasına ilişkin hükümlere başvurabilir<sup>121</sup>.

- *Taşınmaz yükünde* ise kararlaştırılan edimlerin taşınmaz maliki tarafından yerine getirilmesi veya hak sahibinin bunları kabul etmesi ya da hak sahibi tarafından bu edimlerin yerine getirilmesinin talep edilmesi ve gerektiğinde mahkemede ileri sürülmesi hakkın kullanılması anlamına gelir<sup>122</sup>. Örneğin, taşınmaz yükünün konusunu bir çiftlik sahibinin bir süt fabrikasına süt teslim etmesi oluşturabilir. Bu durumda sütlerin teslimini istemek yahut verilen sütleri teslim almak suretiyle hak zilyetliği kullanılmış olur<sup>123</sup>.

Burada üzerinde durulması gereken bir diğer husus, hakkın fiilen kullanılmasından tam olarak ne anlaşılması gerektiği ve özellikle de hakkın kullanılmasının ne şekilde gerçekleştirileceği ve *ne sıklıkta* hakkın kullanılmasının gerekli olduğudur. Bu hususta Türk – İsviçre Hukukunda bir düzenleme bulunmamaktadır<sup>124</sup>. Somut uyuşmazlığa göre, hakkın yeterli sıklıkta kullanılıp kullanılmadığı ve bunun hak sahibi ve üçüncü kişiler için yeterince fark edilebilir olup olmadığı, hâkim tarafından iş ilişkileri<sup>125</sup> de dikkate alınmak suretiyle takdir edilmelidir<sup>126</sup>. Buna karşılık hak zilyetliğinin söz konusu olabilmesi için hakkın belirli bir süre içerisinde ne sıklıkta kullanılmasının gerekli olduğuna ilişkin olarak Alman Hukuku'nda açık

<sup>121</sup> Hakkın fiilen kullanılmasının irtifak hakkının içeriğinin tespit edilmesi bakımından da önem arz edeceği hususunda bkz., Stark / Lindenmann, Art. 919, N. 92.

<sup>122</sup> İsviçre Hukuku bakımından bkz., Fuchs, N. 54; Homberger, Art. 919 N. 27; Schmid / Hürlimann-Kaup, N. 121; Schmid / von Graffenried, *OFK ZGB*, Art. 919, N. 26; Stark / Lindenmann, Art. 919, N. 91. Türk Hukuku bakımından bkz., Akipek / Akıntürk / Ateş, s. 128; Nomer / Ergüne, s. 35; Oğuzman / Seliçi / Oktay – Özdemir, N. 291; Sirmen, s. 50; Ünal / Başpınar, s. 116. *İsviçre Hukuku'nda yer alan bir görüşe göre*, taşınmaz yükü söz konusu olduğunda “hakkın kullanılması”ndan sınırlı aynı hakka sahip olan kimsenin borçlu olunan edimleri kabul etmesi, ihtarda bulunması veya dava açması gibi aktif bir şekilde hakkını ileri sürmesi anlaşılır. Bu bakımından bu görüşe göre, kararlaştırılan edimlerin taşınmaz maliki tarafından yerine getirilmesinin tek başına hakkın kullanılması olarak kabul edilemeyeceği söylenilebilir. Bkz., Simonius / Sutter, § 9, N. 19; Sutter – Somm, § 64, N. 1197.

<sup>123</sup> Akipek / Akıntürk / Ateş, s. 128.

<sup>124</sup> Domej / Schmidt, *KUKO ZGB*, Art. 919, N. 24; Ernst, *BSK ZGB II*, Art. 919, N. 52; Antalya / Topuz, s. 203.

<sup>125</sup> Akipek / Akıntürk / Ateş, s. 128; Antalya / Topuz, s. 203.

<sup>126</sup> Hakkın kullanılmasına ilişkin koşulların uygulamada netleştirilmesi gerektiği, zira kanun koyucunun hakkın fiilen kullanılmasını tanımlayamayacağı hususunda bkz., Domej / Schmidt, *KUKO ZGB*, Art. 919, N. 24; Ernst, *BSK ZGB II*, Art. 919, N. 52-53; Stark / Lindenmann, Art. 919, N. 87; Sutter – Somm, § 64, N. 1196. Ayrıca, öğretide hak zilyetliği bakımından hakkın kullanılması kavramının sıkı koşullara bağlanmasının yerinde olacağı da ifade edilmektedir. Bkz., Stark / Lindenmann, Art. 919, N. 88.

bir düzenleme bulunmaktadır. Gerçekten BGB § 1029'a göre<sup>127</sup>, hakkın zilyetliğe saldırıdan önceki bir yıl içerisinde en az bir kez kullanılmış olması gerekmektedir<sup>128</sup>.

Hakkın kullanılıp kullanılmadığı hususunda basit bir bildirim, ihtar, yasaklamayı içeren bir mektup ya da e-mail yahut telefon gibi araçlarla hakka açıkça işaret edilmesi yeterli kabul edilmeli, hakkın yasal olarak ileri sürülmesi ise şart olarak aranmamalıdır<sup>129</sup>. Keza hakkın ileri sürülmesine ilişkin bu bildirimler tek seferlik olabileceği gibi, birden fazla da yapılabilir<sup>130</sup>. Yüklü taşınmaz malikinin hak sahibine karşı olumsuz bir irtifak hakkı tanıdığını kabul etmesi hâlinde, artık diğer tarafın hakkını kullandığını ispatlamasına gerek bulunmamaktadır<sup>131</sup>. Bunun dışında kalan durumlarda, hakkın fiilen kullanıldığına ilişkin ispat yükü zilyede aittir<sup>132</sup>.

### C. Tapu Siciline Tescilin Gerekli Olup Olmadığı Sorunu

Türk – İsviçre Hukukunda hak zilyetliğinin ileri sürülebilmesi için tapu

<sup>127</sup> BGB § 1029 hükmü şu şekildedir: “Wird der Besitzer eines Grundstücks in der Ausübung einer für den Eigentümer im Grundbuch eingetragenen Grunddienstbarkeit gestört, so finden die für den Besitzschutz geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung, soweit die Dienstbarkeit innerhalb eines Jahres vor der Störung, sei es auch nur einmal, ausgeübt worden ist.”. Söz konusu hüküm Türkçe'ye, “Bir taşınmazın zilyedi, tapu siciline malik adına kayıtlı taşınmaz lehine irtifak hakkının kullanılması sırasında zilyetliği saldırıya uğrarsa, zilyetliğin korunmasına ilişkin hükümler irtifak hakkı zilyetliğe saldırıdan önceki bir yıl içerisinde sadece bir defa bile kullanılmış olursa kıyasen uygulanabilir.” şeklinde tercüme edilebilir.

<sup>128</sup> Alman Hukuku bakımından bkz., Berger, *Jauernig BGB*, § 1029, N. 4; Dirk-Ulrich Otto, *NK-BGB*, § 1029, N. 2; Ernst, *BSK ZGB II*, Art. 919, N. 52; Herrler, *Palandt BGB*, § 1029, N. 2; Mohr, *MünchKomm BGB*, § 1029, N. 6; Prütting, N. 890; Stark / Lindenmann, Art. 919, N. 87; Weber, *Staudinger BGB*, § 1029, N. 7. Hakkın kullanımının nasıl gerçekleştirilmesi gerektiği ise, irtifak hakkının içeriğine göre belirlenir. Bkz., Mohr, *MünchKomm BGB*, § 1029, N. 6.

<sup>129</sup> Benzer yönde bkz., Stark / Lindenmann, Art. 919, N. 90; Sutter – Somm, § 64, N. 1196. *İsviçre Hukuku'nda yer alan bir görüşe göre*, tapu siciline tescil işleminin ya da irtifak sözleşmenin çok eski tarihli olmaması hâlinde yüklü taşınmazın malikine ayrıca bir bildirimde bulunulması gerekli değildir. Bkz., Sutter – Somm, § 64, N. 1196.

<sup>130</sup> Ernst, *BSK ZGB II*, Art. 919, N. 53; Sutter – Somm, § 64, N. 1196. Benzer yönde *Antalya / Topuz'a göre*, BGB § 1029 uyarınca hak zilyetliğinin korunmasından bahsedilebilmesi için, haktaki ihlalin bir yıl içinde en az bir kere gerçekleşmiş olması gerekir. Ancak Türk Medenî Kanunu'nda buna ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle hakkın belirli bir zaman içerisinde ve/veya belirli sayıda kullanılmaması, hak zilyetliğine başvurulmasını engellemez (bkz., a.g.e., s. 203).

<sup>131</sup> Ernst, *BSK ZGB II*, Art. 919, N. 53; Sutter – Somm, § 64, N. 1196.

<sup>132</sup> Homberger, Art. 919 N. 30; Sutter – Somm, § 64, N. 1198.

siciline tescilin gerekli olup olmadığı hususu tartışmalıdır<sup>133</sup>:

- *İsviçre Hukuku'nda özellikle Homberger tarafından savunulan bir görüşe göre*, hak zilyetliğinden bahsedilebilmesi için taşınmaz lehine irtifak hakkının veya taşınmaz yükünün tapu siciline tescil edilmesi gerekir<sup>134</sup>. Zira ancak tescil ile birlikte hak zilyetliğine konu olan aynî hakkın kurulması mümkün olur. Fakat bu görüşe göre de tescilin hukukî sebebinin geçerli olması gerekli değildir<sup>135</sup>. İsviçre Hukuku'nda azınlıkta kalan bu görüş, Türk Hukuku bakımından ise ağırlıklı olarak savunulmaktadır<sup>136</sup>. Bu görüşün kabul edilmesi hâlinde tapu sicilindeki tescil, hak sahibine, olumsuz irtifaklarda ve taşınmaz yükünde aynî hakka tanınan korumadan yararlanma imkânı verir (TMK m. 992). Bu durumda hak zilyetliğinin asıl işlevi, eşya üzerinde fiilî hâkimiyetin olmamasına karşın zilyetliğe ilişkin korumadan yararlanmada ve yolsuz olarak tescil edilen hakkın zamanaşımı<sup>137</sup> yoluyla kazanılmasında görülür<sup>138</sup>.

- *İsviçre Hukuku'nda ağırlıklı olarak savunulan bir diğer görüşe göre ise*, taşınmaz üzerindeki irtifak hakkının ya da taşınmaz yükünün tapu siciline tescili ve bu tescilin geçerliliği, hak zilyetliğinin ileri sürülebilmesi bakımından önem arz etmemektedir<sup>139</sup>. Çünkü hak zilyetliğinin işlevi, fiilî

<sup>133</sup> Fuchs, N. 55; Hrubesch-Millauer / Graham-Siegenthaler / Roberto, N. 02.61; Schmid / Hürlimann-Kaup, N. 121a; Schmid / von Graffenried, *OFK ZGB*, Art. 919, N. 24; Antalya / Topuz, s. 202; Serozan, s. 116.

<sup>134</sup> Homberger, Art. 919 N. 22. Benzer yönde *Rey'e göre*, sınırlı aynî hak olarak irtifak hakkının varlığından bahsedilebilmesi için tapu siciline tescil edilmesi gerekir. Tescilden önce hak zilyetliğinden bahsedilemez. Bu nedenle olumsuz irtifak haklarında hak sahibinin tescilden önce zilyetliğin korunmasına ilişkin hükümlerden yararlanması mümkün değildir (Rey, *ZGB Art. 731, N. 25*).

<sup>135</sup> Homberger, Art. 919 N. 22.

<sup>136</sup> Akipek / Akıntürk / Ateş, s. 127; Gürsoy / Eren / Cansel, s. 95; Nomer / Ergüne, s. 35; Oğuzman / Seliçi / Oktay – Özdemir, N. 291, dn. 17; Özkaya, s. 3414, dn. 20; Reisoğlu, s. 34; Sirmen, s. 49; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 61. *Türk Hukuku'nda yer alan bir görüşe göre*, tapu siciline yapılan tescilin yolsuz olması hak zilyetliğinin mevcudiyetini etkilemez de hakka ilişkin tescilin yolsuz olarak terkinini hak zilyetliğini sona erdirir. Bkz., Sirmen, s. 49; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 61.

<sup>137</sup> *Türk Hukuku'nda yer alan bir görüşe göre*, tescile esas teşkil eden hukukî işlemin geçersiz olması zilyetliğe engel teşkil etmez. Bu durumda zilyetlik, olağan zamanaşımı yoluyla kazanmaya imkân verir. Bu konuda bkz., Akipek / Akıntürk / Ateş, s. 127; Nomer / Ergüne, s. 35, dn. 44; Reisoğlu, s. 34.

<sup>138</sup> Bkz., Sirmen, s. 50.

<sup>139</sup> Arnet / Eitel, *CHK ZGB*, Art. 919, N. 7; Fuchs, N. 55; Liver, Art. 737, N. 141 vd.; Simonius / Sutter, § 9, dn. 30; Stark / Lindenmann, Art. 919, N. 83; Sutter – Somm, § 64, N. 1188. Benzer yönde *Schmid – Hürlimann-Kaup'a göre* tapu siciline tescil işlemi, kural olarak bu

durumların uygun bir şekilde tanınmasını sağlamaktan ibarettir<sup>140</sup>. Ayrıca aksi bir düşüncenin kabulü, eşya üzerinde zilyetliğin söz konusu olduğu olumlu irtifaklar ile eşya üzerinde zilyetliğin söz konusu olmadığı olumsuz irtifaklar arasında haklı olmayan bir eşitsizliğe yol açar<sup>141</sup>. Gerçekten olumlu irtifak hakkı söz konusu olduğunda, bu irtifaktan yararlanan kimse zaten tescilden bağımsız olarak irtifak konusu şey üzerinde eşya zilyetliğine dayanabilir<sup>142</sup>. Buna karşılık olumsuz irtifak hakkı bakımından tescilin bulunmaması hâlinde, irtifak hakkını kullanan kimsenin zilyetliğe ilişkin hükümlerden yararlanması mümkün değildir. Olumsuz irtifak hakkı sahibinin, olumlu irtifaklarda olduğu gibi eşya üzerinde zilyetliği de mevcut değildir. Ayrıca bu görüşe göre, hak zilyetliğinin ileri sürülebilmesi bakımından her ne kadar tescil şart olarak aranmazsa da zilyetliğin gasbından doğan davada tescil belirleyici olur; zira tescil sayesinde zilyetliği gasp edilen, davalı olarak hakkını derhâl ispatlayabilir<sup>143</sup>. Son olarak bu görüşü savunanlar, nispi tescil ilkesi uyarınca, taşınmaz üzerindeki irtifak haklarının ve taşınmaz yükünün tescil dışı olarak ortaya çıkabileceği ve bu nedenle – bir tescil olmamasına rağmen – maddî hukuk bakımından var olabileceği ve örneğin bir mahkemenin yenilik doğurucu kararıyla önceden kazanılan bir irtifak hakkı durumunda olduğu gibi bu anlamda fiilen kullanılabilirliği gerçeğini göz ardı ettiğini ifade ederek tapu siciline tescil yapılmasını gerekli gören görüşü eleştirmektedir<sup>144</sup>.

hakların oluşumu için şart olarak aransa da zilyetlik hakkı fiili durumla ilgili olduğundan, tapu siciline tescil edilmemiş irtifakların ve taşınmaz yükünün de hak zilyetliğine ilişkin kuralların kapsamına girmesi gerekmektedir (bkz., Schmid / Hürlimann-Kaup, N. 121a).

<sup>140</sup> Fuchs, N. 55; Schmid / Hürlimann-Kaup, N. 121a; Simonius / Sutter, § 9, dn. 30; Stark / Lindenmann, Art. 919, N. 83; Sutter – Somm, § 64, N. 1188.

<sup>141</sup> Fuchs, N. 55; Stark / Lindenmann, Art. 919, N. 83; Sutter – Somm, § 64, N. 1188. Bu durumdan bilhassa kaçınılması gerektiği hususunda bkz., Sutter – Somm, § 64, N. 1188.

<sup>142</sup> Fuchs, N. 55.

<sup>143</sup> Stark / Lindenmann, Art. 919, N. 83; Sutter – Somm, § 64, N. 1189.

<sup>144</sup> Bkz., Fuchs, N. 56.

- İsviçre Federal Mahkemesi'nin bu konuya ilişkin içtihatları da tutarlı değildir. Gerçekten Federal Mahkeme bir kararında tapu siciline tescilin gerekliliğini reddetmiş<sup>145</sup>, başka bir kararında tescilin gerekliliğini şart olarak aramış<sup>146</sup> ve bir diğer kararında ise bu konuyu açıkta bırakmıştır<sup>147</sup>.

Taşınmaz üzerindeki irtifak hakkı veya taşınmaz yükü kural olarak ancak tapu siciline yapılan kurucu tescil ile varlık kazandığından (TMK m. 1021, TMK m. 780/I, TMK m. 840/I), hak zilyetliğinden bahsedilebilmesi için tapu siciline tescilin varlığını gerekli gören görüşün özünde isabetli olduğu söylenebilir. Ancak zilyetlik hakkı, fiili durumların uygun bir şekilde tanınmasının sağlanması amacıyla, temelinde herhangi bir hakkın bulunup bulunmadığından bağımsız olarak korunur<sup>148</sup>. Eğer tapu siciline tescil şartı katı bir şekilde uygulanmış olsaydı, eşya üzerinde zilyetliğin söz konusu olduğu (olumlu irtifaklar) ve olmadığı (olumsuz irtifaklar) irtifakların ele alınması bakımından haklı olmayan bir ayırım yapılmış olurdu. Böylece tescil bulunmasa bile olumlu irtifak hakkı sahibi TMK m. 973/I uyarınca eşya zilyetliğine dayanabilirken<sup>149</sup>, olumsuz irtifak hakkı sahibinin ileri sürebileceği herhangi bir zilyetliği olmazdı<sup>150</sup>. Ayrıca Alman Medenî Kanunu'nun

<sup>145</sup> BGE 60 II 483 vd., 488 E. 4. Karar için bkz., <https://www.servat.unibe.ch>, Erişim Tarihi: 1.10.2022.

<sup>146</sup> BGE 83 II 141 vd., 146 E. 3b (<https://www.servat.unibe.ch>, Erişim Tarihi: 1.10.2022). Söz konusu kararın ilgili kısmı Türkçe'ye şu şekilde tercüme edilebilir: “*Taşınmaz lehine irtifak hakkı sadece bu hakka sahip olan kimse tarafından kullanılabilir. ZGB Art. 731 uyarınca, irtifak hakkının kurulabilmesi için tapu siciline tescil gerekir. ... Bu nedenle, tapu sicilindeki tescil, taşınmaz lehine irtifak hakkına dayalı zilyetliğin korunabilmesinin bir koşulu olarak nitelendirilmektedir.*”.

<sup>147</sup> BGE 94 II 348 vd., 351 E. 1 (<https://www.servat.unibe.ch>, Erişim Tarihi: 1.10.2022). Söz konusu kararında Federal Mahkeme, davacı tarafından ileri sürülen irtifak hakkının tapu siciline kayıtlı olduğunu, bu nedenle de irtifak hakkının kullanılmasının engellenmesi nedeniyle zilyetliğin korunmasının ancak irtifak hakkının tescil edilmesi hâlinde ileri sürülüp sürülemediği ... ya da tapu siciline tescilin bu korumanın vazgeçilmez bir koşulu olup olmadığının söz konusu dava bakımından herhangi bir önem arz etmediği yönünde karar vermiştir.

<sup>148</sup> *Antalya / Topuz*'a göre de kural olarak taşınmaz üzerinde kurulan bir aynı hakkın tescili gerekli olsa bile zilyetlik bir aynı hak değildir. Bu nedenle ondan bağımsız olarak kurulan ve fakat tescil edilmeyen irtifak haklarında ve taşınmaz yükünde de uygulanır (bkz., a.g.e., s. 202).

<sup>149</sup> Olumlu irtifak hakkı tescil edilmemiş olsa bile hak sahibinin zilyetliğin korunmasına ilişkin hükümlerden (ZGB Art. 926-929) yararlanabileceği hususunda bkz., Rey, ZGB Art. 731, N. 24.

<sup>150</sup> Hak zilyetliğinin söz konusu olabilmesi için tescilin varlığını şart olarak arayan Rey'e göre, olumsuz irtifak hakkı sahibinin zilyetliğin korunmasına ilişkin ZGB Art. 926-929 hükümlerinden yararlanması tapu siciline tescilden önce mümkün değildir. Bkz., Rey, ZGB

1029'uncu paragrafından farklı olarak<sup>151</sup>, bu ek gereklilik ne Türk Medenî Kanunu'nun 973'üncü maddesinin birinci fıkrasının ne de ikinci fıkrasının lafzında zikredilmiştir. Kanunda yer almayan böyle bir ek gerekliliğin aranması, kanun koyucunun hak zilyetliğine ilişkin düzenlemesinin amacına aykırı bir durum teşkil eder. Bir eşyaya zilyet olan kimse mülkiyet hakkına sahip olup olmadığına bakılmaksızın nasıl ki hukuk düzeni tarafından korunuyorsa, aynı zamanda hukuk düzeninin hak zilyetliğine elverişli bir hakkı fiilen kullanan kimseyi de bu hakka gerçekten sahip olup olmadığına bakılmaksızın korumak istediği de söylenebilir<sup>152</sup>. Tüm bu nedenlerden dolayı burada savunulan görüş, hak zilyetliğinin ileri sürülebilmesi için tapu sicilinde geçerli bir tescilin bulunmasının gerekli olmadığı ve sadece hakkın fiilen kullanılmasının esas alınmasının gerekli olduğu yönündeki İsviçre Hukuku öğretisindeki hâkim görüş ile uyumludur. Bu yüzden hem tapu siciline tescil edilmemiş hem de geçerli bir hukukî sebep olmadan tescil edilen taşınmazlar üzerindeki irtifak hakları ve taşınmaz yükleri, usulüne uygun bir şekilde tescil edilenler gibi hak zilyetliğine ilişkin kuralların uygulama alanı kapsamına girer<sup>153</sup>.

### III. HAK ZİLYETLİĞİNE UYGULANABİLECEK HÜKÜMLER

#### A. Genel Olarak

Türk – İsviçre Medenî Kanunlarında zilyetliğe ilişkin hükümlerden hangilerinin hak zilyetliği için de uygulama alanı bulacağı düzenlenmemiştir<sup>154</sup>. Bu nedenle hak zilyetliğine uygulanabilecek hükümler, her bir somut olay bakımından ayrı ayrı belirlenmelidir<sup>155</sup>. İlk olarak sadece taşınmazlar hak zilyetliğine konu teşkil edebildiğinden, bu hükümlerden yalnız taşınmazlar<sup>156</sup>

Art. 731, N. 25.

<sup>151</sup> Alman Hukuku'nda hak zilyetliğinden bahsedilebilmesi için irtifak hakkının tapu siciline tescilli şart olarak aranmaktadır. Ancak tapu sicilinin gerçeği yansıtıp yansıtmadığı, hak zilyetliğine ilişkin korumadan yararlanabilmek bakımından önemsizdir. Bkz., Berger, *Jauernig BGB*, § 1029, N. 3; Friedemann Kainer, *Sachenrecht, Mobiliar- und Immobiliarsachenrecht*, 1. Auflage, Nomos, 2021, § 42 N. 13; Mohr, *MünchKomm BGB*, § 1029, N. 4; Prütting, N. 890; Otto, *NK-BGB*, § 1029, N. 2; Weber, *Staudinger BGB*, § 1029, N. 4.

<sup>152</sup> Sutter – Somm, § 64, N. 1188.

<sup>153</sup> Aynı yönde bkz., Stark / Lindenmann, Art. 919, N. 84; Sutter – Somm, § 64, N. 1188; Antalya / Topuz, s. 202.

<sup>154</sup> Ernst, *BSK ZGB II*, Art. 919, N. 47; Hrubesch-Millauer / Graham-Siegenthaler / Roberto, N. 02.57; Sutter – Somm, § 64, N. 1190.

<sup>155</sup> Ernst, *BSK ZGB II*, Art. 919, N. 47; Hrubesch-Millauer / Graham-Siegenthaler / Roberto, N. 02.57; Sutter – Somm, § 64, N. 1190.

<sup>156</sup> *İsviçre Hukuku'nda yer alan bir görüşe göre*, söz konusu taşınmazın ZGB Art. 937 (TMK m.

1029'uncu paragrafından farklı olarak<sup>151</sup>, bu ek gereklilik ne Türk Medenî Kanunu'nun 973'üncü maddesinin birinci fıkrasının ne de ikinci fıkrasının lafzında zikredilmiştir. Kanunda yer almayan böyle bir ek gerekliliğin aranması, kanun koyucunun hak zilyetliğine ilişkin düzenlemesinin amacına aykırı bir durum teşkil eder. Bir eşyaya zilyet olan kimse mülkiyet hakkına sahip olup olmadığına bakılmaksızın nasıl ki hukuk düzeni tarafından korunuyorsa, aynı zamanda hukuk düzeninin hak zilyetliğine elverişli bir hakkı fiilen kullanan kimseyi de bu hakka gerçekten sahip olup olmadığına bakılmaksızın korumak istediği de söylenebilir<sup>152</sup>. Tüm bu nedenlerden dolayı burada savunulan görüş, hak zilyetliğinin ileri sürülebilmesi için tapu sicilinde geçerli bir tescilin bulunmasının gerekli olmadığı ve sadece hakkın fiilen kullanılmasının esas alınmasının gerekli olduğu yönündeki İsviçre Hukuku öğretisindeki hâkim görüş ile uyumludur. Bu yüzden hem tapu siciline tescil edilmemiş hem de geçerli bir hukukî sebep olmadan tescil edilen taşınmazlar üzerindeki irtifak hakları ve taşınmaz yükleri, usulüne uygun bir şekilde tescil edilenler gibi hak zilyetliğine ilişkin kuralların uygulama alanı kapsamına girer<sup>153</sup>.

Kural olarak hak zilyedi olan herkes, zilyetliğin korunmasına yönelik hükümlerden (TMK m. 981-984; ZGB Art. 926-929) yararlanabilir<sup>160</sup>. Zira zilyetlik hem taşınırlarda hem de taşınmazlarda temelinde yer alan haktan bağımsız olarak korunmaktadır<sup>161</sup>. Buna karşılık zilyetliğe dayanarak hakkın korunmasına ilişkin hükümler (TMK m. 985-991; ZGB Art. 930-936), kural olarak hak zilyetliği için uygulama alanı bulmaz<sup>162</sup>. Çünkü bu hükümler taşınırlara ilişkin olup taşınmazlara uygulanamaz. Ancak taşınmazlarda hak karinesinden yararlanmaya ilişkin hüküm (TMK m. 992; ZGB Art. 937), hak zilyetliği bakımından da uygulama alanı bulabilir<sup>163</sup>. Bununla birlikte öğretide zamanaşımı ile kazanmaya<sup>164</sup>, zilyetliğin devrine (TMK m. 977-979; ZGB

992) anlamında tapuya kayıtlı bir taşınmaz olması gerekmektedir. Bu görüş için bkz., Stark / Lindenmann, Art. 919, N. 93; Sutter – Somm, § 64, N. 1190.

<sup>157</sup> Stark / Lindenmann, Art. 919, N. 93; Sutter – Somm, § 64, N. 1190.

<sup>158</sup> Stark / Lindenmann, Art. 919, N. 93; Sutter – Somm, § 64, N. 1190; Wieland, Art. 919, N. 3b.

<sup>159</sup> Domej / Schmidt, *KUKO ZGB*, Art. 919, N. 21.

<sup>160</sup> Arnet / Eitel, *CHK ZGB*, Art. 919, N. 6; Domej / Schmidt, *KUKO ZGB*, Art. 919, N. 21; Ernst, *BSK ZGB II*, Art. 919, N. 47; Homberger, Art. 919 N. 32; Stark / Lindenmann, Art. 919, N. 93, 97 vd.; Sutter – Somm, § 64, N. 1191.

<sup>161</sup> Aslı Bayata Canyaş / Arif Barış Özbilen, “Zilyetliğin Korunmasında Yabancılık Unsuru, Yetkili Mahkemenin Tayini, Uygulanacak Hukukun Tespiti İle Esasa Türk Hukukunun Uygulanışı Hakkında Bir İnceleme”, *Ankara Barosu Dergisi*, 80 (2), 2022, s. 322. Ayrıca bkz., 8. HD. 29.09.2020, E. 2018/1033 K. 2020/5504, “Zilyetlik davalarının en belirgin özelliği ... davada hakkın tartışma konusu olmaması ve davayı kazanma veya kaybetmenin mevcut olabilecek hak üzerinde herhangi bir etkisinin olmayışıdır. Bunun içinde bu tür davalarda mahkemenin zilyetliğin korunmasına ilişkin vereceği karar, sadece eski zilyetlik durumunun yeniden kurulmasını sağlamaya yöneliktir. Bu karar, diğer tarafın mülkiyet iddiasıyla dava açma hakkına dokunmaz ve üçüncü kişilerin o şey üzerinde hakları olmadığını kabulü şeklinde anlaşılabilir. Bahsi geçen zilyetlik davaları sonunda verilen mahkeme kararları tamamen geçici bir etkiye sahip olup, mülkiyet sorunu çözülmediğinden mülkiyet yönünden kesin hüküm teşkil etmezler. ...” (www.legalbank.net, Erişim Tarihi: 15.8.2022).

<sup>162</sup> Arnet / Eitel, *CHK ZGB*, Art. 919, N. 6; Homberger, Art. 919 N. 35; Stark / Lindenmann, Art. 919, N. 93; Sutter – Somm, § 64, N. 1190.

<sup>163</sup> Ernst, *BSK ZGB II*, Art. 919, N. 47.

<sup>164</sup> Arnet / Eitel, *CHK ZGB*, Art. 919, N. 6; Domej / Schmidt, *KUKO ZGB*, Art. 919, N. 21;



Art. 922-924)<sup>165</sup>, zilyedin hak ve sorumluluğuna (TMK m. 993-995; ZGB Art. 938-940)<sup>166</sup>, kazandırıcı zamanaşımında önceki zilyedin zilyetlik süresinin eklenmesine (TMK m. 996; ZGB Art. 941)<sup>167</sup>, hakkın kullanımının geçici olarak kesilmesine (TMK m. 976; ZGB Art. 921)<sup>168</sup>, aslî ve fer'î zilyetliğe (TMK m. 974; ZGB Art. 920)<sup>169</sup> ilişkin hükümlerin hak zilyetliği bakımından da şartları dâhilinde uygulama alanı bulabileceği ifade edilmektedir. Bu çalışmada ise, bilhassa önem arz edeceğini düşündüğümüz için sadece zilyetliğin korunmasına ve zamanaşımı ile kazanmaya ilişkin kuralların hak zilyetliği bakımından uygulama alanı bulup bulamayacağı hususu aşağıda ele

Stark / Lindenmann, Art. 919, N. 110 vd.; Sutter – Somm, § 64, N. 1192; Oğuzman / Seliçi / Oktay – Özdemir, N. 291.

<sup>165</sup> Zilyetliğin devrine ilişkin hükümlerin hak zilyetliğine uygulanabilip uygulanamayacağı hususu İsviçre Hukuku'nda tartışmalıdır. *Öğretideki bir görüşe göre*, zilyetliğin devrine ilişkin hükümler hak zilyetliğine de uygulanabilir. Bu görüşe göre, eşya üzerinde zilyetliğin söz konusu olmadığı irtifaklar ve taşınmaz yükü bakımından hak zilyetliği yüklü taşınmaz üzerindeki zilyetlikle birlikte devredilir. Bkz., Homberger, Art. 919 N. 36; Stark / Lindenmann, Art. 919, N. 93, 123 vd.; Sutter – Somm, § 64, N. 1193. *Öğretideki aksi yöndeki bir diğer görüşe göre ise*, zilyetliğin devrine ilişkin kurallar hak zilyetliği için uygulama alanı bulmaz. Bkz., Domej / Schmidt, *KUKO ZGB*, Art. 919, N. 21; Ernst, *BSK ZGB II*, Art. 919, N. 47; Wieland, Art. 919, N. 3b. Türk Hukuku bakımından da *Antalya / Topuz*, zilyetliğin devrine ilişkin hükümlerin hak zilyetliğine uygulanamayacağı görüşündedir (bkz., a.g.e., s. 204).

<sup>166</sup> Zilyedin sorumluluğuna ilişkin kuralların hak zilyetliğine uygulanıp uygulanamayacağı hususu tartışmalıdır. *Öğretide hâkim olan bir görüşe göre*, nadiren pratik sonuçlara yol açacak olsa da hak zilyetliği bakımından da bu hükümler uygulama alanı bulabilir. Bkz., Homberger, Art. 919 N. 35; Stark / Lindenmann, Art. 919, N. 93, 108; Sutter – Somm, § 64, N. 1193. Türk Hukuku bakımından da benzer yönde bkz., Nomer / Ergüne, s. 35, dn. 44. Bu görüşte olan *Homberger*'e göre, yolsuz olarak tescil edilen taşınmaz yükünün hak sahibi tarafından iyiniyetle kazanılması hâlinde ZGB Art. 938 (TMK m. 993) hükmü uygulanamazken, kötüniyetli olması hâlinde ZGB Art. 940 (TMK m. 995) hükmü uygulama alanı bulabilir. Bkz., Homberger, Art. 919 N. 35. Buna karşılık *öğretideki başka bir görüşe göre ise*, zilyedin sorumluluğuna ilişkin kurallar hak zilyetliği hâlinde uygulama alanı bulmaz. Bu görüşe göre, zilyetliğe ilişkin hükümler ancak cismanî bir şeyin varlığının gerekli olmadığı sürece hak zilyetliğine uygulanabilir. ZGB Art. 938 ve devamı kapsamındaki talepler ise, geri verme davasına ilişkin yan taleplerdir. Böyle bir iade talebi, olumsuz irtifaklarda ve taşınmaz yükünde dikkate alınmaz. Çünkü bu durumlarda hak zilyedi hakkını kullanırken başka bir kimseye ait cismanî bir eşyayı elinde bulundurmamaktadır. Bu nedenle ZGB Art. 938 ve devamındaki hükümler, olumsuz irtifaklara ve taşınmaz yüküne uygulanamaz. Bkz., Domej / Schmidt, *KUKO ZGB*, Art. 919, N. 21; Ernst, *BSK ZGB II*, Art. 919, N. 47; Wieland, Art. 919, N. 3b; Antalya / Topuz, s. 204.

<sup>167</sup> Ernst, *BSK ZGB II*, Art. 919, N. 47.

<sup>168</sup> Ernst, *BSK ZGB II*, Art. 919, N. 47.

<sup>169</sup> Ernst, *BSK ZGB II*, Art. 919, N. 47; Stark / Lindenmann, Art. 919, N. 93-96. Benzer şekilde *Arnet / Eitel*'e göre, eşya üzerinde zilyetlikte olduğu gibi hak zilyetliğinde de fer'î zilyetlik, zilyet yardımcılığı ve geniş anlamda birlikte zilyetlik söz konusu olabilir (bkz., Arnet / Eitel, *CHK ZGB*, Art. 919, N. 6).

alınacaktır.

## B. Zilyetliğin Korunması

Hukuk düzeni, eşya üzerinde zilyetliğin bulunmadığı taşınmaz üzerindeki olumsuz irtifak haklarında ve taşınmaz yüklerinde, zilyetliğin belirli hukukî etkilerinin gerçekleşmesini istemektedir. Bunların başında da zilyetliğin korunması gelir. Ancak taşınmaz üzerindeki olumsuz irtifak hakları ve taşınmaz yükünde eşya üzerinde zilyetlik bulunmadığı için bunu sağlamanın yolu hak zilyetliğinin tanınmasından geçmektedir. Hak zilyetliğini konu alan TMK m. 973/II ve ZGB Art. 919/II düzenlemeleri sayesinde, ilke olarak hak zilyedi olan herkes, TMK m. 981-984 (ZGB Art. 926-929) uyarınca zilyetliğin korunmasına ilişkin hükümlerden yararlanabilir<sup>170</sup>. Buna göre hakkını fiilen kullanan irtifak hakkı ya da taşınmaz yükü sahibi, hakkın kullanılmasından mahrum bırakılmış ya da hakkın kullanılmasına hukuka aykırı bir saldırıda bulunmuş olması hâlinde hem yüklü taşınmazın malikine hem de üçüncü kişilere karşı zilyetliğin korunmasına ilişkin hükümlere başvurabilir<sup>171</sup>. Örneğin, inşaat yasağını konu alan irtifak hakkına sahip olan kimse, TMK m. 981 (ZGB Art. 926/I) uyarınca yüklü taşınmaz üzerindeki yapıyı yıkabilir<sup>172</sup> ya da TMK m. 982 (ZGB Art. 927) uyarınca inşaat çalışmalarının durdurulmasını talep edebilir<sup>173</sup>.

Taşınırlar üzerindeki zilyetlikten farklı olarak, hak zilyedinin zilyetliğe konu olan taşınmaz üzerinde fiilî hâkimiyeti olmadığından, *zilyetliğin gasbı* (ZGB Art. 927) ve *zilyetliğe saldırı* (ZGB Art. 928) arasında ayırım yapan terminolojinin<sup>174</sup> taşınmazlar üzerinde söz konusu olan hak zilyetliği için

<sup>170</sup> İsviçre Hukuku bakımından bkz., Arnet / Eitel, *CHK ZGB*, Art. 919, N. 6; Domej / Schmidt, *KUKO ZGB*, Art. 919, N. 21; Ernst / Zogg, s. 40; Homberger, Art. 919 N. 32; Simonius / Sutter, § 9, N. 17; Stark / Lindenmann, Art. 919, N. 93; Sutter – Somm, § 64, N. 1191. Türk Hukuku bakımından bkz., Akçaal, *Eşya*, s. 58; Akipek / Akıntürk / Ateş, s. 127; Antalya / Topuz, s. 204; Ayan, s. 84; Oğuzman / Seliçi / Oktay – Özdemir, N. 291; Serozan, s. 116; Sirmen, s. 50; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 60; Ünal / Başpınar, s. 116. Alman Hukuku bakımından bkz., Berger, *Jauernig BGB*, § 1029, N. 1; Otto, *NK-BGB*, § 1029, N. 5 vd.; Kainer, § 42 N. 13; Manfred Wolf / Marina Wellenhofer, *Sachenrecht*, 35. Auflage, C.H.Beck, 2020, § 29 N. 20.

<sup>171</sup> Stark / Lindenmann, Art. 919, N. 97.

<sup>172</sup> Rey, Systematischer Teil, N. 133.

<sup>173</sup> Sutter – Somm, § 64, N. 1191.

<sup>174</sup> Örneğin *Türk Hukuku'nda yer alan bir görüşe göre*, “eşyanın çalınması veya cebir kullanılarak el konulması gasp; eşyaya zarar verilmesi veya eşyanın kullanılabilirliğini sınırlandıran hareketlerde bulunulması saldırı olarak nitelendirilmelidir”. Bu görüş için bkz., Bayata Canyaş / Özbilen, s. 324-325.

aynen uygulanabilmesi genellikle olası gözükmemektedir<sup>175</sup>. Bununla birlikte üstün bir hakkın ispatlanması sadece zilyetliğin gasbı çerçevesinde mümkün olduğu için, bu ayırım tamamen teorik olmayıp uygulama açısından da büyük bir önem taşımaktadır<sup>176</sup>. Bu cihetle hak zilyetliği bakımından zilyetliğe saldırının mı yoksa zilyetliğin gasbının mı bulunduğunu ayırt edebilmek için yeni bir ölçüt belirlenmesinin isabetli olduğu ifade edilmelidir. Bu konuda öğretilerde savunulan belli başlı ölçütler şu şekildedir:

- *Homberger*, daha önce kullanılan hakkın amacının müdahaleyle tamamen mi yoksa sadece kısmen mi engellendiğine bağlı olarak, zilyetliğin gasbı ile zilyetliğe saldırı arasında ayırım yapmaktadır. Bu görüşe göre, amacın engellenmesi, ayırım için belirleyici bir ölçüt olarak karşımıza çıkar<sup>177</sup>.

- *Weber* ise, hak zilyetliğine yönelik herhangi bir tecavüzün daha ziyade sadece bir saldırı olarak görülmesi gerektiğini ve hakkın ihlalinin hak sahibinin hakkın konusu olan taşınmazla olan ilişkisini ortadan kaldırmadığı için zilyetliğin gasbının düşünülmemesi gerektiğini ifade etmektedir<sup>178</sup>.

- *Stark / Lindenmann* ise, üstün bir hakkın derhâl ispatlanmasına ilişkin düzenlemenin ekonomik bir bakış açısına dayandığını ve hak zilyetliği bakımından zilyetliğe saldırı ve zilyetliğin gasbı arasında yapılması gereken ayırımın da bu bakış açısından hareketle ortaya konulabileceğini ifade eder. Buna göre davalının sadece kaçınması ile önceki durum yeniden sağlanabiliyorsa, *zilyetliğe saldırının* varlığından bahsedilir. Öte yandan önceki durumun eski hale getirilmesi (*restitutio ad integrum*), yüklü taşınmazın içeriğinde bir değişikliği gerektiriyorsa, *zilyetliğin gasbı* söz konusudur ve davalı tarafın üstün bir hakka sahip olduğunu derhâl ispatlaması gerekir<sup>179</sup>.

Esas itibarıyla eşya üzerinde zilyetlik bakımından ortaya konulan zilyetliğe saldırı ve zilyetliğin gasbı arasında ayırımın hak zilyetliğine kolaylıkla uygulanabilmesinin mümkün görünmediği ifade edilebilir. Böyle bir ayırım sorunu, büyük ölçüde bir eşyanın gasp edilmesinin eşya üzerindeki dolaylı ya da kısmî kontrolün kaybedilmesi anlamına gelmesinden kaynaklanmaktadır.

<sup>175</sup> Liver, Art. 737, N. 147; Stark / Lindenmann, Art. 919, N. 100, 102; Sutter – Somm, § 64, N. 1191. Benzer yönde *Fuchs*'a göre, hak zilyetliğinin gasp edilmesini tahayyül etmek güçtür ve hatta hak zilyetliğinin gasbını, hak zilyetliğine yapılan saldırıdan ayırt etmek daha da güçtür (bkz., Fuchs, N. 187).

<sup>176</sup> Fuchs, N. 187; Stark / Lindenmann, Art. 919, N. 100; Sutter – Somm, § 64, N. 1191.

<sup>177</sup> Homberger, Art. 927 N. 9.

<sup>178</sup> Weber, s. 37 (Naklen: Fuchs, N. 188).

<sup>179</sup> Stark / Lindenmann, Art. 919, N. 101. Benzer yönde bkz., Sutter – Somm, § 64, N. 1191.

Ancak hak zilyetliğinde böyle bir fiilî hâkimiyet bulunmamaktadır. Burada davalı taraf aynı zamanda taşınmazın zilyedi olup, hak zilyedi olan kimsenin söz konusu taşınmaz bakımından eşya zilyetliği bulunmamaktadır. Bu nedenle hak zilyetliğinin kaybedilip kaybedilmeyeceği, kaybedilecekse de nasıl kaybedilebileceği tartışmalı görünmektedir<sup>180</sup>. Hak zilyetliğinde ilke olarak irtifak veya taşınmaz yüküyle yüklü olan tarafın daha önce yerine getirdiği yükümlülükleri artık yerine getirmekten kaçınarak irtifak hakkına ya da taşınmaz yüküne sahip olan kişinin hakkını kullanmasının engellenmesi ya da onun bu hakkını kullanmasının olumsuz etkilenmesi hâlinde, hak zilyetliğine müdahale edilmiş olur ve bu da zilyetliğin korunmasına ilişkin davaların açılabilmesine sebebiyet verir<sup>181</sup>. Örneğin, manzara kapatmama irtifakının söz konusu olması hâlinde, yüklü taşınmazın malikinin şimdye kadar riayet ettiği inşaat yasağına rağmen daha yüksek bir inşaat yapması, hak zilyetliğinin ihlali anlamına gelir<sup>182</sup>.

Bu nedenle zilyetliğe saldırı ve zilyetliğin gasbı arasında ayırım yapılırken hak zilyetliğinin düzenlenme amacı göz önünde bulundurulmalıdır. Eşya zilyetliğinin cismanîliğinden hareketle bir ayırım yapmaya çalışmak, hak zilyetliğine yapılan müdahale hak sahibinin hakkın konusu olan taşınmazla olan ilişkisini ortadan kaldırmadığı için, sadece zilyetliğe saldırının dikkate alınması sonucuna yol açar. Bu bakımdan *Weber*'in de yukarıda bahsedilen bu ölçütünü kabul etmek yerine, amaca uygun bir ayırım yapılmasının daha isabetli olduğu belirtilmelidir. Burada çıkış noktası ise, daha önce kullanılan hakkın amacının<sup>183</sup> müdahaleyle tamamen mi yoksa sadece kısmen mi engellendiğine bağlı olarak, zilyetliğin gasbı ile zilyetliğe saldırı arasında ayırım yapan ve yukarıda ele alınan *Homberger*'in görüşüdür.

## B. Zamanaşımıyla Kazanma

Hak zilyetliğine ilişkin düzenleme, hak zilyetliğine konu olan taşınmaz üzerindeki irtifak haklarının ve taşınmaz yükünün zamanaşımı yoluyla

<sup>180</sup> Fuchs, N. 189.

<sup>181</sup> Fuchs, N. 189.

<sup>182</sup> Fuchs, N. 189.

<sup>183</sup> *İsviçre Hukuku'nda yer alan bir görüşe göre*, amacın belirlenmesinde irtifak hakkı sözleşmesi bir kenara bırakılmalı ve yalnızca önceki fiilî kullanım ölçütü olarak işlev yerine getirmelidir. Aksi hâlde amacın engellenmesine ilişkin mesele, zilyetlik bakımından ilgisiz olan zilyetlik hakkına ilişkin sorunlara yol açar. Bu nedenle irtifak hakkı ya da taşınmaz yükü ile yüklü olan tarafa isnat edilen davranışla, şimdye kadar fiilen riayet edilen irtifak hakkı ya da taşınmaz yükünü artık objektif olarak yerine getirip getirmediği belirleyici bir ölçüt olarak dikkate alınmalıdır. Bu görüş için bkz., Fuchs, N. 191.

kazanılabilmesi için de büyük önem taşımaktadır<sup>184</sup>. Gerçekten irtifak hakkının ve taşınmaz yükünün kazanılmasında, TMK m. 780/II (ZGB Art. 731/II) ve TMK m. 840/III (ZGB Art. 783/III) hükümleri taşınmaz mülkiyetine ilişkin hükümlere atıfta bulunmaktadır. Dolayısıyla TMK m. 712-714'e (ZGB Art. 661-663) ilişkin hükümler, uygun düştüğü ölçüde, hak zilyetliğine konu taşınmaz üzerindeki irtifak hakkının ya da taşınmaz yükünün zamanaşımıyla<sup>185</sup> kazanılması bakımından da uygulama alanı bulur<sup>186</sup>. Kanundan aksi anlaşılmadığı için ve hak zilyetliğinin TMK m. 973/II uyarınca eşya üzerinde zilyetlik ile eş değer sayılması nedeniyle zamanaşımıyla kazanmanın şartlarının gerçekleşmesi koşuluyla bu mümkün görülmelidir<sup>187</sup>. Benzer bir durum, hak zilyetliğine konu teşkil eden taşınmaz üzerinde kurulan olumsuz

<sup>184</sup> İsviçre Hukuku bakımından bkz., Arnet / Eitel, *CHK ZGB*, Art. 919, N. 6; Domej / Schmidt, *KUKO ZGB*, Art. 919, N. 21; Ernst, *BSK ZGB II*, Art. 919, N. 47; Stark / Lindenmann, Art. 919, N. 93, 110 vd.; Sutter – Somm, § 64, N. 1192. Türk Hukuku bakımından bkz., Ayan, s. 84; Hatemi, s. 18; Oğuzman / Seliçi / Oktay – Özdemir, N. 291; Serozan, s. 116; Sirmen, s. 50; Ünal, *İrtifak*, s. 2854, 2857.

<sup>185</sup> Örneğin, tapu siciline yolsuz olarak tescil edilen irtifak hakkının olağan zamanaşımı yoluyla mülkiyetinin kazanılabilmesi için yararlanan taşınmazın malikinin bu taşınmaza irtifak hakkı sahibi sıfatıyla zilyet olması gerekir. Hak zilyetliğine ilişkin düzenleme sayesinde olumsuz nitelik taşıyan irtifak hakkının örneğin manzara kapatmama irtifakının fiilen kullanılması eşya zilyetliğine eş değer kabul edilir. Bu sayede yüklü taşınmazın malikinin irtifak hakkına uygun davranması ya da irtifak hakkına aykırı hareket ettiği durumlarda irtifak hakkı sahibi olarak görünen kimsenin irtifaka uygun davranmasını istemesi, hakkın fiilen kullanımı için yeterlidir. Diğer şartların da varlığı hâlinde olumsuz irtifak hakkının olağan zamanaşımı yoluyla kazanılabilmesi mümkündür. Bu konuda bkz., Homberger, Art. 919 N. 34; Akıntürk / Ateş, s. 127; Ayan, s. 84; Gürsoy / Eren / Cansel, s. 95; Reisoğlu, s. 34; Sirmen, s. 49, dn. 26. Ancak hak zilyetliğinin söz konusu olabilmesi için irtifak hakkının tapu siciline tescil edilmesi bu çalışmada şart olarak aranmamaktadır. Bu takdirde tapu sicilinde tescilin bulunmadığı ancak hak zilyetliğinin varlığının kabul edildiği durumlarda, bu hakkın olağan zamanaşımı yoluyla iktisap edilmesi mümkün olmayacaktır. Olumsuz irtifak hakkının olağanüstü zamanaşımı yoluyla kazanılabilmesi de şartları dâhilinde mümkün kabul edilmelidir. Zira tapuda herhangi bir tescil bulunmasa dahi, irtifak hakkının fiilen kullanılması, zamanaşımı bakımından varlığı aranan zilyetlik koşulunu sağlar. Örneğin, manzara kapatmama irtifakı bakımından irtifak hakkı sahibinin manzaranın kapatılmasına engel olmaya çalışması ya da bunun için hukukî yollara başvurusu durumunda hakkın fiilen kullanıldığı ve hak zilyetliğinin somut olayda gerçekleştiği kabul edilmelidir. Böyle bir durumda irtifak hakkı sahibi, diğer şartların da gerçekleşmiş olması koşuluyla irtifak hakkını olağanüstü zamanaşımı yoluyla iktisap edebilir. Bu konuda ayrıca bkz., Ünal, *İrtifak*, s. 2854, 2857. Buna karşılık hak zilyetliğinin olağanüstü zamanaşımı ile kazanılamayacağı; zira bu hâlde tapu siciline yolsuz da olsa tescil edilmiş bir hakkın bulunmadığı ve mevcut olmayan bir hak için de zilyetlik kabul edilemeyeceği hususunda bkz., Homberger, Art. 919 N. 34.

<sup>186</sup> Stark / Lindenmann, Art. 919, N. 110.

<sup>187</sup> Federal Mahkeme de taşınmaz yükünün olağan zamanaşımı ile kazanılabileceği yönünde karar vermiştir. Bkz., BGE 124 III 196 vd., 200; BGE 99 II 28 vd., 33 f., E.4. Söz konusu kararlar için bkz., <https://www.servat.unibe.ch>, Erişim Tarihi: 15.10.2022.

kişi lehine irtifak haklarının zamanaşımı ile kazanılması için de geçerlidir<sup>188</sup>. Gerçekten de TMK m. 838/III (ZGB Art. 781/III) uyarınca taşınmaz lehine irtifak haklarına ilişkin hükümler, diğer irtifak haklarına da uygulanır.

## SONUÇ

TMK m. 973/II'de taşınmaz üzerindeki irtifak haklarında ve taşınmaz yüklerinde hakkın fiilen kullanılmasının “zilyetlik sayılacağı” düzenlenmiştir. Hükümün yapısı incelendiğinde, kanun koyucunun hak zilyetliği olarak da adlandırılan haklar üzerinde zilyetliğe olanak sağladığı düşünülebilir. Ancak kanun koyucunun bu hükümle zilyetliğin özel bir türünü, yani cismanî varlığı olmayan haklar üzerinde zilyetliğin kurulmasını amaçlamadığı kabul edilmelidir. Bu açıdan hükümde geçen “zilyetlik sayılır” ifadesi isabetli değildir. Söz konusu hükmü karşılayan mehz ZGB Art. 919/II'nin Almanca metninde ise hak zilyetliği “eşya zilyetliğine eş değer” sayılmıştır. Bu sebeple TMK m. 973/II hükmünün mehz Kanunda olduğu gibi ele alınması ve taşınmaz üzerindeki irtifak haklarının ve taşınmaz yükünün fiilen kullanılmasının eşya zilyetliğine eş değer kabul edilmesi daha isabetli görünmektedir.

Hak zilyetliğine konu teşkil eden haklar, kanun koyucu tarafından öngörülenlerle yani taşınmaz üzerindeki irtifak hakkı ve taşınmaz yüküyle sınırlı kabul edilmelidir. Hak zilyetliğinin uygulama alanına girecek olan hakların kapsamını genişletecek şekilde kıyastan kaçınılmalıdır. Hak sahibine yüklü taşınmaz üzerinde fiili hâkimiyet imkânı veren olumlu irtifaklara TMK m. 973/II hükmü uygulanmamalıdır. Hak zilyetliğine konu olma bakımından taşınmaz üzerinde kurulan irtifak hakkının taşınmaz lehine ya da kişi lehine olması ise önemli değildir. Hak zilyetliğinin ileri sürülebilmesi için tapu sicilinde geçerli bir tescilin bulunmasının gerekli olmadığı ve sadece hakkın fiilen kullanılmasının esas alınmasının yeterli olduğu kabul edilmelidir. Taşınmaz bakımından gasp ve saldırı arasında ayırım yapan terminolojinin taşınmazlar üzerinde söz konusu olan hak zilyetliği için aynen uygulanabilmesi mümkün olmadığından, hak zilyetliği bakımından zilyetliğe saldırının mı yoksa zilyetliğin gasbının mı bulunduğunu ayırt edebilmek için yeni bir ölçüt belirlenmesinin isabetli olduğu ifade edilmelidir. Burada daha önce kullanılan hakkın amacının müdahaleyle tamamen mi yoksa sadece kısmen mi engellendiğine bağlı olarak, zilyetliğin gasbı ile zilyetliğe saldırı arasında ayırım yapılmalıdır.

<sup>188</sup> Stark / Lindenmann, Art. 919, N. 110.

## KAYNAKÇA

- Abik, Y, “Kaynak Hakkına İlişkin Türk Medeni Kanunundaki Hükümler Hakkında Bir Değerlendirme”, *Tarım Bilimleri Araştırma Dergisi*, 3(1), 2010, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/tabad/issue/34782/385071>>, Erişim Tarihi 30 Eylül 2022, s. 79-91.
- Akçaal, M, *Eşya Hukuku*, Yetkin Yayınları, 2021 (Akçaal, Eşya).
- Akçaal, M, “NFT (Değiştirilemeyen Jeton) Sanat Eserlerinin Miras Yoluyla Geçmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 34(159), Mart 2022, <<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2022-159-2043>>, Erişim Tarihi 4 Nisan 2023, s. 363-396 (Akçaal, NFT).
- Akipek, J G / Akıntürk, T, Ateş, D, *Eşya Hukuku*, 2. Baskı, Beta, 2018.
- Akkurt, S S, *Dijital Varlıkların Miras Yoluyla Bırakılması*, Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Antalya, O G / Topuz, M, *Eşya Hukuku, C. IV/1*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Atlan Gürer, H, “Taşınmaz Yükünün Türk/İsviçre Hukuk Sistemindeki Yeri ve Güncel Fonksiyonu Üzerine”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 19(2), 2020, <<https://www.jurix.com.tr/article/21407>>, Erişim Tarihi 30 Ekim 2022, s. 309-332.
- Ayan, M, *Eşya Hukuku -I- Zilyetlik ve Tapu Sicili*, 14. Baskı, Adalet Yayınevi, 2020.
- Bayata Canyaş, A / Özbilen, A B, “Zilyetliğin Korunmasında Yabancılık Unsuru, Yetkili Mahkemenin Tayini, Uygulanacak Hukukun Tespiti İle Esasa Türk Hukukunun Uygulanışı Hakkında Bir İnceleme”, *Ankara Barosu Dergisi*, 80(2), 2022 <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/2531916>>, Erişim Tarihi 15 Ağustos 2022, s. 317-349.
- Breitschmid, P / Jungo, A (Ed.), *CHK – Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Sachenrecht, Art. 641-977 ZGB*, 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, 2016 (İşleyen, *CHK ZGB*).
- Büchler, A / Jakob, D (Ed.): *Kurzkomentar ZGB*, 2. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2018 (İşleyen, *KUKO ZGB*).
- Çekin, M S, “Kripto Varlıklar Üzerinde Gerçekleştirilen İşlemlerin Borçlar Hukuku ve Eşya Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, *İstanbul*

*Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 9(1), 2022, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/imuhfd/issue/69681/1111043>>, Erişim Tarihi 4 Nisan 2023, s. 187-216.

- Diehn, T / A. Heinze, C (Ed.), *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen: Buch 3, Sachenrecht, BGB. §§ 925-984; Anh zu §§ 929-931*, Redaktor: Sebastian Herrler, Otto Schmidt / De Gruyter, 2020 (İşleyen, *Staudinger BGB*).
- Dural, M / Sarı, S, *Türk Özel Hukuku, Cilt I, Temel Kavramlar ve Başlangıç Hükümleri*, 17. Bası, Filiz Kitabevi, 2022.
- Ergüne, MS, “Üst Hakkının Tasarruf İşlemlerine Konu Olmasına İlişkin Hukukî Sorunlar”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 66(1), 2008, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/iuhfm/issue/9063/113026>>, Erişim Tarihi 30 Temmuz 2022, s. 275-292.
- Ernst, W / Zogg, S, *Sachenrecht*, 3. Auflage, Dike Verlag, 2020.
- Eroğlu, O / Köslüoğlu, M N, “Sözleşmeye Dayalı Geçit İrtifakında Hak ve Yükümlülükler”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 14(2), 2019, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/eruhfd/issue/50231/647813>>, Erişim Tarihi 30 Temmuz 2022, s. 303-331.
- Ertaş, Ş, *Eşya Hukuku*, 12. Baskı, Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi, 2015.
- Esener, T / Güven, K, *Eşya Hukuku*, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, 2019.
- Fuchs, N, *Die Besitzesschutzklagen nach Art. 927 ff. ZGB, Mit rechtsvergleichenden Hinweisen und unter besonderer Berücksichtigung der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)*, Dike Verlag, 2018.
- Gaier, R (Redakt.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB Band 8, Sachenrecht §§ 854-1296, WEG, ErbbauRG*, 8. Auflage, C.H.Beck, 2020 (İşleyen, *MünchKomm BGB*).
- Geiser, T / Wolf, S (Ed.), *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT*, 6. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2019 (İşleyen, *BSK ZGB II*).
- Güleş, B, “Taşınmaz Manzarası Üzerindeki Hukukî Yararın Korunması”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 28(2), 2020, <<https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/1139219>>, Erişim Tarihi 30 Ekim 2022, s. 631-673.

- Gürsoy, K T / Eren, F / Cansel, E, *Türk Eşya Hukuku*, Sevinç Matbaası, 1978.
- Hatemi, H, *Eşya Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- Homberger, A, *Kommentar zum Schweizerischen Gesetzbuch, Band IV: Das Sachenrecht, Dritte Abteilung: Besitz und Grundbuch, Art. 919-977*, 2. Auflage, Schulthess & Co., 1938.
- Hrubesch-Millauer, S / Graham-Siegenthaler, B / Roberto, V, *Sachenrecht*, 5. Auflage, Stämpfli Verlag AG, 2017.
- İnce Akman, N / Öcal Apaydın, B, “İsviçre ve Alman Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Taşınmaz Lehine İrtifak Haklarının İçeriğinin İncelenmesi”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 18(2), 2021, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/yuhfd/issue/66299/1021828>>, Erişim Tarihi 31 Temmuz 2022, s. 813-842.
- Kainer, F, *Sachenrecht, Mobiliar- und Immobiliarsachenrecht*, 1. Auflage, Nomos, 2021.
- Kılıçoğlu, A M, *Eşya Hukuku*, Turhan Kitabevi, 2021.
- Kostkiewicz, J K / Wolf, S / Amstutz, M / Fankhauser, R (Ed.), *ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, OFK – Orell Füssli Kommentar*, 4. Auflage, Orell Füssli Verlag AG, 2021 (İşleyen, *OFK ZGB*).
- Kuntalp, E, “Bağımsız ve Sürekli Sınırlı Aynî Hakların Özellikle Üst Hakkının Taşınmaz Olarak İşlem Görmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 4, 1961, <<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m1991-19914-1000>>, Erişim Tarihi 30 Temmuz 2022, s. 528-551.
- Liver, P, *Die Grunddienstbarkeiten, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV. Band: Das Sachenrecht, Die Dienstbarkeiten und Grundlasten (Art. 730-792)*, 2. Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, 1980.
- Lötscher, C, *Der digitale Nachlass*, Schulthess Verlag, 2020.
- Markus, R / Christoph, H, *Berner Kommentar, Materialien zum Zivilgesetzbuch, Band 2: Die Erläuterungen von Eugen Huber, Text des Vorentwurfs von 1900*, Stämpfli Verlag AG, 2007.
- Nomer, H N / Ergüne, M S, *Eşya Hukuku*, 9. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2022.
- Oğuzman, M K / Barlas, N, *Medenî Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar*,

28. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2022.

- Oğuzman, M K / Seliçi, Ö / Oktay – Özdemir, S, *Eşya Hukuku*, 23. Baskı, Filiz Kitabevi, 2021.
- Oğuzman, M K, “Eşyaya Bağlı Haklar ve Borçlar”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 31 (1-4), 1965, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/iuhfm/issue/9100/113777>>, Erişim Tarihi 15 Ağustos 2022, s. 209-219.
- Öcal Apaydın, B, “Roma Hukuku ve Türk Hukukunda Taşınmaz Lehine İrtifak Haklarının Özellikleri”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 69 (2), 2020, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/auhfd/issue/58829/848694>>, Erişim Tarihi 30 Temmuz 2022, s. 617-663.
- Özbilen, A B, “İrtifak Hakkının Kullanıldığı Yerin Değiştirilmesi”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 77 (2), 2019, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/ihm/issue/52205/682306>>, Erişim Tarihi 28 Temmuz 2022, s. 475-502.
- Özdemir, G, “Kripto Paraların Eşya Niteliği”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 11 (1), 2021, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1772788>>, Erişim Tarihi 4 Nisan 2023, s. 289-306.
- Özkaya, E, *Eşya Hukuku, Zilyetlik ve Tapu Sicili, C. III*, Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Özlük, B, “Mülkiyet ve Zilyetlik Üzerine Düşünceler”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 27 (1), 2019, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/680637>>, Erişim Tarihi 20 Temmuz 2022, s. 139-166.
- Palandt, O (Ed.), *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen*, 79. Auflage, C.H.Beck, 2020 (İşleyen, *Palandt BGB*).
- Prütting, H, *Sachenrecht*, 37. Auflage, C.H.Beck, 2020.
- Reisoğlu, S, *Türk Eşya Hukuku, C. I, Giriş – Zilyetlik – Tapu Sicili ve Kadastro ve Tapu Tahriri Kanunu – Tapulama Kanunu*, 6. Bası, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1980.
- Rey, H, *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Band IV, Das Sachenrecht, 2. Abteilung, Die beschränkten dinglichen Rechte, Die Dienstbarkeiten und Grundlasten, 1. Teilband, Die Grunddienstbarkeiten, Lieferung 1, Systematischer Teil*

- und Kommentar zu Art. 730 und 731 ZGB*, 2. Auflage, Verlag Stämpfli & Cie AG, 1981.
- Ring, G / Keukenschrijver, A / Grziwotz, H (Ed.), *Nomos Kommentar BGB Sachenrecht, Band 3: § 854-1296*, 4. Auflage, Nomos, 2016 (İşleyen, NK-BGB).
- Saymen, F H / Elbir, H K, *Türk Eşya Hukuku Dersleri*, Filiz Kitabevi, 1963.
- Schmid, J / Hürlimann-Kaup, B, *Sachenrecht*, 5. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, 2017.
- Serozan, R / Engin, B İ / Atamer, Y M, *Serozan Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku*, 9. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2022.
- Serozan, R, *Eşya Hukuku I*, 3. Bası, Filiz Kitabevi, 2014.
- Simonius, P / Sutter, T, *Schweizerisches Immobiliarsachenrecht, Band I: Grundlagen, Grundbuch und Grundeigentum*, Helbing Lichtenhahn Verlag, 1995.
- Sirmen, L, *Eşya Hukuku*, 9. Baskı, Yetkin Hukuk Yayınları, 2021.
- Stark, E W / Lindenmann, B, *Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Der Besitz, Art. 919-941 ZGB*, 4. Auflage, Stämpfli Verlag AG, 2016.
- Stürner, R, *Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch*, 18. Auflage, C.H.Beck, 2021, (İşleyen, *Jauernig BGB*).
- Sutter – Somm, T, *Schweizerisches Privatrecht, Band 5, Sachenrecht, 1. Teilband, Eigentum und Besitz*, 2. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2014.
- Şahin Şengül, E, “Türk Medenî Kanunu Kapsamında Taşınırlarda Zilyetliğin Korunması”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 26 (2), 2022, < <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/2443437>>, Erişim Tarihi 20 Temmuz 2022, s. 169-206.
- Tek, G S, “İrtifak Hakkına Bağlı Taşınmaz Yükü”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 77(1), 2019, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/ihm/issue/47190/594125>>, Erişim Tarihi 5 Ağustos 2022, s. 217-239 (Tek, *Taşınmaz Yükü*).
- Tek, G S, *Yararı Kalmayan ya da Azalan İrtifak Haklarının Sona Ermesi (MK m. 785)*, On İki Levha Yayıncılık, 2017 (Tek, *İrtifak Haklarının Sona Ermesi*).
- Tekelioğlu, N, “Eşya Kavramını Yeniden Düşünmek: NFT’lerin Eşya Niteliği ve Eşya Hukuku Bakımından Geleceği Üzerine Bir İnceleme”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 30 (3), 2022, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/2461007>>, Erişim Tarihi 4 Nisan 2023, s. 1301-1329.
- Tekinalp, Ü, *Fikrî Mülkiyet Hukuku*, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, 2012.
- Tekinay, S S / Akman, S / Burcuoğlu, H / Altop, A, *Tekinay Eşya Hukuku*, 5. Bası, Filiz Kitabevi, 1989.
- Troller, A, *Immateriälgüterrecht*, 3. Auflage, C. I, Helbing Lichtenhahn Verlag, 1983.
- Tuor, P / Schneyder, B / Schmid, J / Jungo, A, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, 14. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, 2015.
- Turanboy, A, “Kripto Paraların Ortaya Çıkmaları ve Hukukî Nitelikleri”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 35 (3), Eylül 2019, <<https://www.jurix.com.tr/article/19959>>, Erişim Tarihi 4 Nisan 2023, s. 47-62.
- Utku, D, *Sınai Hakların Rehni*, Yetkin Yayınları, 2009.
- Ünal, M / Başpınar, V, *Şekli Eşya Hukuku*, 12. Baskı, Savaş Yayınevi, 2021.
- Ünal, M, “Taşınmaza Bağlı İrtifakın Kurulması”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 22 (3), 2016, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/maruhad/issue/36500/359738>>, Erişim Tarihi 15 Eylül 2022, s. 2839-2865 (Ünal, *İrtifak*).
- Ünal, M, *Sınırlı Aynî Haklar*, Savaş Yayınevi, 2021 (Ünal, *Sınırlı Aynî Haklar*).
- Vardar Hamamcıoğlu, G, *Medenî Hukuk'ta Tasarruf İşlemi Kavramı*, On İki Levha Yayıncılık, 2014.
- Wieland, C A, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band IV, Das Sachenrecht, Art. 641-977 ZGB*, Schulthess, 1909.
- Wolf, M / Wellenhofer, M, *Sachenrecht*, 35. Auflage, C.H.Beck, 2020.



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

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068  
Cilt / Volume XXVII Nisan / April 2023 Sayı / No. 2

**ANONİM ORTAKLIKTA AZINLIĞIN ÖZEL DENETÇİ ATANMASI  
İSTEMİNE İLİŞKİN ÇEŞİTLİ SORUNLAR ÜZERİNE BİR  
İNCELEME**

AN EXAMINATION ON VARIOUS PROBLEMS REGARDING THE  
MINORITY'S REQUEST TO APPOINTMENT OF A PRIVATE AUDITOR  
IN JOINT STOCK COMPANY

**Yasemin AŞLAR ÜÇYILDIZ\***  

**ÖZET**

[10.34246/ahbvuhfd.1226197](https://doi.org/10.34246/ahbvuhfd.1226197) 

Özel denetim, esas itibarıyla pay sahiplerinin bilgi alma ve inceleme hakkını güvence altına alan bir müessesedir. Bilgi alma ve inceleme hakkını kullanarak tatmin olmamış her pay sahibine, belirli olayların açıklığa kavuşturulması için TTK m. 438 gereğince genel kuruldan özel denetim talebinde bulunma imkânı getirilmiştir. Özel denetim mekanizmasına ilişkin olarak kademeli bir yapı inşa edilmiştir. Genel kurulun bu talebi ret ya da kabul etmesine göre, TTK m. 438 ve 439 hükümlerinde iki farklı özel denetim davası öngörülmüştür. Genel kurulun reddi üzerine yalnızca azınlık, özel denetçi atanması isteminde bulunabilir (TTK m. 439). Azınlık tarafından özel denetim talebinde bulunulması hâlinde mahkeme, özel denetime ilişkin koşulların varlığının mevcut olup olmadığını saptamalıdır. TTK m. 439 gereğince azınlık tarafından açılabilen özel denetim davasında hâkim -TTK m. 438'in aksine- daha etkin bir rol üstlenir. Azınlığın özel denetçi atanması istemine ilişkin, uygulamada karşılaşılan ve doktrinde tartışılan bazı sorunların açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

**Anahtar Kelimeler:** Özel denetim, özel denetçi, azınlık hakkı, anonim ortaklık, bilgi alma ve inceleme hakkı.

\* **Dr. Arş. Gör.**, Karabük Üniversitesi İşletme Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı / KARABÜK, **e-posta:** yasemin.aslarucyildiz@karabuk.edu.tr, **ORCID:** 0000-0002-4011-6871 **DOI:** 10.34246/ahbvuhfd.1226197

\* **İntihal / Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / *This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.*





**ABSTRACT**

Private audit is essentially an institution that guarantee the shareholders' right to request information and examination. Every shareholder who is not satisfied by exercising his right to request information and examination has been given the opportunity to request a private audit pursuant to article 438 of Turkish Commercial Code (TCC) No. 6102 from the general assembly to clarify certain events. A gradual structure has been built regarding the private audit mechanism. Depending on the rejection or acceptance of this request by the general assembly, two different private audit cases are foreseen in the provisions of Art. 438 and 439 TCC. Upon the rejection of the general assembly, only the minority may request the appointment of a private auditor (Art. 439 TCC). In the case of a request for private audit by the minority, the court must determine whether the conditions regarding the private audit. The judge in the private audit that can be opened by the minority pursuant to Art. 439 TCC -unlike Art. 438 TCC- it takes on a more active role. It is necessary to clarify some of the problems encountered in practice and discussed in the doctrine regarding the request of the minority to appoint a private auditor.

**Keywords:** Private audit, private auditor, minority rights, joint stock companies, the right to request information and examination.

**EXTENDED ABSTRACT**

With the private audit institution that assures shareholders' rights to request information and examination, each shareholder has been given the right to request clarification of certain events through a private audit from the general assembly, subject to certain conditions (Art. 438/1 TCC). If the general assembly approves this request, the company or each shareholder may request the appointment of a private auditor pursuant to Art. 438/2 TCC. If the general assembly rejects this request, only the minority can make an application for a private auditor from the court (Art. 439 TCC). In other words, two different private audit cases are foreseen in the provisions of Art. 438 and 439 TCC. The study's main purpose is to reveal some controversial issues in the doctrine regarding the minority's private audit request and offer solutions to these problems.

The private audit request is subject to the existence of certain conditions, according to Art. 438/1 TCC. Although Art. 438 and 439 TCC are governed by different principles in many ways, they should be regarded as interrelated provisions. Both provisions are related to the private audit request and are the continuation of each other, dealing with the two possibilities of acceptance or rejection of the request by the general assembly. Therefore, the conditions sought in Art. 438/1 TCC are necessary to call for a private audit request in accordance with Art. 439 TCC. In order to fulfill the precondition for the right to request information and examination, which is the prerequisite for a private audit request, it is not necessary to apply to the court under Art. 437/5 TCC.

*It is sufficient that the right is put forward by the shareholder in the general assembly.*

*For the minority to request a private audit, the request does not have to be rejected without just cause. Even in the case of rejection of the private audit request due to non-fulfillment of the conditions in Art. 438/1 TCC, the minority can sue out pursuant to Art. 439 TCC. In such a case, the company should try to prove that the private audit conditions do not exist. For the minority to request the appointment of a private auditor, it should not be expected that the general assembly will take a formal rejection decision. Accepting the contrary may render the minority right guaranteed by Art. 439 TCC ineffective, and it is also incompatible with the nature of minority rights. In this context, the general assembly chairman's failure to put the private audit request on the agenda and submitting it to the vote, the postponement of the implementation of the private audit decision previously taken by the general assembly, and the decision to appoint a special auditor by excluding the issues to be examined partially or completely from the scope of the audit should also be considered as the rejection of the general assembly.*

**GİRİŞ**

Pay sahiplerinin bilgi alma ve inceleme hakkına güvence teşkil eden özel denetim müessesesi ile belirli şartların varlığı hâlinde, her pay sahibine -gündemde yer almasa bile- genel kuruldan belirli olayların özel denetimle açıklığa kavuşturulmasını talep etme hakkı verilmiştir (TTK m. 438/1). Genel kurulun bu istemi onaylaması hâlinde, şirket veya her bir pay sahibi TTK m. 438/2 gereğince özel denetçi atanmasını isteyebilir. Genel kurulun bu talebi reddetmesi durumunda ise yalnızca azınlık, mahkemenen özel denetçi atanması isteminde bulunabilmektedir. Bir başka deyişle, genel kurulun özel denetim istemini reddetmesi, bir azınlık hakkını ortaya çıkarmaktadır. Öncelikle belirtmek gerekir ki çalışma, genel kurulun reddi üzerine azınlığın TTK m. 439 gereğince mahkemenen özel denetçi atanması istemine ilişkindir. TTK m. 438 uyarınca genel kurulun istemi kabulü hâlinde her bir pay sahibi tarafından talep edilebilen özel denetim istemi -bağlantılı noktaları hariç olmak üzere- çalışmanın kapsamı dışındadır. Bunun yanı sıra çalışmanın esas gayesi, azınlığın özel denetçi atanması istemini her yönüyle incelemek değil; bilakis azınlığın özel denetim istemine ilişkin doktrinde tartışmalı, uygulamada sorunlu olan bazı hususları ortaya koymak ve bu sorunlara ilişkin çözüm önerileri sunmaktır.

Azınlığın özel denetçi atanması istemine ilişkin çeşitli sorunlara geçmeden önce konunun mantığının oturtulabilmesi ve müessesenin daha

iyi kavranabilmesi gayesiyle, özel denetimin azınlık hakları içindeki yeri ve amacı konularına değinilecektir. Sonrasında sistematik sıra ile azınlığın özel denetçi atanması istemine ilişkin çeşitli sorunlar ele alınacaktır. Bu bağlamda öncelikle TTK m. 439 gereğince özel denetçi atanması isteminde bulunabilecek kişilerin azınlık sıfatına ilişkin doğabilecek hukukî sorunlar üzerinde durulacaktır. Sonrasında TTK m. 438'deki şartların TTK m. 439 uyarınca azınlığın özel denetçi atanması talebinde bulunabilmesi için de aranıp aranmayacağı meselesi çözüme kavuşturulacak ve aranan şartlara ilişkin değerlendirmelere yer verilecektir. Son olarak pay sahiplerinin özel denetim isteminin hangi durumlarda genel kurul tarafından reddedilmiş sayılacağı ile azınlığın özel denetçi atanması isteminin reddine ilişkin mahkeme kararının kesin olup olmadığı meseleleri incelenecektir. Çalışmada ulaşılmaya çalışılan nihaî hedef, azınlığın özel denetçi atanması istemi hakkındaki bu hususlara ilişkin sorunlu noktaları mercek altına almaktır.

## I. ÖZEL DENETÇİ ATANMASI İSTEMİNİN AZINLIK HAKLARI İÇİNDEKİ YERİ

Anonim şirketlerde özel denetim, TTK'nın 438 ilâ 444. hükümlerinde düzenlenmiştir. Öncelikle belirtmek gerekir ki genel kuruldan özel denetim isteminde bulunma hakkı, kanunen<sup>1</sup> her pay sahibine tanınmıştır (TTK m. 438/1). Bu talebin genel kurul tarafından kabulü hâlinde şirket veya her bir pay sahibi, reddedilmesi hâlinde ise yalnızca azınlık, mahkemeden özel denetçi atanmasını isteyebilir (TTK m. 439/1). Bir başka deyişle, genel kurulun özel denetim istemini reddetmesi, bir azınlık hakkını ortaya çıkarır<sup>2</sup>. Azınlığın mahkemeden özel denetim talebi, TTK m. 439 hükmünde "*Genel kurulun özel denetim istemini reddetmesi hâlinde, sermayenin en az onda birini, halka açık anonim şirketlerde yirmide birini oluşturan pay sahipleri veya paylarının itibarî değeri toplamı en az bir milyon Türk Lirası olan pay sahipleri üç ay içinde şirket merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret*

<sup>1</sup> Doktrinde, Kanun'da yer alan hükümlere ek olarak esas sözleşme ile de yeni bazı azınlık haklarının düzenlenebileceği kabul edilmektedir (Bu hususta bkz. Oğuz İmregün, Anonim Şirketlerde Pay Sahipleri Arasında Umumi Heyet Kararlarından Doğan Menfaat İhtilafı ve Bunları Telif Çareleri, İsmail Akgün Matbaası 1962, s. 81-82; Nejat Aday, "Anonim Şirkette Özel Denetçi", *Prof. Dr. Hayri Domaniç'e Armağan*, Mitos Yayınları 1995, s. 21).

<sup>2</sup> TTK m. 438/1 gerekçesi. Diğer azınlık hakları ile karşılaştırıldığında, kullanılabilmesi bazı ek şartlara tâbi tutulduğu için özel denetçi isteminin «nitelikli azınlık hakkı» olduğu yönünde bkz. Reha Poroy/ Ünal Tekinalp / Ersin Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, 14. Bası, Vedat Kitapçılık 2019, N. 642b; Ali Pash, "Anonim Ortaklıkta Özel Denetçi Tayini", Ünal Tekinalp'e Armağan, C. I, Beta Basım Yayın 2003, s. 625.

*mahkemesinden özel denetçi atamasını isteyebilir.*" şeklinde düzenlenmiştir. Pay sahiplerinin özel denetim talebinin genel kurulca reddedilebileceğini dikkate alan kanun koyucu, genel kurulun ret kararıyla mezkûr talebin etkisiz kalmasına imkân vermeyecek şekilde bir sistem öngörmüştür<sup>3</sup>. Böylece taleple birlikte özel denetim mekanizmasının olabildiğince harekete geçmesi sağlanmaya çalışılmıştır<sup>4</sup>. TTK m. 439 gereğince azınlık tarafından açılacak özel denetçi atanması istemli dava ile TTK m. 438 gereğince genel kurulun kabulü üzerine açılacak dava birbirinden farklıdır. Şöyle ki genel kurulun özel denetim talebini reddetmesi halinde, özel denetim isteyen azınlık pay sahipleri ile şirket, -TTK m. 438'in aksine- özel denetimin gerekliliği hususunda ihtilaf içindedir ve bu ihtilafın mahkeme tarafından çözülmesi gerekir<sup>5</sup>.

Anonim şirketlerin farklı çıkar gruplarını bünyesinde barındırması ve çoğunluk ilkesi<sup>6</sup> ile yönetilmesi, şirkette çıkar çatışmalarına yol açar<sup>7</sup>. Hissedarlar demokrasisi şeklinde adlandırılan prensip gereğince, hisselerin ekseriyetine sahip olanlar, çoğu zaman anonim şirkete de hâkim konumdadır<sup>8</sup>. Şöyle ki şirkette pay veya oy çoğunluğuna sahip olan grup, genel kurulda çoğunluğu sağlayarak kararların belirleyicisi olur; bunun yanı sıra şirketin yönetimi ve denetimi için seçtikleri yönetici ve denetçilerle ortaklığın kaderini

<sup>3</sup> TTK m. 438 gerekçesi.

<sup>4</sup> Soner Altaş, *Şirket Denetimi (Bağımsız Denetçi, Denetçi ve Özel Denetçi)*, Seçkin Yayıncılık 2015, s. 266.

<sup>5</sup> Sıtkı Anlam Altay, "Anonim Ortaklıklarda Özel Denetimin Koşullarına İlişkin Düşünceler", Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Saygı Sempozyumu, *GSÜHFD*, (2) 2013, <[https://dosya.gsu.edu.tr/Docs/HukukFakultesi/TR/FakulteDergisi/GUHFD-2013\\_2.pdf](https://dosya.gsu.edu.tr/Docs/HukukFakultesi/TR/FakulteDergisi/GUHFD-2013_2.pdf)>, Erişim Tarihi 05 Aralık 2022, s. 56.

<sup>6</sup> Çoğunluk mutlak anlamda sermayenin ya da oyların çoğunluğu anlamına gelmez; çoğunluk sadece genel kurula katılan pay sahiplerinin temsil ettikleri sermayenin veya bu paylara bağlanan oyların çoğunluğudur (Mahmut Tevfik Birsnel, "Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları", İmran Ökten'e Armağan, Sevinç Matbaası 1970, s. 627). Genel kurul, toplantı yetersayısı olan sermayenin dörtte birini temsil eden pay sahiplerinin katılımıyla toplanır, ilk toplantıda bu oran sağlanamazsa ikinci toplantıda herhangi bir oran aranmaksızın katılanlar ile toplantı yapılır. Bu sebeple bir genel kurulda çoğunluğu sağlayan payların, şirketin tüm sermayesi içinde azınlıkta kalan bir oranda payı temsil etmesi de mümkündür (Seda Ulaş Kısa, "Anonim Ortaklıkta Yaşanan Çıkar Çatışmasının Azınlıkta Kalanlara Zarar Vermemesi İçin Öngörülen Hukuki Araçlar", *Ünal Tekinalp'e Armağan*, C. I, Beta Yayınları 2003, s. 509).

<sup>7</sup> Mehmet Helvacı, "Anonim Ortaklıkta Ticaret Kanunundan Kaynaklanan Azınlık Haklarının Hukuki Niteliği ve Tanımı", *Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınevi 1998, s. 297.

<sup>8</sup> Tuğrul Ansay, *Anonim Şirketler Hukuku*, 6. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları 1982, s. 254.

belirler<sup>9</sup>. Çoğunluk iradesi ile oluşan yönetim ve denetim organları üyeleri, konumlarını borçlu oldukları çoğunluk tarafından her an azledilme korkusu yaşadıkları için kendilerini seçen çoğunluğun menfaatlerini koruyarak hareket etmeye meyillidir. Çoğunluk ilkesinin mutlak biçimde uygulanması ise genel kurulda azınlığın çoğunluk karşısında elinin kolunun bağlı olmasına ve dolayısıyla sermayeye katılma konusunda isteksizliğine sebep olur<sup>10</sup>. Şirket yönetiminde çoğunluğa sahip olanların, kendileri haricindekilerin çıkarlarını ihlâl ederek şahsi menfaatlerine hizmet etmeleri, bazı azınlık haklarının öngörülmesini gerekli kılmıştır<sup>11</sup>. Bu haklar, Kıta Avrupası hukukunda «koruyucu haklar (Schutzrechte)»<sup>12</sup> şeklinde adlandırılan grup içerisinde yer alan, çoğunluk gücü karşısında pay sahiplerinin durumunu kuvvetlendirmeyi amaçlayan çalışmaların ürünüdür<sup>13</sup>.

Azınlık haklarını, kural olarak yöneltildiği organın onayına bağlı bulunmaksızın azınlığın tek taraflı irade açıklaması ile kullanılabilen ve hakkın kötüye kullanılması denetimine tâbi olan talep hakları şeklinde tanımlamak mümkündür<sup>14</sup>. Türk Ticaret Kanunu'nda kanun koyucu, sermaye ve oy çokluğunu elinde bulunduran pay sahiplerinin şirketin karar mekanizması ile yönetim ve denetimine egemen olmaları karşısında, münferit pay sahiplerini ve azınlığı çeşitli hukuki araçlar ile çoğunluğa karşı özel olarak korumayı hedeflemiştir<sup>15</sup>. Bu bağlamda, bir yandan azınlığın haklı çıkarının çoğunluk gücünün kötüye kullanılması yoluyla henüz ihlâl edilmediği aşamada işlevini yerine getiren, bir başka deyişle böyle bir ihlâlin gerçekleşmesini önleyen tedbirler alınmış; bir yandan da böyle bir ihlâlin yaşanmasının neticelerinin

<sup>9</sup> Arslan Kaya, *Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı*, Banka ve Tic. Huk. Araş. Enst Yayınları 2001, s. 7.

<sup>10</sup> Ulaş Kısa, s. 508-509.

<sup>11</sup> Ünal, Tekinalp, "Otuz Yıllık Uygulamanın Işığında Azınlık Hakları Sisteminin ve Uygulamasının Değerlendirilmesi", *Türk Ticaret Kanunu'nun 30 Yıl Semineri*, İstanbul 1988 (Tekinalp, Azınlık Hakkı), s. 231; Erdoğan Moroğlu, *Anonim Ortaklıkta Özel Denetçi*, Makaleler I, İstanbul 2006, s. 89.

<sup>12</sup> Koruyucu haklar, yönetim kurulunun ve çoğunluk pay sahiplerinin suistimallerine karşı pay sahiplerini korumak gayesiyle onlara bahşedilen haklardır (Esra Kaşak, *Anonim Şirketlerde Genel Kurul ile Yönetim Kurulu Arasındaki Yetki Dağılımına İlişkin Temel Esaslar*, On İki Levha Yayıncılık 2019, s. 458).

<sup>13</sup> Tekinalp, *Azınlık Hakları*, s. 231.

<sup>14</sup> Helvacı, s. 309.

<sup>15</sup> Erdoğan Moroğlu, *Anonim Ortaklıkta Çoğunluk Pay Sahiplerinin Azınlık ve İmtiyazlı Pay Sahiplerine Karşı Korunması*, *Makaleler I*, On İki Levha Yayınları 2006, s. 216.

ortadan kaldırılmasını sağlayan çeşitli düzenlemelere yer verilmiştir<sup>16</sup>. Azınlığın olumsuz oy kullanarak bir kararın oluşmasına engel olması, «olumsuz azınlık hakkı»<sup>17</sup> olarak nitelendirilir<sup>18</sup>. Azınlığın kanun ile öngörülen hususlarda somut bir talepte bulunması hâlinde ise, «olumlu azınlık hakkının» varlığından bahsedilir<sup>19</sup>. Özel denetçi isteme hakkı da anonim şirketlerde önemli azınlık haklarından biridir<sup>20</sup>. Bu azınlık hakkı, özünde bir talebi barındırdığı için olumlu azınlık hakkı niteliğindedir.

## II. ÖZEL DENETİM MÜESSESESİNİN AMACI

Gerek anonim şirketin kuruluş işlemlerini üstlenen kurucular gerekse kurulmuş şirketi yöneten organ ve kişiler, kendilerine ait olmayan bir malvarlığı üzerinde söz sahibi oldukları için, bu kişilerin yetkilerini kötüye kullanarak şirketi (dolaylı olarak da pay sahipleri ve şirket alacaklılarını) zarara uğratmalarının önüne geçilmesi ve sebep oldukları zararların kendilerinden talep edilebilmesi bakımından denetlenmeleri zorunludur<sup>21</sup>. Diğer yandan pay sahipleri, haklarını ancak şirket işlemlerine ilişkin yeterince bilgi edindiği<sup>22</sup> takdirde makul şekilde kullanılabilir ve şirket organlarının sorumluluğuna gidilmesinin gerekli olup olmadığına karar verebilir<sup>23</sup>. Şirketler hukukuna

<sup>16</sup> Ulaş Kısa, s. 510-511.

<sup>17</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Halil Ali Dural, "Anonim Şirkette Olumsuz Azınlık Hakları Düzenlemesi", *Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı*, Beta Yayınları 1999, s. 179-192.

<sup>18</sup> Oğuz İmregün, *Anonim Ortaklıklar*, 4. Bası, Yasa Yayınları 1974, s. 246-247; Birsell, s. 631-632; Aday, s. 21; Selin Sert Canbolat, "Anonim Ortaklıklarda Azınlık Haklarının İncelenmesi", *TBB Dergisi*, 74, 2008, <<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2008-74-389>>, Erişim Tarihi 05 Aralık 2022, s. 161-165; Alihan, Aydın, "Anonim Ortaklıkta Çoğunluk Pay Sahiplerinin Azınlığa Karşı Korunması", *Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yıl Armağanı*, 2. Bası Beta 2001, s. 30-31.

<sup>19</sup> İmregün, *Anonim Ortaklıklar*, s. 246-247; Birsell, s. 631-632; Aday, s. 21; Sert Canbolat, s. 161-165; Aydın, s. 30-31.

<sup>20</sup> Oruç Hami Şener, *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku*, Ders Kitabı, 4. Bası, Seçkin Yayıncılık 2019, s. 523.

<sup>21</sup> Erdoğan Moroğlu, *Anonim Ortaklıkta Özel Denetçi*, *Makaleler I*, İstanbul 2006, s. 65. Benzer yönde bkz. Aydın s. 72.

<sup>22</sup> Anonim şirketin faaliyetleri, işlemleri, ekonomik ve mali durumu hakkında bilgi alma hakkı, pay sahiplerinin menfaatlerine herhangi bir zararın gelmesini önleyici koruma tedbirlerinin başında gelir (Selçuk Öztekin, *Şirketler Gruplarında Yavru Şirketlerdeki Azınlık Pay Sahiplerinin Türk Ticaret Kanunu m. 36 / İsviçre Borçlar Kanunu m. 697 Çerçevesinde Bilgi Alma Hakkı*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1986, s. 301).

<sup>23</sup> Ömer Özkan, "Türk ve İsviçre Anonim Ortaklıklar Hukukunda Özel Denetçi Atanması", *Batider*, 20(2), 1999, s. 27.

özgü «bilgi» pay sahipliği haklarının kullanılmasında pay sahibi bakımından çıkış noktasını oluşturan ve mezkûr hakların hangi doğrultuda kullanılacağına belirlenmesine zemin oluşturan veriler bütünüdür<sup>24</sup>. Ancak anonim şirkette pay sahiplerinin bilgi alma ve inceleme hakkı, şahıs şirketlerine oranla çok daha dar kapsamlıdır<sup>25</sup>. Özel denetimin amacı da delillere ulaşma hususunda aciz olan azınlığın gereken delillere ulaşmasını sağlamaktır<sup>26</sup>.

Özel denetim müessesesi, bilgi edinme hakkının güvencesi olma rolünü üstlenerek pay sahiplerinin şirketle ilgili belirli olaylar hakkında bilgi sahibi olmasına hizmet eder. Böylece pay sahipliği haklarının, genel kurullarda daha etkin ve bilinçli şekilde kullanılmasına imkân sağlar<sup>27</sup>. Özel denetim hakkı, bilgi alma ve inceleme hakkına (TTK m. 437) bağlı tali (ikincil) bir haktır<sup>28</sup>. Özel denetçi atanması, kapsamlı bir bilânço incelemesine yönelik değil; açık ve anlaşılır olmayan belirli konularda pay sahiplerinin aydınlatılması amacıyla yöneliktir<sup>29</sup>. Ayrıca özel denetim ile güdülen pratik amaç, kurucular ile yönetim kurulu üyeleri ve denetçiler hakkında tazminat ve ceza davaları açılabilmesine imkân sağlayacak eylem ve işlemleri ortaya çıkarmak, bilânçonun doğruluk ve gerçeklik ilkesine uygun olarak düzenlenip düzenlenmediğini anlamak, esas sermaye artırımını, azaltılmasını ve tasfiye gibi işlemlerin esas sözleşme ve kanun çerçevesinde yapılıp yapılmadığını saptamak ve yolsuz işlemlerin delillerini toplamaktır<sup>30</sup>. Bu sayede pay sahipleri, menfaatlerini ilgilendiren konularda

yönetimin nasıl hareket ettiğini takip etme imkânına sahip olur<sup>31</sup>. Bunun yanı sıra kurucular, yöneticiler ve denetçiler aleyhine tazminat ve bu kişilerin işlemleri hakkında iptal veya hükümsüzlüğün saptanması davaları açılabilmesi bakımından da özel denetçi atanmasının sağlayabileceği imkânların önemi büyüktür; zira pay sahipleri ve azınlık, söz konusu davalara esas teşkil edecek yolsuz işlemleri ve bunlara dair delilleri özel denetim sayesinde saptayabilir<sup>32</sup>. Ancak belirtmek gerekir ki özel denetimin gayesi, yapılan işlemlerin yerinde olup olmadığı veya amaca uygun olup olmadığını değerlendirmek değildir. Bir başka deyişle özel denetim, organların takdir yetkilerinin incelenmesini içermez; bu yöntem ile sadece bazı olayların açıklığa kavuşturulması hedeflenmektedir<sup>33</sup>.

Özel denetim, esas itibarıyla hukuka aykırı işlemlerin veya kararların tespit edilerek bunların mevcudiyetini ortaya koyan delillerin toplanması ve özellikle sorumluluk davası açılması açısından son derece önem arz eden bir işleve sahiptir<sup>34</sup>. Özel denetim sırasında somut bir konu hakkında inceleme yapılarak rapor hazırlanacağı için, geniş kapsamlı malî denetim ve bilânço incelemesi özel denetimin kapsamı dışındadır. Fakat hazırlanan raporun yönetici ve denetçilerin sorumluluğuna gidilmesine temel teşkil edeceği de dikkatten kaçmamalıdır<sup>35</sup>. Bu bağlamda özel denetim, yönetici ve denetçilerin sorumluluğuna bir hazırlık amacı taşımakla birlikte, her iki durum arasında zorunlu bir ilişki de mevcut değildir. Dolayısıyla sorumluluk davası için önceden özel denetimin talep edilmiş olması gerekmediği gibi, özel denetim talep etme hakkı salt şirket organlarına karşı dava açılmasına yönelik bir hazırlık olarak da anlaşılmalıdır<sup>36</sup>. Özel denetim, yönetici ve denetçilerin sorumluluğu dışında, yalnızca talep konusu olay hakkında bilgi edinilmesi amacıyla ilişkin olabileceği gibi<sup>37</sup> haklı sebeple fesih davasına (TTK m. 531) esas teşkil etmek için de başvurulabilecek bir yoldur<sup>38</sup>.

<sup>24</sup> Altay, s. 56.

<sup>25</sup> Şener, s. 517.

<sup>26</sup> Hayrettin Çağlar, “Anonim Şirketlerde Özel Denetim İsteminin İlk Derece Mahkemesi Tarafından Reddi Kararı Kesin Midir?”, *AHBV Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 25(1), 2021, <<https://dergipark.org.tr/en/pub/ahbvuhfd/article/870927>>, Erişim Tarihi 05 Aralık 2022, s. 10.

<sup>27</sup> Mehmet, Özdamar, “Anonim Şirketlerde Özel Denetim”, Ulusoy, Erol (ed.), *Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları*, Bilge Yayınevi 2014, s. 45; Hasan Pulaşlı, *Yeni Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, Adalet Yayınevi 2012, § 22, N. 5; Özkan, s. 29-30. Doktrinde bilgi alma ve inceleme hakkının düzenlendiği TK. m. 362 (6102 sayılı TTK m. 437) hükmünün pay sahibinin bilgi alma hakkının pasif ve geriye dönük niteliğini; özel denetim isteme hakkının düzenlendiği TK. m. 348 (6102 sayılı TTK m. 438) hükmünün ise bu hakkın aktif niteliğini temsil ettiği öne sürülmüştür (Kaya, *Bilgi Alma*, s. 52-53; Öztekin, s. 302-303).

<sup>28</sup> Peter Kuntz, Zur Subsidiarität der Sonderprüfung, *SJZ 1996*, s. 2; Arslan Kaya, “Özel Denetim İsteme Hakkının Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı ile İlişkisi”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 31(1), s. 62-63; Özdamar, s. 50.

<sup>29</sup> Pulaşlı, § 22, N. 5.

<sup>30</sup> Moroğlu, *Özel Denetçi*, s. 65-66.

<sup>31</sup> Rıza Ayhan / Hayrettin Çağlar / Mehmet Özdamar, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, 2021. s. 316.

<sup>32</sup> Moroğlu, *Özel Denetçi*, s. 65-66; Aday, s. 24.

<sup>33</sup> Pulaşlı, § 22, N. 8; Özkan, s. 30.

<sup>34</sup> Çağlar, s. 15. Özel denetim raporu, sorumluluk davasına giden yolu açabilir; gerektiğinde bilanço müzakerelerinin ertelenmesi neticesini doğurabilir (TTK Genel Gereğe, s. 44).

<sup>35</sup> Özdamar, s. 47; Özkan, s. 30.

<sup>36</sup> Pulaşlı, § 22, N. 6.

<sup>37</sup> Özdamar, s. 47.

<sup>38</sup> Kaya (Özel Denetim), s. 63.

Özel denetim talebi, şirketler topluluğu bakımından da ortaya çıkabilmektedir. Şirketler topluluğundan söz edebilmek için, kontrol ve idare eden şirketin, hukuken bağımsızlıklarını koruyan şirketlere yönetime dair emir verme ve bu şirketlerin faaliyetlerini yönetme kuvvetine sahip olması gerekir. Hukuki bağımsızlık ve ekonomik bağımlılığın birleşmesi ile ortaya çıkan şirketler topluluğunda, hakları ve menfaatleri hiçe sayılacak kişilerin başında, bağlı şirketlerin azınlık pay sahipleri gelmektedir<sup>39</sup>. Şöyle ki hâkim şirket, topluluğun yüksek menfaatleri uğruna, topluluğa dâhil şirketlerden birinin faaliyetlerini geliştirmek amacıyla diğerlerini yavaşlatabilir; birinin kâr oranını artırmak amacıyla diğer şirketinkini düşürebilir. Bağlı şirketlerin azınlık pay sahiplerinin karşı karşıya buldukları nihai tehlike, dâhil oldukları şirketin malvarlığının hâkim şirket tarafından «kemirilerek» şirketin malvarlığının «içi boşaltılmış bir kabuktan ibaret bırakılması»dır<sup>40</sup>. Hem hâkim şirket hem de bağlı şirket pay sahiplerinin yürütülen faaliyetlere ilişkin bilgi edinmesi, menfaatlerin etkili şekilde korunması açısından bir zorunluluk ve en etkin araçtır<sup>41</sup>. Bu sebeple, şirketler topluluğunda azınlık pay sahiplerinin korunabilmesi için bilgi alma ve inceleme hakkına ek olarak özel denetim yolunun kullanılması büyük önem taşımaktadır. Bunun önemini dikkate alan kanun koyucu TTK m. 207’de “Denetçi, özel denetçi, riskin erken saptanması ve yönetimi komitesi; bağlı şirketin, hâkim şirketle veya diğer bağlı bir şirketle ilişkilerinde hilenin veya dolanın varlığını belirtir şekilde görüş bildirmişse, bağlı şirketin her pay sahibi, bu konunun açıklığa kavuşturulması amacıyla, şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinden özel denetçi atanmasını isteyebilir.” şeklinde şirketler topluluğuna ilişkin özel bir düzenlemeye yer vermiştir. Bu düzenleme ile belirli şartların varlığı hâlinde, bağlı şirketin her pay sahibine, genel kurul aşamasını atlayarak doğrudan mahkemeden özel denetçi atanmasını talep etme imkânı tanınmıştır<sup>42</sup>. Böylece bağlı şirkete ilişkin hileli işlemlerin mevcut olduğuna dair şüphe bulunması hâlinde, mezkûr durumun sorgulanması için bağlı şirket pay sahiplerine özel denetçi istemi ile dolaylı yoldan aktif şekilde bilgi edinme imkânı sağlanmıştır<sup>43</sup>.

<sup>39</sup> Şirketler topluluğunda menfaatlerin korunması yöntemleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kürşat Göktürk, *Şirketler Topluluğunda Sorumluluk Esasları (Anonim Şirketlerden Oluşan Topluluklar Bakımından)*, Adalet Yayınevi 2015, s. 35 vd.

<sup>40</sup> Öztekin, s. 294-301.

<sup>41</sup> Göktürk, s. 37.

<sup>42</sup> Özdamar, s. 49.

<sup>43</sup> Göktürk, s. 38.

TTK m. 207’den başka TTK m. 406 hükmünde de topluluk ilişkileri için özel denetçi atanmasını öngören ayrı bir düzenleme getirilmiştir. Mezkûr hükme göre “Denetçi, şirketin hâkim şirketle veya topluluk şirketleriyle ilişkileriyle ilgili olarak sınırlı olumlu görüş veya kaçınma yazısı yazmışsa veya yönetim kurulu, şirketin topluluk tarafından, bazı belirli hukuki işlemler veya uygulanan önlemler dolayısıyla kayba uğratıldığını ve bunlar dolayısıyla denkleştirme yapılmadığını açıklamışsa, herhangi bir pay sahibinin istemi üzerine, şirketin merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesi tarafından şirketin, hâkim şirketle veya hâkim şirkete bağlı şirketlerden biriyle olan ilişkisini incelemek üzere özel denetçi atanabilir.”

### III. AZINLIĞIN ÖZEL DENETÇİ ATANMASI İSTEMİNE İLİŞKİN ÇEŞİTLİ SORUNLAR

Çalışmanın amacı, özel denetim müessesesine ilişkin genel bir inceleme değil; konuya ilişkin bazı sorunlu ve tartışmalı konuları ortaya koymak; bu hususlara ilişkin çözümler üretmektir. Bu çerçevede öncelikle özel denetim talebinde bulunanların azınlık sıfatına ilişkin muhtemel sorunlar, akabinde TTK m. 439 gereğince azınlığın özel denetçi atanması talebinde bulunabilmesi için TTK m. 438’deki şartların aranıp aranmayacağı meselesi ile aranan şartlara ilişkin değerlendirmeler ve son olarak özel denetim talebinin hangi durumlarda genel kurul tarafından reddedilmiş sayılacağı ile azınlığın özel denetim isteminin reddine ilişkin mahkeme kararının kesin olup olmadığı meseleleri bu ana başlık altında incelenecektir.

#### A. Azınlık Sıfatına İlişkin Ortaya Çıkması Muhtemel Sorunlar

Genel kurulun özel denetim talebini reddetmesi üzerine mahkemeye başvurabilecek olanlar, halka açık olmayan anonim şirketlerde sermayenin en az onda birini, halka açık anonim şirketlerde yirmide birini oluşturan pay sahipleri ve paylarının itibarî değeri toplamı en az bir milyon olan pay sahipleridir (TTK m. 439/1). Genel kurulun reddi üzerine özel denetçi atanması isteminde bulunabilecekler açısından getirilen bu oran ve miktara bağlı sınırlama ile özel denetim isteminde bulunanların şirket organlarını, resmi makamları ve adli organları lüzumsuz yere meşgul etmesini önlemek ve bu hakkı kötüye kullanan pay sahiplerinin yapacağı gereksiz masraflara engel olmak istenmiştir<sup>44</sup>. Kanun koyucu sermayesi çok büyük olan şirketlerde,

<sup>44</sup> Şirin Güven, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Anonim Şirketler Hukukunda Özel Denetim, *Çankaya University Journal of Law*, 7(2), Kasım 2011, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/45456>>, Erişim Tarihi 05 Aralık 2022, s. 143.

hükümdeki yüzdelerle ulaşılmamasının zor olabileceğini dikkate alarak oranların yanı sıra sabit bir miktar da öngörmüştür. Bu şekilde özel nitelikte bir azınlık grubu oluşturulması, azınlık hakkının etkin kullanımı açısından yerindedir. Yüzdeler oranların ve sabit miktarın, esas sözleşme ile pay sahiplerinin aleyhine olacak şekilde artırılması geçersizdir<sup>45</sup>.

TTK m. 439/1'deki azınlık sıfatına ilişkin ölçüt oy gücü değil; sermaye gücüdür. Dolayısıyla bu durumda oy hakkındaki imtiyazlar dikkate alınmayacağı gibi<sup>46</sup>; azınlığın oy hakkından yoksun olup olmamasının da bir önemi yoktur<sup>47</sup>. Sermayenin onda biri veya halka açık anonim şirketlerde yirmide biri hesaplanırken payların itibarî değeri esas alınır ve pay karşılığının ödenmiş olup olmaması önemli değildir<sup>48</sup>. Halka açık olan ve olmayan anonim şirketler için ayrı ayrı öngörülen oranlar hakkında -her ne kadar kanunî ifadeye «pay sahipleri» şeklinde çoğul bir ifade kullanılmış olsa da- bu orana tek bir kimsenin sahip olması da mümkündür<sup>49</sup>. Bu hâlde azınlık sıfatı, mezkûr orana sahip olan tek kişiye aittir. Birden fazla pay sahibi de hiç şüphesiz azınlık statüsüne sahip olabilir<sup>50</sup>.

Genel kurulun reddi üzerine mahkemeden özel denetim isteminde

<sup>45</sup> TTK m. 439/1 gerekçesi. Doktrinde bu oranın yükseltilemeyeceği oy birliği ile kabul edilirken, esas sözleşme ile bu oranın indirilip indirilemeyeceği konusunda görüş birliği yoktur. Bir görüşe göre, bu oran esas sözleşme ile artırılmayacağı gibi azaltılması da mümkün değildir. Zira azınlık hakları sadece azınlığı koruma amacı ile değil, azınlık ve çoğunluk arasındaki çıkar çatışmalarını engellemek için öngörülmüştür (Bu hususta bkz. Hayri Domaniç, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C: II, Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması*, Temel Yayınları 1988, s. 814; Oğuz İmregün, *Kara Ticareti Hukuku Dersleri*, 8. Baskı, Evrim Dağıtım 1987, s. 444. Diğer görüşe göre ise, azınlığın esas sözleşme ile hafifletilebilecek orandaki sermayeye sahip gruba verilmesine imkân tanınmalıdır (Bu hususta bkz. Fahiman Tekil, *Şirketler Hukuku*, Alkım Yayınevi 1989, s. 402 vd.; Helvacı, s. 302; Narbay, *Özel Denetim Şartları*, s. 316; Peter Forstmoser/ Arthur Meier-Hayoz/ Peter Nobel, *Schweizerisches Aktienrecht*, Stämpfli Verlag 1996, § 35, Rn. 46; Paslı, s. 625).

<sup>46</sup> Pulaşlı, § 22, N. 18; Mustafa Erdem Can, “Azlığın Genel Kurulun Toplantıya Çağırılması ve Gündemin Belirlenmesi Konusundaki Yetkileri”, Ulusoy, Erol (ed.), *Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları*, Bilge Yayınevi 2014, s. 81.

<sup>47</sup> Moroğlu, *Özel Denetçi*, s. 73.

<sup>48</sup> Can, s. 82; Paslı, s. 625.

<sup>49</sup> Paslı, s. 625; Özgür M. Falcıoğlu, “Azlığın Yönetim Kurulunda Temsili”, Ulusoy, Erol (ed.), *Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları*, Bilge Yayınevi 2014, s. 151. Ayrıca bkz. Ersin Çamoğlu “Anonim Ortaklık Genel Kurulunu Toplantıya Kimler Çağırır?”, *Yargı Dünyası*, 204(1), s. 13.

<sup>50</sup> Ertan Demirkapı, “Anonim Şirketin Denetimine İlişkin Esaslar Işığında Azınlığın (Azlığın) Denetçinin Değiştirilmesini Dava Hakkı”, Ulusoy, Erol (ed.), *Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları*, Bilge Yayınevi 2014, s. 117.

bulunabilecekler arasında «nominal azınlık»<sup>51</sup> diye tabir edilen «paylarının itibarî değeri toplamı en az bir milyon Türk Lirası olan pay sahipleri» de sayılmıştır. Ancak bir milyon Türk Lirası, sermayesi düşük olan anonim şirketlerde esas sermayenin çoğunluğuna tekabül edebilir. Böyle bir durumda bu grup, azınlığı korumak amacıyla getirilen özel denetim isteminden faydalanarak TTK m. 439 gereğince mahkemeye başvurabilir mi? Paylarının itibarî değeri bir milyon Türk Lirası olan pay sahiplerinin azınlık olarak kabul edilebilmesi için, bu grubun özel denetçi atanması için gerekli olan karar yetersayısına sahip olmaması gerekir. Elinde bulundurduğu bir milyon Türk Lirası nominal değer ile gerekli oy çoğunluğuna sahip ise, hiç kuşkusuz teknik anlamda bir «azınlık»tan söz edilemez ve çoğunluk pay sahiplerine değil, azınlığa tanınan bu haktan yararlanamaz<sup>52</sup>. Zira özel nitelikli bu azınlık grubunun öngörülmesindeki esas gaye, büyük sermayeli şirketlerde orana bağlı azınlığın oluşturulmasının çok güç olmasından hareketle, azınlık hakkının bertaraf olmasını engellemektir.

Azınlığın özel denetim talebinde bulunabilmesi için «belli bir süreden itibaren şirketin pay sahibi sıfatını taşıyor olması» şartı aranmamıştır. Burada önemli olan husus, özel denetim için mahkemeye başvurulduğu sırada, istemde bulunan pay sahiplerinin azınlık statüsüne sahip olmasıdır<sup>53</sup>. Bilgi alma veya inceleme hakkı usulünce kullanılmış olmak şartıyla, azınlığın pay sahipliği sıfatını özel denetimin talep edildiği genel kuruldan sonra kazanmış olması da sorun teşkil etmez<sup>54</sup>. Mahkeme özel denetime ilişkin karar verinceye kadar azınlığın bu statüsünün devam etmiş olması gerekir<sup>55</sup>. Öte yandan azınlık sıfatının özel denetim sonuçlanana kadar devam etmesi gerekmez; bir başka

<sup>51</sup> Teknik anlamda nominal azınlık, azınlığın yüzdeler oranlarla değil, şirket paylarının nominal değerleri dikkate alınarak tespit edildiği azınlıktır (Bkz. Erol Ulusoy, “Anonim Şirketlerde Azınlık Pay Sahiplerinin Şirketten Çıkarılması”, Ulusoy, Erol (ed.), *Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları*, Bilge Yayınevi 2014, s. 19.

<sup>52</sup> Ulusoy, s. 19.

<sup>53</sup> Mahkemeden özel denetim isteminde bulunanlar, azınlık sıfatını anonim şirkette pay senedi çıkarılmışsa pay senetlerini tevdi ederek veya nama yazılı pay senetlerinin varlığı hâlinde ayrıca pay defteri ile; pay senedi çıkarılmamışsa sadece pay defteri ile ispat etmelidir (Şafak Narbay, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Anonim Ortaklıkta Özel Denetim Yapılması Şartları ve Özel Denetçinin Atanması Usulü”, *Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan*, Birinci Cilt, Vedat Kitapçılık 2007, s. 316).

<sup>54</sup> Narbay, *Özel Denetim Şartları*, s. 315.

<sup>55</sup> Weber, Art 697b Rn. 3; Hasan Pulaşlı, “Anonim Şirketlerde Pay Sahiplerinin Özel Denetim İsteminin Mukayeseli Hukuk Açısından Değerlendirilmesi”, *Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan*, On İki Levha Yayıncılık 2017, s. 59; Narbay, *Özel Denetim Şartları*, s. 315.

ifadeyle azınlık pay sahipleri, özel denetim devam ederken paylarını elinden çıkarabilir<sup>56</sup>.

Mahkemeden özel denetçi isteminde bulunan azınlığın, özel denetimin talep edildiği genel kurul toplantısına katılması ve genel kurulda bu yönde bir talebinin bulunması şart değildir<sup>57</sup>. Bunun yanı sıra genel kurulun özel denetim istemini ret kararına karşı itirazda bulunması ve buna ilişkin muhalefetini tutanağa geçirtmesi de gerekmez<sup>58</sup>. Özel denetim isteminin görüşüldüğü genel kurulda çekimser kalması hâlinde dahi kanaatimizce azınlık, mahkemeden özel denetim isteminde bulunabilmelidir<sup>59</sup>. Ancak özel denetim istemine ilişkin genel kurul toplantısında olumsuz oy kullanan azınlık pay sahibinin, aynı konuda TTK m. 439 gereğince mahkemeden özel denetim talebinde bulunması hâlinde, davacıya karşı çelişkili davranış yasağının ihlâl edildiği savunmasının ileri sürülebilmesi ve bu durumun çelişkili davranış yasağına<sup>60</sup> aykırılık teşkil edip etmediğinin mahkemece değerlendirilmesi gerekir<sup>61</sup>.

Mahkeme, talebin çelişkili davranış yasağı<sup>62</sup> kapsamında TMK m. 2 ile bağdaşır bağdaşmadığına ilişkin değerlendirme yaparken, bunun sınırlarını dikkatli bir şekilde belirlemelidir. Takdir yetkisini kullanırken, bir yandan bilgi almaya hizmet eden özel denetime ilişkin azınlık hakkının etkin kullanımına mâni olmamalı; genel kurulun reddi üzerine özel denetim talebinde bulunan azınlığın, burada korunması gereken bir hukukî menfaatinin olup olmadığını

<sup>56</sup> Weber, Art. 697b, Rn. 3; Narbay, *Özel Denetim Şartları*, s. 315.

<sup>57</sup> Kaya, *Özel Denetim*, s. 78, Moroğlu, *Özel Denetçi*, s. 73; Şafak Narbay, *Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Ortaklıkta Özel Denetim*, On İki Levha Yayıncılık 2010, s. 100.

<sup>58</sup> Moroğlu, *Özel Denetçi*, s. 73.

<sup>59</sup> Azınlığın özel denetim istemiyle mahkemeye başvurabilmesi için (TTK m. 439) genel kurulda atama lehinde oy kullanmasının şart olmadığı yönünde benzer bir görüş için bkz. Moroğlu, *Özel Denetçi*, s. 73.

<sup>60</sup> «Çelişkili davranış yasağı (*venire contra factum proprium*)» açıkça veya davranışlarıyla bir hakkı kullanmak istemediğini veya bir haktan vazgeçtiğini ortaya koyan kişinin bu davranışı ile bağlı olması, bu hâliyle var olan hukukî durumunu kaybetmesi ve daha sonra bundan caymaması şeklinde tanımlanmaktadır (Bkz. Şener Akyol, “Venire Contra Factum Proprium”, *Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan*, Yetkin Kitabevi 2006, s. 77).

<sup>61</sup> Aynı yönde bkz. Altay, s. 61.

<sup>62</sup> Altay -isabetli bir şekilde- genel kurulda özel denetim isteminin kabul edilmesi üzerine, olumsuz oy kullanan pay sahibinin de TTK m. 438 gereğince mahkemeye başvurabileceğini, bunun çelişkili davranış yasağının ihlâline yol açmayacağını ileri sürmüştür. Zira genel kurulda özel denetimin yapılmasına ilişkin kabul kararı karşısında, ilk başta olumsuz oy veren pay sahibinin olumsuz oyunun bir etkisi kalmamıştır ve özel denetime ilişkin gereklilik artık mahkemede tartışılmayacaktır (Bkz. Altay, s. 59 vd).

incelemelidir<sup>63</sup>. Öte yandan bu hakkın dürüstlük kuralı sınırlarını aşmadan kullanılması gerektiğini dikkate alarak, azınlığı korumak için öngörülen bu müessesenin haksızlığın aracı haline getirilmesine de izin vermemelidir. Netice itibarıyla, hakkını dürüstlük kuralı çerçevesinde kullanmayan veya açıkça kötüye kullanan azınlığın talebi hukuken korunmamalıdır; ancak bu değerlendirme yapılırken çelişkili davranış yasağının uygulama alanını olabildiğince sınırlı tutmakta fayda vardır<sup>64</sup>.

### B. TTK m. 439 Gereğince Azınlığın Özel Denetçi Atanması İsteminde Bulunabilmesi İçin TTK m. 438'deki Şartların Aranıp Aranmayacağı Sorunu

Özel denetçi atanmasını isteme hakkı, TTK'nın 438 ve 439. maddelerinde genel kurulun kabulü ve reddi hâlleri için ayrı ayrı düzenlenmiştir. TTK m. 438/1'e göre, her pay sahibi, pay sahipliği haklarının kullanılabilmesi için gerekli olduğu takdirde ve bilgi alma veya inceleme hakkının daha önce kullanılmış olması şartıyla, belirli olayların özel bir denetimle açıklığa kavuşturulmasını, gündemde yer alması bile genel kuruldan isteyebilir. Görüldüğü üzere özel denetim istemi, pay sahibi tarafından doğrudan doğruya kullanılacak bir imkân değildir. Talebin kötüye kullanılması ve şirkete zarar vermesi tehlikesinin azaltılması amacıyla, pay sahibinin istemde bulunabilmesi, bir ön şarta ve bazı maddi şartların varlığına bağlanmıştır. Buna göre, azınlığın özel denetçi isteminde bulunabilmesi için bilgi alma ve inceleme hakkının daha önce kullanılmış olması ön şartı ile özel denetimin pay sahipliği haklarının kullanılabilmesi için gerekli olması ve denetimin konusunun belirli olaylardan oluşması şeklindeki maddi şartlar aranır (TTK m. 438/1). Özel denetim istenen konuda, bilgi alma veya inceleme hakkının kullanılmış olması şeklindeki ön şart, özel denetimi bilgi alma ve inceleme

<sup>63</sup> Kanaatimizce genel kurulda özel denetime ilişkin müzakerelerde olumsuz oy kullandıktan sonra öğrenilen bazı önemli gelişmeler neticesinde azınlık pay sahibinin daha önce denetimi istenen belirli olaylar hakkında tereddüte düşmesi ve özel denetimin yürütülmesini gerekli görmesi hâlinde korunması gereken hukukî bir menfaatin varlığından söz edilebilir. Altay ise, bu olasılıkta dahi, pay sahibinin yeni bir özel denetim talebinde bulunması gerektiği, zira genel kurulun önceki özel denetim istemini reddetmesi üzerine yeni bir özel denetim isteminin ileri sürülmesine yönelik koşulların oluştuğu, önceki özel denetim istemine dair oylamalarda olumsuz oy kullanan pay sahibinin, ancak bu suretle özel denetim talebinde bulunarak ve genel kurulun bu istemi de reddetmesi üzerine TTK m. 439 gereğince özel denetim davası açmaya hak kazanacağı görüşündedir (Altay, s. 61, dpn. 24).

<sup>64</sup> Üst derece mahkemelerin özel denetim talebinin reddine ilişkin mahkeme kararlarının kesin olduğuna dair yaklaşımı göz önünde bulundurulduğunda, mahkemelerin çelişkili davranış yasağı değerlendirmesi yaparken oldukça dikkatli olması gerektiğini belirtmek gerekir.



hakkına bağlamakta ve iki kurumun birlikte yorumunu gerekli kılmaktadır<sup>65</sup>. Genel kurulun bu istemi onaylaması hâlinde, şirket veya her bir pay sahibi otuz gün içinde, şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinden bir özel denetçi atanmasını isteyebilir (TTK m. 438/2).

TTK m. 439'da ise, genel kurulun özel denetim istemini reddetmesi hâlinde, azınlığa özel denetçi atanmasını talep hakkı tanınmıştır. Bu düzenlemeye göre, genel kurulun özel denetim istemini reddetmesi hâlinde, sermayenin en az onda birini, halka açık anonim şirketlerde yirmide birini oluşturan pay sahipleri veya paylarının itibari değeri toplamı en az bir milyon Türk Lirası olan pay sahipleri, mahkemedен özel denetçi atanmasını isteyebilir (TTK m. 439/1). Görüldüğü üzere genel kurulun özel denetim istemini reddetmesi hâlinde artık her pay sahibi değil; yalnızca azınlık, özel denetçi atanmasını mahkemedен isteyebilir.

TTK m. 438/2 hükmü, genel kurulun istemi kabul etmesi hâlinde her pay sahibinin veya şirketin mahkemedен özel denetçi atanması talebine ilişkin, TTK m. 439 genel kurulun istemi reddetmesi hâlinde azınlığın talebine ilişkindir. Ezcümle genel kurulun özel denetim istemini kabul ya da reddetmesi ihtimallerine göre davacı sıfatı değişiklik gösterir. Özel denetim isteminin genel kurulca kabulü üzerine açılan özel denetim davasında (TTK m. 438/2) özel denetime ilişkin ön koşul ve maddî hukuka özgü koşulların tartışılması söz konusu olmazken; TTK m. 439 gereğince azınlığın talebi hâlinde, özel denetime ilişkin koşulların mevcut olup olmadığının hâkim tarafından saptanması gerekir<sup>66</sup>. Bu noktada, TTK m. 439 gereğince azınlığa özel denetçi atanabilmesi için TTK m. 438'deki şartların aranıp aranmayacağı, yani bu iki düzenleme arasındaki ilişki açıklığa kavuşturulmalıdır. Bu mesele çözüme kavuşturulurken -amaçsal olarak- bilgi alma ve inceleme hakkı gerektiği gibi kullanılmayan azınlığın çoğunluk karşısındaki korunma gereksinimi ile hakkın azınlık tarafından kötüye kullanılmasını önleme çabası birlikte dikkate alınarak bir denge oluşturulmaya çalışılmalıdır.

Özel denetim, esas itibarıyla bilgi alma ve inceleme hakkından beklenen yararın sağlanamaması hâlinde hak sahibine tanınan tali bir haktır. Unutulmamalıdır ki özel denetim talebine tali karakterini veren hüküm TTK m. 438/1'dir; bir başka deyişle hakkın tali niteliği, bilgi alma veya inceleme hakkının daha önce kullanılmış olmasının şart olarak aranmasından

<sup>65</sup> TTK m. 438/1 madde gerekçesi.

<sup>66</sup> Altay, s. 57.

kaynaklanır<sup>67</sup>. TTK'da benimsenen bu sistem, yüksek maliyetli aydınlanma hakkının kullanılması bakımından bir süzgeç görevi görerek talebin kötüye kullanılmasının önüne geçilmesi açısından isabetlidir<sup>68</sup>.

Özel denetim isteme hakkı, bilgi alma ve inceleme hakkını kullanarak tatmin olunmaması hâlinde kullanılabilen tali bir hak olduğu için, TTK m. 438/1'de öngörülen ön şartı azınlığın özel denetçi atanması istemi için de aramak gerekir. Nihayetinde özel denetim istemi, bilgi alma ve inceleme hakkının pay sahibine yardımcı olamadığı hâllerde devreye girecek bir araç niteliğindedir<sup>69</sup>. Ayrıca özel denetim talebinin şirketin mutad işleyişini sekteye uğratan, şirketi uzun süre meşgul eden yüksek maliyetli bir dış müdahale olduğu göz önünde bulundurulduğunda, azınlığın TTK m. 438'deki şartlar aranmaksızın özel denetim talebinde bulunması suistimallere son derece açık bir durum yaratır<sup>70</sup>.

Sonuç itibarıyla kanaatimizce, TTK m. 438 ile TTK m. 439 hükümleri birbiri ile bağlantılıdır. İki hüküm de özel denetim talebine ilişkin olup istemin genel kurul tarafından kabulü veya reddi şeklinde iki ihtimali ele alan birbirinin devamı niteliğinde düzenlemelerdir. TTK'da benimsenen sistemde TTK m. 438'deki özel denetim talebi ile TTK m. 439'daki özel denetçi atanması talebine ilişkin olarak, bazı hususlarda farklı esaslar benimsenmiş olsa da bu farklılıklar bu iki düzenlemedeki ortak amacı değiştirmemektedir. Bu sebeple, TTK m. 438'de aranan şartlar açısından bu iki düzenlemeyi eş tutmak gerekir. Genel kurulun özel denetim istemini reddetmesi hâlinde gündeme gelen bir azınlık hakkını içeren TTK m. 439 hükmüne başvurulabilmesi için, öncelikle bu istemde bulunma şartlarının mevcut olması gerekir. Azınlığın özel denetim isteminde bulunabilmesinin şartı, genel kurulun bu istemi reddetmesidir. Ancak genel kurulun bu istemi reddedebilmesi için öncelikle istemde bulunma şartlarının mevcut olup pay sahipleri tarafından özel denetçi atanmasının talep

<sup>67</sup> Ünal Tekinalp, "Özel Denetim Talebinin Genel Kurul Tarafından Kanuna Uygun Olarak Reddedilmesi Hâlinde Anonim Ortaklığın Kendini Koruması Sorunu", *Prof. Dr. Sabih Arkan'a Armağan*, On İki Levha Yayıncılık 2019, s. 1276.

<sup>68</sup> Tekinalp, *Özel Denetim*, s. 1278. TTK m. 439/2 gereğince kurucuların veya şirket organlarının kanunu veya esas sözleşmeyi ihlâl ederek şirketi ya da pay sahiplerini zarara uğratmalarını ikna edici bir şekilde ortaya koymalarının yanı sıra azınlıktan genel kurulda bilgi alma veya inceleme hakkını kullanması ve bunun pay sahipliği haklarının kullanılması için zorunlu olması şartlarına tâbi tutulmasının haksız ve yerinde olmayan bir yaklaşım olduğu yönünde bkz. Kaya, *Özel Denetim*, s. 69.

<sup>69</sup> Weber, Art. 697a, N. 2; Forstmoser /Meier-Hayoz /Nobel, § 35, Rn. 50.

<sup>70</sup> Tekinalp, *Özel Denetim*, s. 1279.



edilebilmesi gerekir. Bu sebeple her ne kadar TTK m. 438/1’de öngörülen şartlara doğrudan bir atıf yapılmamış olsa da TTK m. 439 gereğince azınlığın mahkemeye başvurabilmesi için de bu şartların aranması gerektiği kanaatindeyiz<sup>71</sup>. Zira mezkûr hakkın azınlık tarafından talep edilmesi, hakkın tali niteliğini etkilememelidir. Özel denetim talebinin kötüye kullanılması ve şirkete zarar vermesi tehlikesinin azaltılması amacına hizmet etmek üzere getirilen bu şartlar, azınlık hakkı bakımından da gereklidir. Kanun sistematığı de bu yaklaşımı destekleyecek şekilde tasarlanmıştır. Keza TTK m. 439/2 hükmünün gerekçesinde yer alan “*Mahkemenin, azlığın talebi üzerine özel denetçi atayabilmesi için, 438 inci maddedeki şartların somut olayda var olup olmadıklarını incelemesi yanında, ikinci fıkrada yer alan şartı da araması gerekir.*” şeklindeki ifade de kanun koyucunun niyetini ortaya koymaktadır. TTK m. 439 gereğince azınlık tarafından açılan davada yargılama sürecinde hâkim, özel denetim istemine yönelik maddî hukuka özgü şartlar olarak, TTK m. 438/1’deki şartların varlığını da aramalıdır.

### C. Azınlığın Özel Denetçi Atanmasını İsteyebilmesi İçin Aranan Şartlara İlişkin Değerlendirmeler

Kanun koyucu özel denetim talebine ilişkin şartları belirlerken bir yandan azınlık hakkının bertaraf edilmesi ihtimalini ortadan kaldırmaya çalışırken, bir yandan da hakkın kötüye kullanılmasını, suistimal edilmesini önlemeyi amaçlamaktadır. Taraflar arasındaki bu menfaat dengesini sağlamak

<sup>71</sup> Aynı yönde bkz. Tekinalp, *Özel Denetim*, s. 1276 vd.; Altay, s. 64; Narbay, *Özel Denetim Şartları*, s. 317 vd.; Güven, s.154; Sema Aydın, “Anonim Şirketlerde Özel Denetim İsteme Hakkı”, *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2(9) 2014, s. 72-73; Direnç Akbay, “Anonim Ortaklıklarda Özel Denetimin Konusu”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 21(2), 2019, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/deuhfd/issue/51788/644547>>, Erişim Tarihi 05 Aralık 2022, s. 634. Aynı yönde bkz. Yargıtay 11. HD. 2019/5350 E. 2021/5513 K.; 11. HD. 2016/8800 E. 2017/7610 K.; 11. HD. 2015/11206 E. 2016/6205 K.; 11. HD. 2015/7434 E. 2016/4316 K.; 11. HD. 2015/1150 E. 2015/13896 K.; 11. HD. 2014/18887 E. 2015/13122 K.; 11. HD. 2014/9049 E. 2015/6177 K. Kanun koyucunun açıkça müsaade etmediği doğrudan özel denetime başvurma imkânının mevcut düzenleme çerçevesinde mümkün olmadığı ancak somut olayın niteliği gereği bir an önce özel denetime gidilmesinin gerekli olduğu, bilgi alma veya inceleme hakkının kullanılması için geçecek zaman içerisinde bazı bilgi veya belgelerin kaybolma ihtimalinin söz konusu olduğu durumlarda azınlık pay sahiplerine doğrudan başvuru yolunun tanınmasının mümkün olabileceği yönünde bkz. Özdamar, s. 57. Özel denetim istemini iki seçenek olarak düzenleyen TTK m. 438 ve 439 maddeleri arasında bağlantı sağlayacak açık bir düzenleme bulunmadığı, iki düzenlemenin ispat konularının ve ölçütlerinin farklı olduğu, bu şartları azınlık için de aramanın azınlık haklarının daha etkin kılınması amacıyla bağdaşmadığı, TTK m. 438’de gerçek anlamda bir hak şeklinde düzenlenmeyen bir talebin şartlarının TTK m. 439’da azlık hakkı olarak düzenlenen özel denetçi tayini talebinde aranmaması gerektiği yönünde bkz. Kaya, *Özel Denetim*, s. 68 vd.

amacıyla özel denetim talebi, bir ön şarta ve bazı maddi şartların varlığına tâbi tutulmuştur (TTK m. 438/1, 439/2).

TTK m. 438/1’de öngörülen şartların, TTK m. 439 gereğince azınlığın özel denetim isteminde bulunabilmesi için de aranması gerektiği yaklaşımından hareketle, azınlığın özel denetçi isteminde bulunabilmesi için, bilgi alma ve inceleme hakkının daha önce kullanılmış olması (TTK m. 438/1), özel denetimin pay sahipliği haklarının kullanılabilmesi için gerekli olması ve denetimin konusunun belirli olaylardan oluşması (TTK m. 438/1) gerekir. TTK m. 438/1’deki bu şartların yanı sıra azınlığın başvurusu üzerine mahkemece özel denetçi atanabilmesi için, kurucuların veya şirket organlarının kanunu veya esas sözleşmeyi ihlâl ederek, şirketi veya pay sahiplerini zarara uğrattıklarının ikna edici bir şekilde ortaya konulması aranır (TTK m. 439/2).

### 1. Bilgi Alma veya İnceleme Hakkının Kullanılmış Olması (Ön şart)

Anonim şirkette özel denetçi isteminin kötüye kullanılması ve şirkete zarar verme riskinin azaltılması amacıyla özel denetim talebi bir ön şarta bağlanmıştır. Bu ön şart TTK m. 438/1’de “...*bilgi alma veya inceleme hakkı daha önce kullanılmışsa...*” şeklinde ifade edilmiştir. Şartın sağlanması için bilgi alma ve inceleme haklarından birinin kullanılmış olması yeterlidir. İnceleme hakkı, esas itibarıyla genel kurulda ele alınacak konuların dayanağını oluşturan belgelerin irdelenmesi; bilgi alma hakkı ise somut soruların yönetim kuruluna ve denetçiye yöneltilmesi şeklinde kullanılır<sup>72</sup>. Özel denetçi atanması isteminin amacı, esas itibarıyla pay sahiplerinin belli konularda bilgi almalarını sağlamak olduğundan, özel denetçi atanması için öncelikle bilgi alma veya inceleme hakkının<sup>73</sup> kullanılmış olması gerekir<sup>74</sup>. İstem bu ön şarta tâbi kılınması, özel denetimin pay sahibi tarafından başvurulabilecek «*ikincil*» ve

<sup>72</sup> Altay, s. 73.

<sup>73</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Kaya, *Bilgi Alma*, s. 6 vd.; Özbek, s. 293 vd.

<sup>74</sup> Söz konusu hüküm *Moroğlu* tarafından özel denetim talebinin pay sahiplerinin haklarını kullanabilmesi bakımından gerekli olması koşuluna ek olarak, “...*inceleme ve bilgi alma hakkının daha önce kullanılmış olması*” şartına bağlanmasının, özel denetçi talebi hakkını geciktirebilecek bir husus olması gerekçesiyle eleştirilmiştir. Yazara göre bu hükümle, egemen pay sahiplerine “Önce bilgi alma hakkınızı kullanın.” itirazını yaparak konunun bir sonraki genel kurul toplantısına kadar ertelenmesi için “kanuni bir bahane” ileri sürme fırsatı verilmiştir (Erdoğan Moroğlu, *Türk Ticaret Kanunu ile Yürürlük ve Uygulama Kanunu Tasarısı, Değerlendirme ve Öneriler*, On İki Levha Yayıncılık 2009, s. 239). Aynı yönde bkz. Kaya, *Özel Denetim*, s. 74. Ayrıca *Özdamar* da özel denetime başvurulabilmesi için öncelikle bilgi alma veya inceleme hakkının kullanılmış olması şartının aranmasının, özel denetime başvurma imkânını daralttığı görüşündedir (Özdamar, s. 49).

«son çare» niteliğinde bir yol olarak tasarlandığını ortaya koymaktadır<sup>75</sup>. Bilgi alma veya inceleme hakkı ile özel denetçi atanması arasındaki bu bağlantıdan hareketle, anonim şirkette özel denetçi isteminin tali hak niteliği de ortaya çıkmaktadır<sup>76</sup>. Ayrıca mezkûr ön şart, bilgi vermenin baştan savarcasına yapılmasını önleme amacına da hizmet eder<sup>77</sup>.

6762 sayılı Mülga Türk Ticaret Kanunu'nun 362. maddesindeki finansal tabloların, konsolide finansal tabloların, yıllık raporun ve kâr dağıtım önerilerinin, genel kurul toplantısından en az on beş gün önce, şirket merkezi ve şubelerinde pay sahiplerinin incelemelerine hazır bulundurulacağı hükmü TTK'nın 437/1 hükmünde aynen korunmuştur. Ancak TTK'ya getirilen finansal tablolar ve konsolide tabloların bir yıl süreyle merkez ve şubelerde pay sahiplerinin bilgisine açık tutulacağına ve pay sahiplerinin gideri şirkete ait olmak üzere gelir tablosuyla bilançonun bir suretini isteyebileceklerine<sup>78</sup> ilişkin hükümler öngörülerek, pay sahiplerinin bilgisine sunulan belgelerin kapsamı genişletilmiş, şirketle ilgili tüm bilgilerin incelenmesi olanağı getirilmiştir. Böylece bilgi alma ve inceleme hakkı, daha geniş kapsamlı ve güçlendirilmiş bir nitelik kazanmıştır<sup>79</sup>.

Bilgi alma hakkı, pay sahipliği haklarının bilinçli ve etkin bir şekilde kullanılması hususunda fonksiyon üstlenen nisbî, müktesep, bağımsız ve bireysel bir haktır<sup>80</sup>. Bilgi alma ile kastedilen, pay sahibinin soru sorması ve/veya bilgi vermekle yükümlü kişilerin soru sorulmaksızın açıklama yapması suretiyle bilgi edinilmesidir<sup>81</sup>. TTK m. 437/2 hükmü ile verilmesi

<sup>75</sup> Rolf Weber, Art. 697a, Rn. 2.

<sup>76</sup> Tekinalp, *Özel Denetim*, s. 1276; Şener, s. 523; Kaya, *Özel Denetim*, s. 62-63.

<sup>77</sup> TTK m. 438/1 gerekçesi.

<sup>78</sup> "...finansal tablolar ve konsolide tablolar bir yıl süre ile merkezde ve şubelerde pay sahiplerinin bilgi edinmelerine açık tutulur. Her pay sahibi, gideri şirkete ait olmak üzere gelir tablolarıyla bilançonun bir suretini isteyebilir." şeklindeki mezkûr düzenleme, Moroğlu tarafından TTK m. 1524 hükmü ile benimsenen internet ortamında bilgilendirme sistemi karşısında eskimiş ve gereksiz olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir. Bizim de katıldığımız bu görüşe göre, bu hükümler yerine, 1. fıkranın ilk cümlesinden sonra gelmek üzere, "...Yukarıdaki belgeler en az bir yıl süre ile şirketin internet sitesinde ilgililerin incelemelerine açık tutulur." şeklinde bir hüküm getirilmesi daha isabetli olurdu (Bkz. Moroğlu, *TTK Değerlendirme ve Öneriler*, s. 238).

<sup>79</sup> Özdamar, s. 51.

<sup>80</sup> Rauf Karasu, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı", *Batider*, 23(2), 2005, s. 76 vd.; Narbay, *Özel Denetim Şartları*, s. 298.

<sup>81</sup> Kırca, İsmail Kırca / Feyzan Hayal Şehirli Çelik / Çağlar Manavgat, *Anonim Şirketler Hukuku C.1*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınevi 2013, s. 704.

gereken bilginin düzey ve niteliği konusunda bir kıstas belirlenerek, bilgi alma veya inceleme hakkı modern çağın gereklerine uygun bir düzenlemeye kavuşturulmuştur. Bu hüküm gereğince verilecek bilgi özenli, gerçek ve hesap verme ilkelerine uygun olmalıdır. «Özenli» kavramı, sorunun karşılığı niteliğini taşıyan, ilgisiz konuları içermeyen, baştan savma olmayan anlamında iken «gerçeğe uygun» kavramı gerçeği aynen yansıtan, doğru olan, yalan ve aldatici olmayan bilgi anlamına gelmektedir. «Hesap verme ilkesine uygun bilgi» ise Türk hukukunda yeni bir kavram olup, hesap verme konumunda bulunan kişinin sorumlu olduğu kişiye vermekle yükümlü olduğu kapsamlı, içerikli ve belgeli bilgiyi ifade eder<sup>82</sup>. TTK m. 437/6 gereğince, bilgi alma ve inceleme hakkının, esas sözleşmeyle veya şirket organlarından birinin kararıyla kaldırılması ya da sınırlandırılması mümkün değildir. Bu iki hakka, müktesep<sup>83</sup> ve sınırlandırılmaz hak niteliği, anılan hükümlerle kazandırılmıştır<sup>84</sup>.

Bilgi alma ve inceleme hakkına ilişkin 6102 sayılı Kanun ile getirilen önemli düzenlemelerden birisi de anılan hakkın kullanılması sırasında şirketin sorun çıkarması veya sessiz kalması durumunda, pay sahiplerinin TTK m. 437/5 gereğince mahkemeye başvurabilme imkânıdır<sup>85</sup>. Anılan hüküm ile bilgi alma veya inceleme talepleri cevapsız bırakılan<sup>86</sup>, ertelenen, haksız olarak reddedilen ve gerektiği gibi bilgi alamayan pay sahibine, talebinin reddinden itibaren on gün içinde, diğer durumlarda da makul bir süre içinde şirket merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesine başvurma hakkı getirilmiştir. Bu düzenleme sayesinde bilgi alma ve inceleme hakkı, pay sahiplerine tanınan dava hakkı ile kuvvetlendirilmiştir<sup>87</sup>.

TTK m. 438/1'de öngörülen bilgi alma veya inceleme hakkının kullanılmış olmasına ilişkin şartın sağlanması için, hakkın pay sahibi tarafından genel kurulda ileri sürülmesi yeterlidir. Söz konusu hakkın kullanılmış sayılması için TTK m. 437/5 gereğince mahkemeye başvuru yolunun tüketilmiş olması

<sup>82</sup> TTK m. 437/2 gerekçesi.

<sup>83</sup> Kanunî müktesep hak, değiştirilmesinde veya kaldırılmasında her pay sahibine veto hakkı tanınmış bulunan, bir başka deyişle her türlü değişiklik için pay sahiplerinin tümünün oybirliğine gereklilik bulunan haklardır (Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, N. 868).

<sup>84</sup> TTK m. 437/6 gerekçesi.

<sup>85</sup> Özdamar, s. 52.

<sup>86</sup> "Talebin cevapsız bırakılması, yetersiz, hesap verme ilkesine uymayan cevapları da kapsar." (TTK m. 437/5 gerekçesi).

<sup>87</sup> TTK m. 437/5 gerekçesi.

gerekm<sup>88</sup>. Zira TTK m. 437/5'te öngörülen dava açma hakkı, bilgi alma veya inceleme talebinin, ertelenmesi, cevapsız bırakılması ya da haksız olarak reddedilmesi üzerine gündeme gelen ve pay sahibinin kanunen tanınan maddi hakkına kavuşmasını olanaklı kılan, "hakkı kuvvetlendirmek" amacıyla getirilen bir yaptırım aracıdır<sup>89</sup>. Dolayısıyla bilgi alma veya inceleme hakkının kullanılmış sayılması için dava açılması ve bu davanın neticesinin beklenmesi gerekmez; ön şartın gerçekleştiği genel kurul tutanağı<sup>90</sup> ile ispatlanabilir (TTK m. 422).

Bilgi alma veya inceleme hakkını kullanan pay sahibi ile özel denetim isteminde bulunan pay sahibinin aynı kişi olması gerekmez<sup>91</sup>. Öte yandan buradaki önemli husus, bilgi alma veya inceleme hakkının özel denetim istenen konuya ilişkin olarak kullanılmış olması gerekliliğidir<sup>92</sup>. Bir başka deyişle, bilgi alma veya inceleme hakkının kullanıldığı konu ile özel denetim istemindeki konunun birbiriyle örtüşmesi gerekir<sup>93</sup>. Buradan hareketle özel denetimi istenen konuda bilgi alma veya inceleme hakkının kullanılmış sayılması için, bilgi alma veya inceleme hakkının da genel nitelikli, geniş bir işlem alanına ilişkin olmaması; bilakis belirli olaylara ilişkin olması gerekir<sup>94</sup>.

<sup>88</sup> Bkz. Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 35, Rn. 31; Şener, s. 524; Kaya, *Özel Denetim*, s. 74; Altay, s. 64. Ancak Yargıtay 11. HD. 2015/97 E. 2015/13293 K. sayılı kararında ilk derece mahkemesinin "Mahkemece, somut olayda bilgi alma, inceleme ve devamındaki prosedürün halen derdest bir davanın konusunu oluşturduğundan, özel denetçi tayini için yasanın aradığı anlamda ön koşulun gerçekleşmediği gerekçesiyle 26.03.2014 tarihli karar ile davanın reddine..." ilişkin kararını kesin hüküm teşkil etmesinden hareketle onaylamıştır. Kanaatimizce ilk derece mahkemesinin kararı yukarıda belirttiğimiz gerekçelerle isabetli değildir. Ayrıca TTK m. 437/5 gereğince açılan davanın derdest olmasının özel denetim istemli davanın görülmesine engel teşkil edip etmediği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kaya, *Özel Denetim*, s. 81 vd.

<sup>89</sup> Kaya, *Bilgi Alma*, s. 320; Kaya, *Özel Denetim*, s. 73.

<sup>90</sup> TTK m. 422 gereğince tutanak, genel kurulda sorulan sorular ile verilen cevapları da içereceği için, tutanakta pay sahiplerinin bilgi verme yükümlülerine sorular yönelttiğinin anlaşılması hâlinde bilgi alma hakkının kullanılmış olduğunun kabul edilmesi gerekir (Bkz. Kaya, *Özel Denetim*, s. 73).

<sup>91</sup> Kaya, *Özel Denetim*, s. 75; Pulaşlı, § 22, N. 20; Yavuz, s. 105; Altay, s. 63.

<sup>92</sup> TTK m. 438 gerekçesi.

<sup>93</sup> Larissa Martinez, *Information der Aktionäre nach Schweizerischem Aktien- und Kapitalmarktrecht*, Schulthes Verlag 2006, s. 257; Weber, Art. 697a, Rn. 27; Pulaşlı, § 22, N. 20; Narbay, *Özel Denetim Şartları*, s. 301; Kaya, *Özel Denetim*, s. 76. Genel kurula sunulan özel denetim istemindeki konu ile önceden kullanılan bilgi alma veya inceleme hakkı arasında ne ölçüde bir benzerlik aranması gerektiği hakkındaki görüş ve değerlendirmeler için bkz. Akbay, s. 635 vd.

<sup>94</sup> Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 2020/8140 E. 2022/4934 K. sayılı kararında ilk derece mahke-

## 1. Özel Denetimin Konusunun Belirli Olaylardan Oluşması

TTK m. 438'deki "...belirli olayların özel bir denetimle açıklığa kavuşturulması..." ifadesi gereğince, özel denetimin konusunu belirli olaylar teşkil eder. Özel denetim, -ismiyle müsemma- genel nitelik taşıyan bir denetime vücut veremez. Mülga TTK'nın 348/1 hükmünde<sup>95</sup> geçen "muayyen hususlar" ifadesi, Türkçeleştirilmiş şekliyle TTK'nın 438/1 hükmüne de alınmıştır. Söz konusu hükümde bahsi geçen "belirli" kelimesi ile belli türde, nitelikte ve önemde olan olaylar kastedilmemiştir. Bu tabirle anlatılmak istenen, olay bağlamında tanımlanabilen, içeriği ve sınırları belirli olan, genel nitelik taşımayan<sup>96</sup>. Hükmün mefhumu muhalifinden çıkan sonuç şudur ki özel denetçi, şirkete ilişkin etraflıca bir tahkikat yapmakla değil; belli olayları, vakıaları aydınlatmakla görevlidir<sup>97</sup>.

Raporun içeriğini belirleme hususunda mahkemeye görev verilmektedir. Zira mahkemenin özel denetim talebini yerinde görmesi durumunda, talep çerçevesinde özel denetimin konusunu belirlemesi zorunludur<sup>98</sup>. Şirketin herhangi bir işi, işlemi, kararı, finansal durumu, finansman ihtiyacı, hâkim

mesinin "...özel denetçi atanması talebinde bulunduğu, dava konusu somut olayda davanın bilgi alma ve inceleme hakkını yasada özel denetim talep etmek için arandığı şekilde kullanmadığı, davacı pay sahibinin hangi olaylara ilişkin bilgi alma talebinin bulunduğunu Genel Kurul'da açıkça belirtmediği, Genel Kurulda bu talep yönünden bir karar verilmediği, konuyu düzenleyen maddede ve gerekçede ve yine öğretide ifade edildiği üzere genel manada şirkete özel denetçi atanması talep edilmesi mümkün olmayıp özel denetçi talebinin belirli ve somut olaylara yönelik olması gerektiği..."ndan hareketle reddettiği kararı, Bölge Adliye Mahkemesi özel denetçinin atanmasına ilişkin kararların kesin olması gerekçesine dayanarak davacının istinaf başvurusunu usulden reddetmiş, Yargıtay da bu kararı onamıştır.

<sup>95</sup> 6762 sayılı Ticaret Kanunu'nun 348. maddesinde, genel kurul toplantısından önceki iki yıl içerisinde şirketin kuruluşuna veya idari işlemlerine yönelik bir suistimalin ortaya çıktığı veya kanun ya da esas sözleşme hükümlerine önemli bir surette aykırı hareket edildiği iddia edildiği takdirde, söz konusu konuların veya bilançonun gerçekliğini tetkik için özel denetimin talep edilebileceği öngörülmüştü. Bu düzenleme ile mülga Kanun'da genel bir denetimden ziyade, kanunda belirtilen belirli konularla sınırlı ve dar bir incelemenin söz konusu olduğu görülmektedir. 6102 sayılı Kanun'da ise bilançonun gerçekliğini tetkik konusundan hiç bahsedilmemektedir.

<sup>96</sup> TTK m. 437/1 gerekçesi.

<sup>97</sup> Narbay, *Özel Denetim Şartları*, s. 305; Özkan, s. 37.

<sup>98</sup> TTK m. 440 gerekçesi.

şirketin<sup>99</sup> kararları veya şirkete verdiği kayıplar belirli olay niteliğindedir<sup>100</sup>. Bu çerçevede birleşme sözleşmeleri, ortaklığa katılımlar, yönetim kurulu üyelerinin davranışları ve harcamaları<sup>101</sup> ile ihalelerin, projelerin, inşaatların yapımı ve akıbeti konularında özel denetim talebinde bulunmak mümkündür<sup>102</sup>. Kanun koyucu bu sınırlayıcı düzenleme ile özel denetim yoluyla şirketin ticarî sınırlarının öğrenilmesini engellemeyi hedeflemiştir<sup>103</sup>.

Özel denetim, somut olay veya olaylar bağlamında pay sahiplerinin bir uzman incelemesi vasıtasıyla bilgilendirilmesi anlamına gelir<sup>104</sup>. Belirli maddi durumların aydınlatılmasına hizmet ettiği ve eksiklik bulmak amacıyla geniş bir işlem alanının araştırılmasına imkân vermediği için ikinci bir denetçi incelemesi niteliğinde değildir<sup>105</sup>. Özel denetçi, esas itibarıyla bilgileri, somut gerçeklikleri tespit etme görevini üstlenir; değerlendirme yapmak görevi dahilinde değildir<sup>106</sup>. Bu nedenle özel denetçi incelemesi neticesindeki rapor, alınan kararın yerinde olup olmadığı, ilgili kişilerin kusurlu olup olmadığı<sup>107</sup> veya şirket kararlarının amaca uygun olup olmadığı<sup>108</sup> hususlarına ilişkin değerlendirmeler içermemelidir. Ayrıca denetimin konusunu ve kapsamını sınırlayan bu şart gereğince, özel denetim yoluyla belirli bir sektörde şirketin piyasadaki durumuna ilişkin genel bir araştırma yapılması da söz konusu olamaz<sup>109</sup>. Nitekim özel denetim istemi, geniş kapsamlı malî denetim ve bilanço incelemesi gerçekleştirme olanağı olarak anlaşılmalıdır.

<sup>99</sup> Bağlı şirket veya şirketler hakkında özel denetim talebinde bulunmak, bağlılık unsuruna rağmen, bağlı şirketin ayrı tüzel kişiliğinin olması sebebiyle sınırlara tâbidir; özel denetimin ilgili şirkette, bir başka deyişle yerinde yapılamaması, bağlı şirketten kanuni şartlara bağlı kalınarak bilgi alınabilmesi şirketteki sınırların bazılarını oluşturur (TTK m. 438/1 gerekçesi).

<sup>100</sup> TTK m. 438/1 gerekçesi.

<sup>101</sup> Şener, s. 524.

<sup>102</sup> Özdamar, s. 54.

<sup>103</sup> Paşlı, s. 620.

<sup>104</sup> Şener, s. 524.

<sup>105</sup> Özkan, s. 37.

<sup>106</sup> Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 35, Rn. 26; Weber, Art. 697a, Rn. 16; Narbay, *Özel Denetim Şartları*, s. 304.

<sup>107</sup> Weber, Art. 697a, Rn. 16; Narbay, *Özel Denetim Şartları*, s. 304.

<sup>108</sup> Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 35, Rn. 26; Narbay, *Özel Denetim Şartları*, s. 304; Weber, Art. 697a, Rn. 17.

<sup>109</sup> Pulaşlı, § 22, N. 22; Narbay, *Özel Denetim Şartları*, s. 305.

## 2. Özel Denetimin Pay Sahipliği Haklarının Kullanılabilmesi İçin Gerekli Olması

Özel denetçi atanması için gerekli olan maddi şartlardan bir diğeri, özel denetimin pay sahipliği haklarının kullanılması yönünden gerekli olmasıdır (TTK m. 438/1). Bir başka deyişle, pay sahibinin özel denetçi talebinde bulunabilmesi için, pay sahibi haklarını özellikle de oy hakkını kullanabilmesi açısından bilgi alması gerekli olmalıdır. Bu düzenleme ile şirket dışı menfaat sağlamak, bir kararı önlemek ya da taktik üstünlük elde etmek amacıyla talepte bulunmak suretiyle özel denetim müessesesinin kötüye kullanılmasının önüne geçmek amaçlanmıştır<sup>110</sup>. Sadece merak saikiyle de özel denetçi talebinde bulunulamaz.

Pay sahibi haklarının kullanılması için gereklilik şartı, bilhassa sorumluluk davası açma, seçim ve oy haklarının kullanılması, kâr dağıtım kararının butlanının talebi yönünden özel denetimin gerekli olması hâlinde sağlanmış olur<sup>111</sup>. Bundan başka, olumsuz azınlık haklarının kullanılması, münferit yönetim kurulu üyelerinin veya denetçinin görevden alınması talebi ya da kuruluş ve sermaye artırımında kurucuların, yönetim kurulu üyelerinin ibrasına veya şirketin yılsonu finansal tablolarının tasdik edilmesine engel olunması da pay sahipliği haklarının kullanılması kapsamında değerlendirilebilir<sup>112</sup>. Pay sahibinin bu haklardan birisi veya birkaçını kullanabilmesi için özel denetimin gerekli olması yeterlidir<sup>113</sup>.

Pay sahipliği hakkı ile özel denetim konusu arasındaki ilişkiye dair ispat yükü, özel denetim talebinde bulunan azınlık pay sahipleri üzerindedir. Azınlık zamanaşımı, hak düşürücü süre veya başkaca sebeplerle pay sahipliği hakkını icra edebilecek durumda değilse, pay sahipliği haklarının kullanılması için gereklilik şartı yerine getirilmemiş olur<sup>114</sup>.

## 3. Şirketin veya Pay Sahiplerinin Zarara Uğratıldığının İkna Edici Şekilde Ortaya Konulması

Azınlığın talebi üzerine mahkemenin özel denetçi atayabilmesi için TTK m. 438'de öngörülen şartların yanı sıra TTK m. 439/2'de bir ek şart daha

<sup>110</sup> TTK m. 438/1 gerekçesi.

<sup>111</sup> Şener, s. 523.

<sup>112</sup> Pulaşlı, § 22, N. 22.

<sup>113</sup> Özdamar, s. 54.

<sup>114</sup> Pulaşlı, § 22, N. 22.

öngörülmüştür. Mezkûr hüküm gereğince “*Dilekçe sahiplerinin, kurucuların veya şirket organlarının, kanunu veya esas sözleşmeyi ihlâl ederek, şirketi veya pay sahiplerini zarara uğrattıklarını, ikna edici bir şekilde ortaya koymaları hâlinde özel denetçi atanır.*” Buna göre, kanunun veya esas sözleşmenin kurucular ya da şirket organları tarafından ihlâl edilmesi suretiyle şirketin veya pay sahiplerinin zarara<sup>115</sup> uğradıklarının mahkemede ikna edici şekilde ortaya konulması gerekir<sup>116</sup>. İhlâl anonim şirketler hukukunun yazısız kurallarına aykırılık da dâhildir<sup>117</sup>.

TTK m. 439/2’de geçen “*ikna edici şekilde ortaya koymaları*” tabiriyle kastedilen, durumun usul hukuku anlamında muteber delillerle ispat edilmesi değil; ikna edici olgularla veya inandırıcı gerekçelerle sunulmasıdır<sup>118</sup>. Mahkeme, meslekî bilgi ve deneyimini kullanarak «*ikna edici*» olma unsurunun dosyada sağlanıp sağlanmadığına karar verir<sup>119</sup>. Sunulan inandırıcı gerekçelerin hem maddî hem hukukî konulara ilişkin olması mümkündür. Talep sahibinin en azından iddialarını açıkça tasvir etmesi, buna ilişkin delil, dayanak ve ipuçlarını objektif şekilde ortaya koyması ve bunlardan iddialarının muhtemel olduğu sonucunun çıkarılabilmesi gerekir. Buna göre talep sahiplerinin, şirketin yöneticilerinin hangi davranış yükümünü ihlâl ettiklerini ve bu yükümlere aykırılığın nasıl bir zarara<sup>120</sup> sebep olduğunu, bir başka deyişle şirketin veya pay sahiplerinin malvarlığında nasıl bir eksilmenin ortaya çıktığını inandırıcı bir şekilde izah etmesi gerekir<sup>121</sup>. Ayrıca mahkeme,

<sup>115</sup> Zarar kavramı ile kastedilen, borçlar hukuku anlamında malvarlığı eksilmesidir (TTK m. 439 gerekçesi).

<sup>116</sup> İlgili Yargıtay kararları için bkz. 11. HD. 2002/44 E. 2002/577 K. 28.01.2002 T. ve 11. HD. 2002/5472 E. 2000/6335 K. 03.07.2000 T; 11. HD. 1982/1269 E. 1998/1727 K. 15.04.1982 K.

<sup>117</sup> TTK m. 439/2 gerekçesi.

<sup>118</sup> TTK m. 439/2 gerekçesi. İstanbul 4. Asliye Ticaret Mahkemesi 2016/725 E. 2018/280 K. sayılı kararında “*Davacının 30.03.2016 tarihinde yapılan davalı şirketin 2015 yılına ait olağan genel kurul toplantısında ... A.Ş. ve ... A.Ş. den alınan hizmetler ile davalı şirkete ait dış cephe tadilat işinin ... Şirketine ihale yapılmadan verilmesi işleri hakkında özel denetim talep ettiği ve bu talebinin Genel Kurul tarafından oy çokluğu ile reddildiği anlaşılmıştır. (...) Denetime konu edilen işlerin ve hizmetlerin başlangıçtaki bedellerini/maliyetlerini gösteren, ortaya koyan bir bilgi veya belge bulunmadığından, yapılan ve tamamlanmış işlerin maliyetleriyle karşılaştırılmadığı, dolayısıyla şirketin zarara uğratılıp uğratılmadığının belirlenmediği...*” gerekçesiyle özel denetime ilişkin davanın reddine karar verilmiştir.

<sup>119</sup> TTK m. 440 gerekçesi.

<sup>120</sup> “*Zarar ile borçlar hukuku anlamında malvarlığı eksilmesi kastedilmiştir.*” (Bkz. TTK m. 439/2 gerekçesi).

<sup>121</sup> Pulaşlı, § 22, N. 24.

kanaatini kuvvetlendirebilmek için kendiliğinden şirketin yönetim kurulu üyeleri ile denetçilerini dinleyebileceği gibi, denetçiler tarafından hazırlanmış olan raporları dikkate alabilir ve bunlar için gerekli gördüğü takdirde bilirkişi incelemesi dahi yaptırabilir<sup>122</sup>.

Kanun koyucu TTK m. 439/2’deki ek şart ile özel denetim müessesesinin kötüye kullanılmasını<sup>123</sup> ve maddi sebepler olmaksızın şirket için masraflı bir işleme sebep olunmasını engellemeyi amaçlamıştır<sup>124</sup>. Ancak bu hüküm uygulanırken durumun ikna edici şekilde ortaya konulması bakımından, mahkemece menfaatler dengesi gözetilerek çok yüksek istemlerde bulunulmamalı<sup>125</sup>, araştırılması istenen konu veya olay hakkında kuvvetli şüphenin ortaya koyulması yeterli sayılmalıdır<sup>126</sup>. Aksi takdirde özel denetim müessesesi, ölü bir müessese olarak kalır<sup>127</sup>. Mahkeme ön şart ile bütün maddi ve şekli şartların var olup olmadığını tetkik ederek sunulan delil ve emarelerin ikna edici olup olmamasına göre kararını vermelidir.

#### D. Özel Denetim İsteminin Hangi Durumlarda Genel Kurul Tarafından Reddedilmiş Sayılacağı Meselesi

TTK m. 438/1 gereğince her pay sahibi, gündemde yer almasa bile özel denetim talebinde bulunabilir. Mezkûr hükümde azınlık hakkının etkin bir şekilde kullanılabilmesi için gündeme bağlılık ilkesine getirilmiş yerinde ve önemli istisnalardan biri söz konusudur<sup>128</sup>. Bu düzenleme, azınlık hakları sisteminin merkezinde yer alan özel denetçi mekanizmasının işlemesi<sup>129</sup> ve azınlık haklarından beklenen yararın elde edilebilmesi için gerekli istisnaî bir düzenlemedir. Buna göre, pay sahibinin genel kurulda özel denetim talebinde bulunabilmesi için gündemde bu konuda bir madde bulunması

<sup>122</sup> Moroğlu, *Özel Denetçi*, s. 77.

<sup>123</sup> Pulaşlı, § 22, N. 24; Şener, s. 526.

<sup>124</sup> Şener, s. 526. Özel denetçi atanması için öngörülen “*şirketin veya pay sahiplerinin zarar uğratıldıklarının ikna edici bir şekilde ortaya konulması*” şartının daha başlangıçta yerine getirilebilmesinin çoğu zaman imkânsız olduğu; mezkûr şartın “*şirketin veya pay sahiplerinin zarar uğratıldıkları konusunda belirtiler bulunması hâlinde*” şeklinde yumuşatılması gerektiği yönündeki eleştiri için bkz. Moroğlu, *TTK Değerlendirme ve Öneriler*, s. 240-241.

<sup>125</sup> Şener, s. 526.

<sup>126</sup> Özdamar, s. 58.

<sup>127</sup> Şener, s. 526-527.

<sup>128</sup> TTK Genel Gerekçe, s. 44.

<sup>129</sup> TTK Genel Gerekçe, s. 44.

şart değildir. Öte yandan her pay sahibine tanınan özel denetim istemi, genel kurulun iradesini bağlayan bir öneri hakkı değildir; mezkûr istemin oylanması zorunlu olmakla birlikte genel kurul tarafından reddedilmesi mümkündür<sup>130</sup>. Genel kurulun reddi, özel denetçi talebinin ileri sürülmesinin şekli ve maddi şartlarını değiştirir<sup>131</sup>. Nitekim hakkın azınlık hakkına dönüşmesini sağlayan durum da genel kurulun özel denetim talebini reddetmesidir.

Özel denetim istemine ilişkin özel bir karar nisabı öngörülmediği için TTK m. 418 gereğince genel kurul, sermayenin en az dörtte birini karşılayan payların sahiplerinin veya temsilcilerinin varlığıyla toplanarak hazır bulunanların oy çoğunluğu ile karar verilir. Bu nisabın toplantı süresince korunması şarttır. Bu toplantı ve karar yetersayısı, esas sözleşme ile azınlık aleyhine ağırlaştırılmaz<sup>132</sup>. Genel kurulda bu çoğunluğa ulaşılabilmesi hâlinde, özel denetim istemi reddedilmiş sayılır. Bu hâlde TTK m. 439 gereğince yalnızca sermayenin en az onda birini, halka açık anonim şirketlerde yirmide birini oluşturan pay sahipleri veya paylarının itibari değeri toplamı en az bir milyon Türk Lirası olan pay sahipleri mahkemeden özel denetçi atanmasını isteyebilir (TTK m. 439).

Kanun'un lafzına bakıldığında TTK m. 439/1 gereğince azınlığın özel denetim talebinde bulunabilmesi için talebin haksız bir şekilde reddedilmiş olması gerekmez. Ret kararı haklı dahi olsa azınlık tarafından TTK m. 439'a başvurulması mümkündür. Bir başka ifadeyle, TTK m. 438/1'deki şartların gerçekleşmemesi sebebiyle özel denetim talebinin reddi hâlinde de azınlığı TTK m. 439'a başvurmadan alıkoyma hukukî bir düzenleme yoktur. Böyle bir hâlde şirket, özel denetim şartlarının mevcut olmadığı iddiasında bulunarak bu olguyu ispatlamaya çalışacaktır<sup>133</sup>. Özel denetime ilişkin ön şart ve maddi şartların oluşup oluşmadığı, yargılama sırasında hâkim tarafından saptanmalıdır.

<sup>130</sup> TTK m. 438 madde gerekçesi.

<sup>131</sup> TTK m. 439/1 madde gerekçesi.

<sup>132</sup> Kaya, *Özel Denetim*, s. 79; Moroğlu, *Özel Denetçi*, s. 70; Mahmut Birsnel, "Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları", İmran Ökten'e Armağan, Sevinç Matbaası 1970, s. 643; Orhan Nuri Çevik, *Anonim Şirketler*, 3. Bası, Seçkin Kitapevi 1988, s. 631; Narbay, *Özel Denetim Şartları*, s. 307; Paslı, s. 622.

<sup>133</sup> TTK m. 439 gereğince mahkemeden özel denetim talebinde bulunulması hâlinde, şirketin mezkûr davaya davalı sıfatıyla katıldığı, ret kararıyla hukuka aykırı davrandığı şüphesiyle davaya muhatap olduğu, iddiayı çürütmek ve ispat yükünü omuzlamak zorunda kaldığı yönündeki haklı eleştirisi için bkz. Tekinalp, *Özel Denetim*, s. 1276.

Genel kurulun her hâlükârda şekli anlamda bir ret kararı almasının beklenmesi, TTK m. 439 ile güvence altına alınmış olan azınlık hakkını etkisiz hâle getirebileceği gibi azınlık haklarının niteliği ile de bağdaşmaz<sup>134</sup>. Dolayısıyla genel kurul başkanının özel denetim istemini gündeme almayarak oylamaya sunmaması şeklinde genel kurul kararının oluşumunu engellemesi de fiilen ret niteliğindedir<sup>135</sup>. Keza genel kurulda özel denetim talebinin açıkça reddedilmeyip özel denetçi tayinine karar verilmesi ancak incelenmesi istenen hususların kısmen ya da tamamen denetimin kapsamı dışında bırakılması da kapsam dışında kalan konu ve olaylara ilişkin olarak genel kurulun reddi anlamına gelmektedir<sup>136</sup>. Aynı şekilde genel kurulca daha önceden alınmış özel denetim kararının uygulanmasının ertelenmesi hâlinde de genel kurulun istemi reddetmiş olduğu kabul edilmelidir<sup>137</sup>. Özetle buradaki genel kurulun reddi kararı, TTK m. 437/5 hükmündeki gibi yorumlanabilir; özel denetim isteminin ertelenmesi veya cevapsız bırakılması hâlleri de ret kararı olarak nitelendirilmelidir<sup>138</sup>.

#### E. Azınlığın Özel Denetçi Atanması İsteminin Reddine İlişkin Mahkeme Kararının Kesin Olup Olmadığı Meselesi

Pay sahipleri tarafından ileri sürülen özel denetim isteminin genel kurul tarafından reddedilmesi üzerine azınlığın TTK m. 439 gereğince özel denetçi atanması isteminde<sup>139</sup> bulunduğu bir davada, şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesi, TTK m. 438/1<sup>140</sup> ve 439/2'deki özel

<sup>134</sup> Kaya, *Özel Denetim*, s. 79.

<sup>135</sup> Narbay, *Özel Denetim Şartları*, s. 314; Kaya, *Özel Denetim*, s. 79.

<sup>136</sup> Hayri Domaniç, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C: II, Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması*, Temel Yayınları 1988, s. 748; Paslı, s. 630.

<sup>137</sup> Moroğlu, *Özel Denetçi*, s. 73; Paslı, s. 630.

<sup>138</sup> Kaya, *Özel Denetim*, s. 79.

<sup>139</sup> TTK m. 439 gereğince mahkemeye yapılan başvurunun hukuki niteliği konusu doktrinde tartışmalıdır. Bu hususta doktrindeki farklı görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Çağlar, s. 7 vd.

<sup>140</sup> Özel denetim için TTK m. 438'de aranan şartların mevcut olup olmadığı aşamasının genel kurulun ret kararı ile sona erdiği, ikinci aşamada mahkemenin inceleyeceği konuların TTK m. 439/2'de açıkça gösterildiği ileri sürülebilir. Ancak bu yorum genel kurulun her kararının yargısal denetime tabi olması şeklindeki ana ilkeye aykırılık teşkil eder. Zira her ne kadar özel denetim istemi, genel kurulda tartışılmış olsa da ret kararı, en az bir şartın mevcudiyeti bağlamında henüz mahkeme tarafından incelenmemiştir. Mahkeme, ilk aşamada TTK m. 438'deki şartların mevcut olup olmadığını inceleyerek ret kararının haklı mı haksız mı olduğunu değerlendirmelidir; sistemin mantığı budur (Bkz. Tekinalp, *Özel Denetim*, s. 1282).

denetime ilişkin şartların somut olayda var olup olmadığını incelemelidir<sup>141</sup>. Şartların mevcut olduğu kanaatine varırsa, istem çerçevesinde inceleme konusunu belirleyerek özel denetçi atanmalıdır. Bu durum TTK m. 440/2'de şu şekilde ifade edilmiştir: “*Mahkeme istemi yerinde görürse, istem çerçevesinde inceleme konusunu belirleyerek bir veya birden fazla bağımsız uzmanı görevlendirir. Mahkemenin kararı kesindir.*” Hükümdeki bu ifade sebebi ile mahkemenin vereceği her kararın kesin hüküm teşkil edip etmediği hususuna ilişkin doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre, mevcut düzenleme karşısında mahkemenin kararının kesin olup olmamasının ret ve kabul kararları bakımından farklı şekillerde yorumlanamayacağı; ancak yapılacak bir değişiklik ile bunun önünün açılmasının yerinde olacağı ileri sürülmüştür<sup>142</sup>. Diğer görüşe göre ise, özel denetim isteminin mahkemece reddedildiği durumlarda, mahkeme kararının kesin hüküm teşkil etmemesi gerekir<sup>143</sup>.

Genel kurulun özel denetim istemini reddetmesi üzerine azınlık tarafından açılan özel denetçi atanmasına ilişkin davanın reddi hâlinde, kararın kesin hüküm teşkil etmesi, azınlığın başvurabileceği başka bir mekanizmanın kalmaması neticesini doğurur. Bu durum, azınlık pay sahiplerinin menfaatlerinin zedelenmesine neden olacağı gibi, kanunun azınlık haklarının etkinleştirilmesi amacına da ters düşer<sup>144</sup>. Hükümün lafzına bakıldığında da kanun koyucunun özel denetim isteminin mahkemece kabulü

<sup>141</sup> TTK m. 439/1 madde gerekçesi.

<sup>142</sup> Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi*, C. II, 3. Bası Adalet Yayınevi 2018, s. 1650; Gözde Engin Günay, *Anonim Ortaklıklar Hukuku'nda Özel Denetim*, On İki Levha Yayınları 2018, s. 203; Fatih, Yurtbaşı, *Anonim Ortaklıklarda Özel Denetim*, On İki Levha Yayıncılık 2019, s. 259. Benzer yönde bkz. Narbay, *Özel Denetim Şartları*, s. 321.

İlk derece mahkemesinin özel denetim isteminin reddine ilişkin verdiği kararın da kesin hüküm teşkil ettiği yönünde bkz. Yargıtay 11. HD. 2018/3448 E. 2019/7870 K. Mezkûr Yargıtay kararına ilişkin karşı oy yazısında ise “*Madde metninde de açıkça ifade edildiği üzere mahkeme kararının kesin olması, mahkemece özel denetçi atanmasına karar verilmesi, davanın kabulü durumu için düzenlenmiştir. Mahkemece, davanın kabulü dışında bir karar verilmesi halinde kararın kesinliğinden söz edilmesi, T.C. Anayasası'nın 36. maddesinde ifade edilen adil yargılanma ve hukuki güvenlik hakkının ihlali sonucunu doğurabilecektir.*” ifadesine yer verilmiştir. Aynı yöndeki kararlar için bkz. Yargıtay 11. HD. 2019/539 E. 2019/7422 K.; 11. HD. 2018/780 E. 2019/5546 K.; 11. HD. 2016/9407 E. 2018/2607 K. Ancak burada belirtmek gerekir ki bu Yargıtay kararları oy birliği ile alınmamış olup kararın kesin hüküm teşkil etmesinin davanın kabulü hâlinde geçerli olduğuna dair karşı oy yazıları mevcuttur.

<sup>143</sup> Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, N. 1017f; Çağlar, s. 15-16.

<sup>144</sup> Çağlar, s. 15-16.

hâlinde, sürecin kesintiye uğramaması ve gecikmemesi motivasyonu ile hareket ettiği anlaşılmaktadır<sup>145</sup>. Kanaatimizce de azınlık hakkının etkinliğinin artırılması için özel denetim isteminde ilişkin sürecin, mahkemenin reddi hâlinde tikanıp kalmaması gerekir. Azınlığın çoğunluk karşısında korunması ve menfaatlerinin zarar görmemesi açısından, mahkemenin ret kararı hâlinde kararın kesin hüküm teşkil etmeyeceği, hükmün lafzının da bu yorumun önünü açacak nitelikte olduğu kabul edilmelidir. Ancak bu hususta tereddüte mahal vermemek için, mahkemenin ret kararına karşı kanun yolunun açık olduğunun hükümde daha net şekilde ifade edilmesi isabetli olur.

## SONUÇ

Özel denetim müessesesi -özellikle sorumluluk davasında kullanılmak üzere- belirli işlemlerin veya olayların aydınlatılması ve bunların mevcudiyetini ortaya koyan delillerin toplanması fonksiyonunu üstlenir. Genel kurulun özel denetim talebini reddetmesi halinde şirket ile TTK m. 439 gereğince talepte bulunan azınlık, özel denetimin gerekliliği hususunda ihtilaf içindedir ve bu ihtilafın mahkeme tarafından çözülmesi gerekir. Genel kurulun reddi üzerine mahkemeye başvurabilecek olanlar, halka açık olmayan anonim şirketlerde sermayenin en az onda birini, halka açık anonim şirketlerde yirmide birini oluşturan pay sahipleri ve paylarının itibarî değeri toplamı en az bir milyon olan pay sahipleridir (TTK m. 439/1). Mezkûr düzenleme ile «*nominal azınlık*» şeklinde tabir edilen «*paylarının itibarî değeri toplamı en az bir milyon Türk Lirası olan pay sahiplerine*» de özel denetim isteminde bulunma hakkı tanınmıştır. Ancak bir milyon Türk Lirasının, şirkette esas sermayenin çoğunluğuna tekabül etmesi hâlinde, mezkûr kişi veya kişiler bu nominal değer ile özel denetime ilişkin gerekli oy çoğunluğuna sahip olacağından, hiç kuşkusuz teknik anlamda bir azınlığın varlığından söz edilemez. Dolayısıyla böyle bir durumda, bu grup TTK m. 439 gereğince azınlığa tanınan özel denetçi atanması talebinde bulunamamalıdır. Zaten özel nitelikli bu azınlık grubunun öngörülmesindeki esas gaye, büyük sermayeli şirketlerde orana bağlı azınlığın oluşturulmasının çok güç olmasından hareketle, özel denetime ilişkin azınlık hakkının bertaraf olmasını engellemektir.

Mahkemeden özel denetçi isteminde bulunan azınlığın, özel denetimin talep edildiği genel kurul toplantısına katılması, genel kurulda bu yönde bir talebinin bulunması veya genel kurulun özel denetim istemini ret kararına karşı itirazda bulunması ve buna ilişkin muhalefetini tutanağa geçirtmesi

<sup>145</sup> Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, N. 1017f; Çağlar, s. 15-16.

gerekmaz. Bunun yanı sıra özel denetim isteminin görüşüldüğü genel kurulda çekimser kalması hâlinde dahi azınlık, mahkemeden özel denetim isteminde bulunabilmelidir. Ancak özel denetim istemine ilişkin genel kurul toplantısında olumsuz oy kullanan azınlık pay sahibinin, aynı konuda TTK m. 439 gereğince mahkemeden özel denetim talebinde bulunması hâlinde, bu durumun çelişkili davranış yasağının ihlâline yol açıp açmadığının mahkemece değerlendirilmesi gerekir. Mahkeme, talebin TMK m. 2 ile bağdaşır bağdaşmadığına ilişkin takdir yetkisini kullanırken bunun sınırlarını dikkatli bir şekilde belirlemeli; genel kurulun reddi üzerine özel denetim talebinde bulunan azınlığın, burada korunması gereken hukukî bir menfaatinin olup olmadığını incelemelidir. Netice itibarıyla, hakkını dürüstlük kuralı çerçevesinde kullanmayan veya açıkça kötüye kullanan azınlığın talebi, hukuk düzeni tarafından korunmamalıdır. Ancak bu değerlendirme yapılırken çelişkili davranış yasağının uygulama alanını olabildiğince sınırlı tutmak gerekir.

Özel denetim istemi, hakkın kötüye kullanılmasını ve şirketin zarara uğratılmasını önlemek amacıyla TTK m. 438/1 uyarınca bir ön şarta ve bazı maddi şartların varlığına bağlı tutulmuştur. TTK m. 438 gereğince genel kurulun kabulü üzerine açılacak dava ile TTK m. 439 gereğince azınlık tarafından açılacak özel denetçi atanması istemli dava birbirinden farklıdır. TTK m. 439 gereğince azınlığın özel denetçi atanması isteminde bulunması hâlinde, TTK m. 438'deki bu şartların aranıp aranmayacağı meselesinin açıklığa kavuşturulması gerekir. Her ne kadar birçok bakımdan farklı esaslara tâbi olsalar da TTK m. 438 ile TTK m. 439 hükümlerinin birbiri ile bağlantılı olduğunu kabul etmek gerekir. Şöyle ki iki hüküm de özel denetim talebine ilişkin olup istemin genel kurul tarafından kabulü veya reddi şeklinde iki ihtimali ele alan, birbirinin devamı niteliğinde düzenlemelerdir. Mezkûr şartların öngörülmesindeki amaç, azınlığın özel denetim istemi için de korunmaya değerdir. Dolayısıyla TTK m. 438'de aranan şartlar açısından bu iki düzenlemeyi eş tutmak gerekir. Zira özel denetim talebinin şirketin mutad işleyişini sekteye uğratan, şirketi uzun süre meşgul eden yüksek maliyetli bir dış müdahale olduğu göz önünde bulundurulduğunda, azınlığın TTK m. 438'deki şartlar aranmaksızın özel denetim talebinde bulunması, suistimallere son derece açık bir durum yaratır. Bunun yanı sıra bahsi geçen hakkın azınlık tarafından talep edilmesi, hakkın tali niteliğini etkilememelidir.

Bilgi alma veya inceleme hakkının kullanılmış olmasına ilişkin şartın sağlanması için TTK m. 437/5 gereğince mahkemeye başvuru yolunun

tüketilmiş olması gerekmez; hakkın pay sahibi tarafından genel kurulda ileri sürülmesi yeterlidir. Zira TTK m. 437/5'te öngörülen dava açma hakkı, bilgi alma veya inceleme talebinin haksız olarak reddedilmesi, ertelenmesi ya da cevapsız bırakılması üzerine gündeme gelen, pay sahibinin kanunen tanınan maddi hakka kavuşmasını olanaklı kılan, "hakkı kuvvetlendirmek" amacıyla getirilen bir yaptırım aracıdır.

Kanun'un lafzına bakıldığında TTK m. 439/1 gereğince azınlığın özel denetim talebinde bulunabilmesi için talebin haklı sebep olmaksızın reddedilmiş olması gerekmez. TTK m. 438/1'deki şartların gerçekleşmemesi sebebiyle özel denetim talebinin reddi hâlinde dahi azınlık TTK m. 439 gereğince talepte bulunabilir. Böyle bir hâlde şirket, özel denetim şartlarının mevcut olmadığı iddiasında bulunarak bu olguyu ispatlamaya çalışmalıdır. Öte yandan azınlığın özel denetçi atanması isteminde bulunabilmesi için, genel kurulun şekli anlamda bir ret kararı alması da beklenmemelidir. Aksinin kabulü, TTK m. 439 ile güvence altına alınmış olan azınlık hakkını etkisiz hâle getirebileceği gibi azınlık haklarının niteliği ile de bağdaşmaz. Bu bağlamda, genel kurul başkanının özel denetim istemini gündeme almayarak oylamaya sunmaması, genel kurulca daha önceden alınmış özel denetim kararının uygulanmasının ertelenmesi ile incelenmesi istenen hususların kısmen ya da tamamen denetimin kapsamı dışında bırakılarak özel denetçi tayinine karar verilmesi de genel kurulun reddi olarak kabul edilmelidir.

Mahkemece verilecek özel denetime ilişkin kararın kesin olacağı yönündeki TTK m. 440/2 hükmünün, kararın reddini de kapsayıp kapsamadığı düzenlemenin lafzı gereğince tartışmaya açıktır. Genel kurul tarafından özel denetim istemi reddedilen azınlığın başvurusu üzerine açılan davanın reddine yönelik kararın kesin hüküm teşkil etmesi hâlinde, azınlığın işletebileceği başka bir mekanizma kalmaz. Bu durum, azınlık pay sahiplerinin menfaatlerinin zedelenmesine neden olacağı gibi, kanunun azınlık haklarının etkinleştirilmesi amacına da ters düşer. Hükmün lafzına bakıldığında da kanun koyucunun özel denetim isteminin mahkemece kabulü hâlinde, sürecin kesintiye uğramaması ve gecikmemesi motivasyonu ile hareket ettiği anlaşılmaktadır. Kanaatimizce azınlığın çoğunluk karşısında korunması ve menfaatlerinin zarar görmemesi açısından, mahkemenin ret kararı hâlinde kararın kesin hüküm teşkil etmeyeceği, hükmün lafzının da bu yorumun önünü açacak nitelikte olduğu kabul edilmelidir. Ancak bu hususta tereddüte mahal vermemek için, mahkemenin ret kararına karşı kanun yolunun açık olduğunun hükümde daha net şekilde ifade edilmesi isabetli olurdu



**KAYNAKÇA**

- Aday N, “Anonim Şirkette Özel Denetçi”, *Prof. Dr. Hayri Domaniç’e Armağan*, Mitos Yayınları 1995, s. 21-47.
- Akbay D, “Anonim Ortaklıklarda Özel Denetimin Konusu”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 21(2), 2019, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/deuhfd/issue/51788/644547> >, Erişim Tarihi 5 Aralık 2022, s. 629-660.
- Akyol Ş, “Venire Contra Factum Proprium”, *Prof. Dr. F. Eren’e Armağan*, Yetkin Kitabevi 2006, s. 77-96.
- Altaş S, *Şirket Denetimi (Bağımsız Denetçi, Denetçi ve Özel Denetçi)*, Seçkin Yayıncılık 2015.
- Altay S A, “Anonim Ortaklıklarda Özel Denetimin Koşullarına İlişkin Düşünceler”, Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Saygı Sempozyumu, *GSÜHFD*, (2) 2013, <[https://dosya.gsu.edu.tr/Docs/HukukFakultesi/TR/FakulteDergisi/GUHFD-2013\\_2.pdf](https://dosya.gsu.edu.tr/Docs/HukukFakultesi/TR/FakulteDergisi/GUHFD-2013_2.pdf)>, Erişim Tarihi 5 Aralık 2022, s. 55-76.
- Ansay T, *Anonim Şirketler Hukuku*, 6. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları 1982.
- Aydın A, “Anonim Ortaklıkta Çoğunluk Pay Sahiplerinin Azınlığa Karşı Korunması”, *Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yıl Armağanı*, 2. Bası Beta 2001, 29-51.
- Aydın S, “Anonim Şirketlerde Özel Denetim İsteme Hakkı”, *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2(9) 2014, s. 67-89 (Aydın, S).
- Ayhan R / Çağlar H / Özdamar M, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, 2021.
- Birsel M T, “Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları”, *İmran Ökten’e Armağan*, Sevinç Matbaası 1970, s. 623-659.
- Can M E, “Azlığın Genel Kurulun Toplantıya Çağırılması ve Gündemin Belirlenmesi Konusundaki Yetkileri”, Ulusoy, Erol (ed.), *Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları*, Bilge Yayınevi 2014 s. 75-96.
- Çağlar H, “Anonim Şirketlerde Özel Denetim İsteminin İlk Derece Mahkemesi Tarafından Reddi Kararı Kesin Midir?”, *AHBV Üniversitesi Hukuk*

*Fakültesi Dergisi*, 25(1), 2021, <<https://dergipark.org.tr/en/pub/ahbvuhfd/article/870927>>, Erişim Tarihi 5 Aralık 2022, s. 3-17.

- Çamoğlu E, “Anonim Ortaklık Genel Kurlunu Toplantıya Kimler Çağırır?”, *Yargı Dünyası*, 204(1), s. 11-18.
- Çevik, O N, *Anonim Şirketler*, 3. Bası, Seçkin Kitapevi 1988.
- Demirkapı E, “Anonim Şirketin Denetimine İlişkin Esaslar Işığında Azınlığın (Azlığın) Denetçinin Değiştirilmesini Dava Hakkı”, Ulusoy, Erol (ed.), *Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları*, Bilge Yayınevi 2014, s. 97-138.
- Domaniç H, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C: II, Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması*, Temel Yayınları 1988.
- Dural H A, “Anonim Şirkette Olumsuz Azınlık Hakları Düzenlemesi”, *Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı*, Beta Yayınları 1999, s. 179-192.
- Falcıoğlu M. Ö, “Azlığın Yönetim Kurulunda Temsili”, Ulusoy, Erol (ed.), *Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları*, Bilge Yayınevi 2014, s. 139-175.
- Forstmoser P / Meier-Hayoz, A /Nobel, P, *Schweizerisches Aktienrecht*, Stämpfli Verlag 1996.
- Göktürk K, *Şirketler Topluluğunda Sorumluluk Esasları (Anonim Şirketlerden Oluşan Topluluklar Bakımından)*, Adalet Yayınevi 2015.
- Günay G E, *Anonim Ortaklıklar Hukuku’nda Özel Denetim*, On İki Levha Yayınları 2018.
- Güven Ş, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Anonim Şirketler Hukukunda Özel Denetim, *Çankaya University Journal of Law*, 7(2), Kasım 2011, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/45456>>, Erişim Tarihi 5 Aralık 2022, s.133–175.
- Helvacı M, “Anonim Ortaklıkta Ticaret Kanunundan Kaynaklanan Azınlık Haklarının Hukuki Niteliği ve Tanımı”, *Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Armağan*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınevi 1998.
- İmregün O, *Anonim Ortaklıklar*, 4. Bası, Yasa Yayınları 1974 (Anonim Ortaklıklar).
- İmregün O, *Anonim Şirketlerde Pay Sahipleri Arasında Umumi Heyet*

- Kararlarından Doğan Menfaat İhtilafları ve Bunları Telif Çareleri*, İsmail Akgün Matbaası 1962. (Menfaat İhtilafları).
- İmregün O, *Kara Ticareti Hukuku Dersleri*, 8. Baskı, Evrim Dağıtım 1987. (Kara Ticareti).
- Karasu R, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı”, *Batider*, 23(2), 2005, s. 73-114.
- Kaşak E, *Anonim Şirketlerde Genel Kurul ile Yönetim Kurulu Arasındaki Yetki Dağılımına İlişkin Temel Esaslar*, On İki Levha Yayıncılık 2019.
- Kaya A, *Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı*, Banka ve Tic. Huk. Araş. Enst Yayınları 2001 (Kaya, Bilgi Alma).
- Kaya A, “Özel Denetim İsteme Hakkının Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı ile İlişkisi”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 31(1), s. 61-83 (Kaya, Özel Denetim).
- Kırca İ /Şehirli Çelik F /Manavgat Ç, *Anonim Şirketler Hukuku C.1*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınevi 2013.
- Kunz P V, Zur Subsidiarität der Sonderprüfung, *SJZ 1996*.
- Martinez L, *Information der Aktionäre nach Schweizerischem Aktien- und Kapitalmarktrecht*, Schulthes Verlag 2006.
- Moroğlu E, Anonim Ortaklıkta Azınlık Pay Sahiplerinin Korunması ve Haklı Nedenle Feshi, *Makaleler I*, On İki Levha Yayınları 2006, s. 89-102. (Moroğlu, Haklı Nedenle Fesih).
- Moroğlu E, Anonim Ortaklıkta Çoğunluk Pay Sahiplerinin Azınlık ve İmtiyazlı Pay Sahiplerine Karşı Korunması, *Makaleler I*, On İki Levha Yayınları 2006, s. 215-224. (Moroğlu, Pay Sahiplerinin Korunması).
- Moroğlu E, Anonim Ortaklıkta Özel Denetçi, *Makaleler I*, İstanbul 2006, s. 65-88. (Moroğlu, Özel Denetçi).
- Moroğlu E, *Türk Ticaret Kanunu ile Yürürlük ve Uygulama Kanunu Tasarısı, Değerlendirme ve Öneriler*, On İki Levha Yayıncılık 2009. (Moroğlu, TTK Değerlendirme ve Öneriler).
- Narbay Ş, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Anonim Ortaklıkta Özel Denetim Yapılması Şartları ve Özel Denetçinin Atanması Usulü”, *Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan*, Birinci Cilt, Vedat Kitapçılık 2007, s. 287-327 (Narbay, Özel Denetim Şartları).
- Narbay Ş, *Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Ortaklıkta Özel Denetim*, On İki Levha Yayıncılık 2010 (Narbay, Özel Denetim).
- Özdamar M, “Anonim Şirketlerde Özel Denetim”, Ulusoy, Erol (ed.), *Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları*, Bilge Yayınevi 2014, s. 45-74.
- Özkan Ö, “Türk ve İsviçre Anonim Ortaklıklar Hukukunda Özel Denetçi Atanması”, *Batider*, 20(2), 1999.
- Öztek S, *Şirketler Gruplarında Yavru Şirketlerdeki Azınlık Pay Sahiplerinin Türk Ticaret Kanunu m. 36/İsviçre Borçlar Kanunu m. 697 Çerçevesinde Bilgi Alma Hakkı*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1986.
- Paslı A, “Anonim Ortaklıkta Özel Denetçi Tayini”, *Ünal Tekinalp’e Armağan*, C. I, Beta Basım Yayın 2003, s.611-647.
- Poroy R /Tekinalp Ü /Çamoğlu E, *Ortaklıklar Hukuku I*, 14. Bası, Vedat Kitapçılık 2019.
- Pulaşlı H, *Yeni Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, Adalet Yayınevi 2012 (Pulaşlı, Şirketler).
- Pulaşlı H, “Anonim Şirketlerde Pay Sahiplerinin Özel Denetim İsteminin Mukayeseli Hukuk Açısından Değerlendirilmesi”, *Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan*, On İki Levha Yayıncılık 2017, s. 589-612 (Pulaşlı, Mukayeseli Hukuk).
- Pulaşlı H, *Şirketler Hukuku Şerhi*, C. II, 3. Bası Adalet Yayınevi 2018 (Pulaşlı, Şerh).
- Sert Canbolat S, “Anonim Ortaklıklarda Azınlık Haklarının İncelenmesi”, *TBB Dergisi*, 74, 2008, <<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2008-74-389>>, Erişim Tarihi 05 Aralık 2022, s. 158-190.
- Şener O H, *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku*, Ders Kitabı, 4. Bası, Seçkin Yayıncılık 2019.
- Tekil F, *Şirketler Hukuku*, Alkım Yayınevi 1989.
- Tekinalp Ü, “Özel Denetim Talebinin Genel Kurul Tarafından Kanuna Uygun Olarak Reddedilmesi Hâlinde Anonim Ortaklığın Kendini Koruması

Sorunu”, *Prof. Dr. Sabih Arkan’a Armağan*, On İki Levha Yayıncılık 2019, s. 1275-1284 (Tekinalp, Özel Denetim).

Tekinalp Ü, “Otuz Yıllık Uygulamanın Işığında Azınlık Hakları Sisteminin ve Uygulamasının Değerlendirilmesi”, *Türk Ticaret Kanunu’nun 30 Yıl Semineri*, İstanbul 1988 (Tekinalp, Azınlık Hakkı).

Ulaş Kısa S, “Anonim Ortaklıkta Yaşanan Çıkar Çatışmasının Azınlıkta Kalanlara Zarar Vermemesi İçin Öngörülen Hukuki Araçlar”, *Ünal Tekinalp’e Armağan*, C. I, Beta Yayınları 2003.

Ulusoy E, “Anonim Şirketlerde Azınlık Pay Sahiplerinin Şirketten Çıkarılması”, Ulusoy, Erol (ed.), *Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları*, Bilge Yayınevi 2014, s. 1-44.

Weber R H, *Basler Kommentar*, OR 2, Art.530-1186, 2. Auflage, Basel 2002.

Yurtbaşı F, *Anonim Ortaklıklarda Özel Denetim*, On iki Levha Yayıncılık 2019.

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

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068  
Cilt / Volume XXVII Nisan / April 2023 Sayı / No. 2

**İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİNE İLİŞKİN HÜKÜMLERE  
AYKIRILIK NEDENİYLE İŞİN DURDURULMASI**

**SUSPENSION OF THE OPERATION DUE TO VIOLATION OF  
OCCUPATIONAL HEALTH AND SAFETY PROVISIONS**

**Fatih ERASLAN\***  

**ÖZET**

[10.34246/ahbvuhfd.1179804](https://doi.org/10.34246/ahbvuhfd.1179804) 

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda birden çok idari yaptırım düzenlenmiştir. Bunlardan bir tanesi de işyerlerinde işin kısmen veya tamamen durdurulmasıdır. Bu kapsamda çalışmamızın amacı, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu gereği işin kısmen veya tamamen durdurulmasının koşulları, durdurma kararının uygulanması ve iş ilişkilerine etkisi ile durdurma kararının kaldırılmasını incelemektir. Çalışmamızda bu amaçla, yargı kararlarına ve öğretide yer alan tartışmalı hususlara da yer verilmiştir. İşin durdurulması, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 25. maddesinde ve bu Kanun'a dayalı olarak yürürlüğe konulan İşyerlerinde İşin Durdurulmasına Dair Yönetmelik'te düzenlenmiştir. İşin durdurulmasını gerektiren birden çok sebep öngörülmüştür. Ancak bu yaptırımın uygulanabilmesi, iş müfettişlerinden oluşan bir heyet kararına bağlı kılınmıştır. İşin durdurulması kararı, iş sağlığı ve güvenliği bakımından teftişe yetkili iş müfettişinin düzenlediği rapor üzerine üç kişilik bir heyet tarafından alınmaktadır. İşveren söz konusu karara karşı yetkili iş mahkemesinde 6 iş günü içerisinde itiraz edebilmektedir. Mahkemenin bu konuda verdiği karar kesin niteliktedir. Kanun'da işverenin işin durdurulması nedeniyle, işsiz kalan çalışanların ücretlerini vermekle yükümlü olduğu veya durumlarında değişiklik olmamak şartıyla

\* **Arş. Gör.** Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı / SAKARYA, **e-posta:** fatiheraslan369@gmail.com, **ORCID:** 0000-0003-4100-6145 **DOI:** 10.34246/ahbvuhfd.1179804

\* **İntihal / Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.



çalışanlara başka bir iş vermekle yükümlü olduğu kabul edilmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** İş Sağlığı ve Güvenliği, İdari Yaptırım, İşin Durdurulması, İş Müfettişi, H: eyet Kararı

### ABSTRACT

In the Occupational Health and Safety Law No. 6331, various administrative sanctions are regulated. One of them is “partial or complete suspension of the work in the workplace”. As a matter of fact, the purpose of this study is to examine the conditions of partial or complete suspension of the work, the implementation of the decision to suspension the work, its effect on employment relations and the abolition of the decision to suspension the work in accordance with the Occupational Health and Safety Law No. 6331. For this purpose, in our article, judicial decisions and controversial issues in the doctrine are also included. The mentioned sanction is regulated on Article 25 of the Occupational Health and Safety Law No. 6331, besides in the Regulation on Suspension of The Work at Workplaces (which was put into effect based on this Law). Multiple reasons were envisaged for suspension of the operations. However, the implementation of this sanction depends on the decision of a committee consisting of labour inspectors. This committee consists of three inspectors and decides the suspension upon the report prepared by the labour inspector who has authority to inspect in terms of occupational health and safety. The employer may appeal against this decision at the authorized labour court within six working days. Court’s decision on this dispute is final and incontestable. According to the Law No. 6331, the employer has to pay employees’ wages at the period of suspension of the work or provide them another job that will not cause any change in their status.

**Keywords:** Occupational Health and Safety, Administrative Sanction, Suspension of the Work, Labour Inspector, Committee Decision

### EXTENDED ABSTRACT

Occupational Health and Safety Law No. 6331, which regulates the duties, authorities, responsibilities, rights and obligations of employers and workers in order to ensure occupational health and safety at workplaces and to improve existing health and safety conditions, was published in the Official Gazette dated 30/6/2012 and entered into force on this date. “Suspension of the work”, which is an administrative sanction, is regulated in the 25th article of the fourth section titled “Inspection and Administrative Sanctions” in Law.

With the entry into force of Law No. 6331, the provision regarding the “suspension of the work or closure of the workplace” regulated in Labor Law No. 4857 has been repealed. However, the conditions for the partial or complete suspension of the work

in the workplaces, implementation of the suspension decision, the temporary removal of seals in the workplaces whose activities are partially or completely suspended, the removal of the suspension decision and the procedure to be followed in emergencies, is regulated by “Regulation on Suspension of Work in Workplaces”, which was put into effect based on the Occupational Health and Safety Law No. 6331. As a matter of fact, the aim of this study is to deal with the suspension of the work in detail within the framework of the aforementioned legislation. In this context, the programmed inspection statistics of the Republic of Türkiye Ministry of Labor and Social Security have been a guide for the workplaces where the suspension decision is predominantly applied and have made an important contribution to this article.

Occupational Health and Safety Law No. 6331 stipulated certain conditions for the suspension of the work. The first of these situations is the existence of a life-threatening condition for the workers. Secondly, in case of not carrying out a risk assessment, the work is also suspended in mining, metal and construction works, which are in the very hazardous class, and in workplaces where work is carried out with hazardous chemicals or where major industrial accidents may occur. Another situation where the work can be suspended is the forms of work that are in the very hazardous class and that can be life-threatening due to the production force in the works that are taken by tender.

In the event of a situation requiring the suspension of the work, the committee authorized to suspend work partially or completely, based on the report to be prepared by the labor inspector authorized to inspect the workplaces in terms of occupational health and safety, makes the necessary examination and makes its decision. The employer can object to the suspension decision within 6 working days from the execution of the decision at the authorized labor court. The court’s decision on the appeal is final. However, in Law No. 6331, a prison sentence is foreseen for the employer or the employer’s representative who continues the work without permission contrary to the suspension decision.

During the period when the workplace is partially or completely inactive, it is regulated that the employer is obliged to pay the wages of the workers or to give them another job according to their profession or status, on the condition that there is no reduction in their wages. The employer may choose to give another job instead of paying wages to workers during the period in which the decision of suspension of the work is implemented, provided that the given job does not cause a fundamental change in the working conditions. Regardless of the choice of the employer either paying wages or giving another job, the employer’s obligations arising from social security law will continue in this process. As per the Occupational Health and Safety Law, an administrative fine will be imposed on the employer if the employer violates the provision regarding the payment without any change in their wages.

## GİRİŞ

İşin durdurulması, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 25. maddesinde idari bir yaptırım olarak düzenlenmiştir<sup>1</sup>. Kanun'da öngörülen belirli durumlarda iş müfettişinin işin durdurulmasının gerekliliğini belirten tespiti üzerine mahkeme kararına gerek olmaksızın iş müfettişlerinden oluşan bir heyete işi durdurma yetkisi verilmiştir. Ancak bu yetkinin kapsamı ve sınırı Kanun ile düzenlenmiş, iş sağlığı ve güvenliği mevzuatına aykırılık teşkil eden her durum için işin durdurulması yaptırımını öngörülmemiştir.

İşin durdurulması, işyerinde iş sağlığı ve iş güvenliğinin sağlanmasında zorlayıcı ve caydırıcı nitelikte bir yaptırımdır. Bu yaptırımın işyerindeki üretim sürecini kesintiye uğratması<sup>2</sup>, hem durdurma kararının alınmasında hem de uygulanmasında hassasiyetle yaklaşılmasını gerektirmektedir. Bu sebeple gerek işin durdurulması kararının alınması gerekse durdurma kararına itiraz ve itiraz üzerine alınması gereken karara ilişkin süreler oldukça kısa tutulmuş ve sorunun ivedilikle çözülmesi amaçlanmıştır.

Mevzuatta işyerlerinde işin durdurulması, işyerlerinin kapatılması ve işyeri ruhsatının iptal edilmesine ilişkin birçok düzenlemeye yer verilmiştir<sup>3</sup>. Ancak bu düzenlemeler farklı gayelerle getirilmiş ve mevzuatta dağınık biçimde hüküm altına alınmıştır. Örneğin, İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına Dair Kanun Hükümünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulüne Dair Kanun'da<sup>4</sup> işyeri açma ve çalışma ruhsatı verilmesinin ardından yapılacak kontrol ve denetimlerde birtakım eksikliklerin saptanması durumunda işyerinin kapatılacağı öngörülmüştür. Yine Kanun'a dayalı olarak yürürlüğe konulan İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına İlişkin Yönetmelik'te<sup>5</sup> işyeri açma ve çalışma ruhsatı verilmeden açılan işyerlerinin kapatılacağı (m. 6), ruhsatın verilmesinden sonra idare tarafından yapılan denetimde, toplum ve çevre sağlığı bakımından zararlı olan işletmelerin faaliyetlerinin noksanlık ve aykırılıkların giderilmesine kadar durdurulacağı belirtilmiştir (m. 21/3).

<sup>1</sup> Haluk Hadi Sümer, *İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku*, Seçkin Yayınları, 2021, s. 245.

<sup>2</sup> Sarper Süzek, *İş Hukuku*, 21. Baskı, Beta Yayınları, 2021, s. 968.

<sup>3</sup> Söz konusu mevzuat hakkında bkz. Harun Hakan Baş, *İşyerlerinin Faaliyetten Men'i ve Para Cezaları*, Beta Yayınları, 2017.

<sup>4</sup> R.G. 17.6.1989, 20198.

<sup>5</sup> R.G. 10.8.2005, 25902.

5996 sayılı Veteriner Hizmetleri, Bitki Sağlığı, Gıda ve Yem Kanunu'nun<sup>6</sup> 30. maddesinde onaya tabi bir işletmenin ilgili mevzuatta belirlenen şartlara uygun faaliyette bulunmadığının belirlenmesi durumunda, bu işletmenin faaliyetinin durdurulacağı, 3194 sayılı İmar Kanunu'nun<sup>7</sup> 32. maddesinde ruhsat alınmadan başlanan inşaatların, ruhsat alınmakla birlikte ruhsata aykırı yapıların ilgili mevzuatlarına aykırı şekilde yapı yapıldığının tespiti üzerine yapının mühürlenerek inşaatın derhal durdurulacağı, 1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanunu'nun<sup>8</sup> 259. maddesinde sıhhi şartları sağlamayan ve hastalıkların yayılmasına sebep olabilecek otel, han gibi işyerlerinin kapatılabileceği düzenlenmiştir. Ayrıca, 2872 sayılı Çevre Kanunu'nda<sup>9</sup> çevre ve insan sağlığı yönünden tehlike oluşturan faaliyetlerin süre verilmeksizin durdurulacağı, 7381 sayılı Nükleer Düzenleme Kanunu'nda<sup>10</sup> ise güvenlik ve emniyetin tehlikeye düştüğü ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yetki verilen faaliyetin durdurulabilmesi söz konusu düzenlemelerden yalnızca birkaçıdır<sup>11</sup>. Bu çalışma kapsamında ise yalnızca 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda iş sağlığı ve güvenliğini tehdit eden ve çalışanların hayatı bakımından tehlike arz eden durumlarda işin durdurulmasını öngören 25. madde kapsamında bir değerlendirme yapılacaktır. Dolayısıyla, Covid-19 salgını nedeniyle işyerlerinde faaliyetin durdurulmasını konu alan düzenlemeler de çalışmanın kapsamı dışında tutulmuştur.

İşyerlerinde işin durdurulmasına ilişkin temel düzenleme 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 25. maddesi ile yapılmıştır. Bununla birlikte Kanun'da, işyerlerinde işin durdurulması, hangi işlerde risk değerlendirmesi yapılmamış olması durumunda işin durdurulacağı, durdurma sebeplerini

<sup>6</sup> R.G. 13.06.2010, 27610.

<sup>7</sup> R.G. 9.5.1985, 18749.

<sup>8</sup> R.G. 6.5.1930, 1489.

<sup>9</sup> R.G. 11.8.1983, 18132.

<sup>10</sup> R.G. 8.3.2022, 31772.

<sup>11</sup> Diğer bazı düzenlemeler için bkz. Genel Kadımlar ve Genelevlerin Tabi Olacakları Hükümler ve Fuhuş Yüzünden Bulaşan Zührevi Hastalıklarla Mücadele Tüzüğü'nün (R.G. 19.4.1961, 10786) işyerlerinde usulü dairesinde izin alınmadan gizli fuhuş yapıldığı tespit edilmesinde bu yerlerdeki faaliyetin üç ayı geçmemek üzere kapatılacağını düzenleyen 95 ve 96. maddesi; 2559 sayılı Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu (R.G. 14.7.1934, 2751) m. 12 & m. 8/F hükmü; 2960 sayılı Boğaziçi Kanunu m. 11/3 (R.G. 22.11.1983, 18229); 3213 sayılı Maden Kanunu (R.G. 15.6.1985, 18785) m. 7/10 ve 29. maddesi ve bu Kanun'a dayanılarak yürürlüğe konulan Maden Yönetmeliği (R.G. 21.9.2017, 30187); 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu (R.G. 14.2.2007, 26434) m. 7; Radyoloji Hizmetleri Yönetmeliği m. 15 (R.G. 26.4.2022).

gidermek için mühürlerin geçici olarak kaldırılması, yeniden çalışmaya izin verilme şartları, çok tehlikeli işler sınıfında yer alan başta maden ve yapı olmak üzere işyerlerinde acil durdurmayı gerektiren hususlar, acil hâllerde işin durdurulmasına karar verilinceye kadar geçecek sürede alınacak tedbirlerin uygulanmasına ilişkin düzenlemelerin T.C. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından yürürlüğe koyulan yönetmelikle düzenleneceği belirtilmiştir (İSGK m. 30/1(g)).

Kanun'un<sup>12</sup> 25 ve 30. maddelerine dayanılarak hazırlanan (İDY m. 3) İşyerlerinde İşin Durdurulmasına Dair Yönetmelik<sup>13</sup> yayımlandığı tarihte yürürlüğe girmiştir (İDY m. 15). Yönetmeliğin amacı işyerindeki bina ve eklentilerde, çalışma yöntem ve şekillerinde veya iş ekipmanlarında çalışanlar için hayati tehlike oluşturan bir husus tespit edildiğinde veya çok tehlikeli sınıfta yer alan maden, metal ve yapı işleri ile tehlikeli kimyasallarla çalışılan işlerin yapıldığı veya büyük endüstriyel kazaların yaşanabileceği işyerlerinde risk değerlendirmesi yapılmamış olması durumlarında işyerinin bir bölümünde ya da tamamında bu tehlike giderilinceye kadar işin durdurulması ile bu Yönetmeliğe göre durdurma kararı uygulanmış işyerinde çalışmaya tekrar başlanmasına izin verilmesinin usul ve esaslarını belirlemektir (İDY m. 1)

Yönetmelik, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu kapsamındaki işyerlerinde uygulanmaktadır (İDY m. 2/1). Bununla birlikte, askeri işyerleri ile yurt güvenliği için gerekli maddeler üretilen işyerlerinde işin durdurulmasına dair iş ve işlemlerin ise ayrıyeten yürürlüğe konulacak yönetmeliğe göre yerine getirileceği belirtilmiştir (İDY m. 2/2). Bu amaçla Askeri İşyerleri ile Yurt Güvenliği İçin Gerekli Maddeler Üretilen İşyerlerinin Denetimi, Teftişi ve Bu İşyerlerinde İşin Durdurulması Hakkında Yönetmelik<sup>14</sup> yürürlüğe koyularak konunun usul ve esasları düzenlenmiştir.

İşin durdurulmasını ele alan eserlerde, birçok hukuki soruna temas edilmişse de konuyla ilgili yargı kararlarına yer verilemediği gözlemlenmiştir. Şüphesiz bunda, işin durdurulması kararına itiraz neticesinde iş mahkemesinin verdiği kararın kesin nitelikte olması hayli etkili olmuştur. Ancak Yargıtay, zaman zaman kanun yararına bozma talebiyle önüne gelen dosyalarda “işin durdurulması” yaptırımıyla ilgili kararlar vermiştir. Çalışmamızda, Yargıtay Hukuk ve Ceza Daireleri ile Danıştay'ın konu ile ilgili kararlarına da yer

<sup>12</sup> R.G. 30.06.2012, 28339.

<sup>13</sup> R.G. 30.03.2013, 28603.

<sup>14</sup> R.G. 16.8.2013, 28737.

verilerek konu aydınlatılmaya çalışılmıştır.

## I. İŞİN DURDURULABİLECEĞİ DURUMLAR

İşyerlerinde işin durdurulmasının amacının çalışanların iş kazası ve meslek hastalığından korunması olduğu<sup>15</sup> ifade edilse de bu yalnızca amaçlardan bir tanesidir. Zira, iş sağlığı ve güvenliği yönünden hayati tehlike oluşturan bir durumun varlığı işyerinde çalışan sıfatı ile bulunmayan örneğin; müşteri gibi işyeri ile doğrudan bağlantısı bulunmayan kişileri de etkileyebilecektir. Ayrıca, hayati tehlike taşıyan işyerlerinde meydana gelebilecek bir kaza muhtemeldir ki o işyerinin çevresine de zarar verecektir. Dolayısıyla işin durdurulmasının iş kazası ve meslek hastalıkları boyutu yanı sıra çevreye verilebilecek zararlardan koruyan etkisi de mevcuttur<sup>16</sup>.

Çalışmamız kapsamında incelenen işin durdurulma sebepleri, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 25. maddesinde düzenlenmiştir. Daha önce, 1475 sayılı İş Kanunu<sup>17</sup> m. 75/A hükmünde işin durdurulmasına ilişkin düzenleme yapılmıştı. Söz konusu maddede, yalnızca işin durdurulması değil işyerinin kapatılması da düzenlenmekteydi. Hükme göre ancak yetkili makamların verdiği izin üzerine kurulan ve işlemeye başlayan bir işyerinin

<sup>15</sup> Sümer, *İş Sağlığı ve Güvenliği*, s. 246; Asiye Şahin Emir, *İşyerlerinde Tehlike Hâlinde Alınması Halinde Alınması Gereken Önlemlerin Hukukî Çerçevesi*, Seçkin Yayınları, 2015, s. 183; Banu Özden, *İş Sağlığı ve Güvenliği Yönünden Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi*, T.C. Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı Özel Hukuk Bilim Dalı Doktora Tezi, 2020, s. 308.

<sup>16</sup> Belki de Çernobil'de yaşanan facia bu duruma en iyi örnek olabilir. Çernobil faciası yalnızca nükleer santral ile sınırlı kalmamış, o coğrafyadaki ülke vatandaşlarının sağlığını, iklimini, bitki örtüsünü ve diğer birçok unsuru etkilemiştir. Nitekim, hukukumuzda 2872 sayılı Çevre Kanunu'nun (R.G. 11.08.1983, 18132) “Faaliyetlerin durdurulması” başlıklı 15. maddesinde çevre ve insan sağlığı yönünden tehlike oluşturan faaliyetlerin süre verilmeksizin durdurulacağı öngörülmüştür. Ayrıca, 7381 sayılı Nükleer Düzenleme Kanunu (R.G. 8.3.2022, 31772) gereğince güvenlik ve emniyetin tehlikeye düştüğü veya düşebileceği ve müdahalenin gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Nükleer Düzenleme Kurum denetçisinin durumu Nükleer Düzenleme Kurumu'na ve yetkilendirilen kişiye derhal bildireceği; bu durumda Kurum tarafından yetki verilen faaliyetin tamamının veya bir kısmının durdurulması veya sınırlandırılması da dahil olmak üzere gerekli tedbirleri alırdabileceği belirtilmiştir (NDK m. 8/3). Çernobil nükleer santral kazası hakkında geniş bilgi için bkz. T.C. İçişleri Bakanlığı Afet ve Acil Durum Yönetim Başkanlığı, *Kimyasal Biyolojik Radyolojik Nükleer Tehditler (KBRN) Çernobil Nükleer Santral Kazası*, <<https://www.afad.gov.tr/kbrn/cernobil-nukleer-santral-kazasi>> Erişim Tarihi 10 Mart 2022. Çevre felaketine yol açan bir başka işyeri kazası olan Seveso Kazası hakkında bkz. United Kingdom Health and Safety Executive, *Icmesa Chemical Company, Seveso, Italy, 10th July 1976*, <<https://www.hse.gov.uk/comah/sragtech/caseseveso76.htm>> Erişim Tarihi 11 Nisan 2022.

<sup>17</sup> R.G. 1.9.1971, 13943.



işçilerin hayatı için tehlike arz eden bir husus tespit edildiğinde tehlike giderilinceye dek komisyon kararı ile işin durdurulması mümkündür. Hükümde, işin durdurulması ve işyerinin kapatılmasına ilişkin usul ve esasların tüzükte düzenleneceği belirtilmiş ve bu amaçla İşyerlerinde İşin Durdurulmasına ve İşyerinin Kapatılmasına Dair Tüzük<sup>18</sup> yürürlüğe girmişti. Ancak bu Tüzük, daha sonra yürürlükten kaldırılmıştır<sup>19</sup>.

1475 sayılı Kanun'un 14. maddesi hariç diğer maddelerini yürürlükten kaldıran 4857 sayılı İş Kanunu<sup>20</sup> 77. madde ve devamında iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin düzenlemelere yer vermiş; 79. maddesi ile “*İşin durdurulması veya işyerinin kapatılması*”nı düzenlemişti. Ancak başta söz konusu düzenleme olmak üzere İş Kanunu'nun iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin hükümleri, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 37. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır. Böylece, kapsamına bütün istihdam biçimlerini alan 6331 sayılı Kanun'un iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin hükümleri, yalnızca işçileri konu alan İş Kanunu hükümlerinin yerini almıştır. 6331 sayılı Kanun'un taslağında işin durdurulmasını düzenleyen madde gerekçesinde İş Kanunu'nun 79. maddesinin ana hatları itibarıyla korunduğu, işyerinin kapatılması ifadesinin metinden çıkarılarak “*işi durdurma kararı işyerinin bir bölümünü veya tamamını kapsayabilir denilerek bu hususun yeniden*” ifade edildiğine vurgu yapılmıştır<sup>21</sup>.

İş Kanunu'nun 79. maddesinin 7. fıkrasına dayanarak yürürlüğe konulan İşyerlerinde İşin Durdurulmasına veya İşyerlerinin Kapatılmasına Dair Yönetmelik<sup>22</sup> ise 6331 sayılı Kanun'a dayalı olarak yürürlüğe koyulan İşyerlerinde İşin Durdurulmasına Dair Yönetmelik ile yürürlükten kaldırılmıştır (İDY m. 14). Mülga Yönetmelik hükümleri yalnızca Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanı tarafından yürütülmüşken (mülga İDKY m. 20) yürürlükteki İşyerlerinde İşin Durdurulması Yönetmeliği'nin yürürlüğe girdiği hâlinde Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanı ile İçişleri Bakanı tarafından birlikte yürütüleceği düzenlenmişti (İDY m. 16/1). Ancak İşyerlerinde İşin Durdurulmasına Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

<sup>18</sup> Yürürlüğe Koyan Bakanlar Kurulu Kararı 26.04.1987, 87/11798, (R.G. 14.6.1987, 19487).

<sup>19</sup> İşyerlerinde İşin Durdurulmasına veya İşyerlerinin Kapatılmasına Dair Tüzüğün Yürürlükten Kaldırılması Hakkında Tüzük (R.G. 28.4.2006, 26152)

<sup>20</sup> R.G. 10.6.2003, 25134.

<sup>21</sup> TBMM, <<https://www.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0605.pdf>> Erişim Tarihi 25 Şubat 2022.

<sup>22</sup> R.G. 05.03.2004, 25393.

ile bu yetki tekrar Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na verilmiştir (İDYDY m. 7/1)<sup>23</sup>.

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 25. maddesinin birinci ve yedinci fıkrası ile bu Kanun'a dayanılarak yürürlüğe koyulan İşyerlerinde İşin Durdurulmasına Dair Yönetmelik'in 7. maddesinde işin durdurulabileceği hâller düzenlenmiştir. Bu durumlardan biri veya birkaçı ile karşılaşılması durumunda iş müfettişleri tarafından oluşan bir heyet tarafından iş durdurulabilecektir.

### A. İşyerindeki Çalışma Yöntem ve Şekillerinde veya İş Ekipmanlarında Çalışanlar İçin Hayati Tehlike Oluşturan Bir Hususun Tespiti

İşyerlerinde işin kısmen veya tamamen durdurulmasının mümkün olduğu ilk hâl, işyerindeki bina ve eklentilerde, çalışma yöntem ve şekillerinde veya iş ekipmanlarında çalışanlar için hayati tehlike oluşturan bir hususun varlığıdır. Böyle bir hayati tehlike tespit edildiğinde; bu tehlike giderilinceye kadar, hayati tehlikenin niteliği ve bu tehlikeden doğabilecek riskin etkileyebileceği alan ile çalışanlar göz önünde bulundurularak işyerinin bir bölümünde veya tamamında iş durdurulur. (İSGK m. 25/1 & İDY m. 7/1) Örneğin; iskelenin güvenli olmadığı bir çatıda iş yapılması, çalışma şekli açısından tehlike arz edecektir<sup>24</sup>. Burada işin durdurulmasında dikkate alınan yürütülen iş olduğu için tehlikenin işverenin kendi işçisinin, geçici iş sözleşmesi ile çalışan işçinin<sup>25</sup> veya alt işveren işçisinin çalışma alanında olması farklılık arz etmeyecektir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun yürürlükten kaldırılan 79. maddesinde<sup>26</sup> “*bir işyerinin tesis ve tertiplerinde, çalışma yöntem ve şekillerinde, makine ve*

<sup>23</sup> R.G. 11.02.2016, 29621.

**MADDE 7 – Aynı Yönetmeliğin 16 ncı maddesinin birinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.**

“(1) Bu Yönetmelik hükümlerini Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanı yürütür.”

<sup>24</sup> United Kingdom Health and Safety Executive, *When a Health and Inspector Calls, What to Expect When We Visit Your Business*, 08/2017, <<https://www.hse.gov.uk/pubns/hsc14.pdf>> Erişim Tarihi 9 Mart 2021.

<sup>25</sup> Canan Erdoğan, “Geçici İş İlişkisinde İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Önlemleri Alma Yükümlülüğü”, *Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (2), 2017, s. 151.

<sup>26</sup> İş Kanunu'nun 79. maddesinde yer verilen işin durdurulmasına ilişkin düzenleme hakkında geniş bilgi için bkz. Yalçın Bostancı, “İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Yükümlülüklerini Yerine Getirmemesi ve Yaptırımları”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 12(1-2), 2004, s. 76 vd.



*cihazlarında işçilerin yaşamı için tehlikeli olan bir husus*” tespit edildiğinde bu tehlike giderilinceye kadar işin tamamen veya kısmen durdurulabileceği yahut işyerinin kapatılabileceği öngörülmüştü. Ancak gerek 4857 sayılı Kanun’da gerekse 6331 sayılı Kanun’da “hayati tehlike” ifadesi tanımlanmamıştır. Bununla birlikte “tehlike”, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nda “İşyerinde var olan ya da dışarıdan gelebilecek, çalışanı veya işyerini etkileyebilecek zarar veya hasar verme potansiyeli” olarak tanımlanmıştır (İSGK m. 3/1(p)).

Hayati tehlike kavramına ise öğretilerde birbirinden farklı değer atfedilmiştir. Bir görüşe göre hayati tehlike, çalışanların yaşamına mal olabilecek derecedeki tehlikenin varlığını<sup>27</sup> ifade etmektedir. Aksi yöndeki görüş ise hayati tehlikeyi, işyerinde var olan veya dışarıdan kaynaklı bir sebebin çalışanın ölümü ve vücut bütünlüğünün bozulması ile sonuçlanması ihtimali olarak değerlendirmiştir<sup>28</sup>. Kanaatimizce, “hayati tehlike” şartı işin durdurulması için gerekli tehlike eşliğini yükseltmektedir. Hayati tehlike arz etmese de çalışanların vücut bütünlüğünü basit tıbbi müdahale ile giderilemeyecek derecede tehlikeye atan işyerleri de madde kapsamında değerlendirilmeli ve hüküm buna uygun olarak düzenlenmelidir. Örneğin bir işyerindeki çalışma yöntemi, çalışanlar bakımından hayati tehlike arz etmese de duyu veya organ kaybı ile neticelenebilecek ve başka türlü önlenmesi mümkün olmayan bir tehlike taşıyorsa işin durdurulması için gerekli eşliği sağlayacağı kabul edilmelidir.

Öğretilerde, işin durdurulması bakımından bina ve eklentilerdeki, çalışma yöntem ve şekillerindeki, iş ekipmanlarındaki hayati tehlike taşıyan hususun yeterli olduğu ve hayati tehlikenin yakın ve ciddi nitelikte olmasının gerekmediği<sup>29</sup> ifade edilmiştir. Dolayısıyla, uzun vadede gerçekleşebilecek

<sup>27</sup> İhtar Urhanoğlu Cengiz, “İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerine Aykırı Davranışın Yaptırımı Olarak İşin Durdurulması veya İşyerinin Kapatılması”, *Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağanı*, C. II, Beta Yayınları, 2011, s. 1970.

<sup>28</sup> İbrahim Aydın, *İş Sağlığı ve Güvenliğinden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk*, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, 2021, s. 433; Sümer, *İş Sağlığı ve Güvenliği*, s. 246.

<sup>29</sup> Sarper Süzek, *İş Güvenliği Hukuku*, Savaş Yayınları, 1985, s. 1342; Süzek, *İş Hukuku*, s. 966; Haluk Hadi Sümer, “İş Sağlığı ve Güvenliği Yaptırımı Olarak İşin Durdurulması”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 12(131), 2017, s. 95; Erdem Özdemir, *İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku Dersleri*, Vedat Kitapçılık, 2020, s. 344; Çalışmaktan kaçınma hakkında farklı olarak tehlikenin acil ve yakın olmasının gerekmediği yönünde bkz. Şahin Emir, s. 185; Bir görüşe göre işin durdurulması için hayati tehlike ölçütünün yanında “ciddi ve acil” olma ölçütünün de aranması yerinde olurdu, Ali Cengiz Köseoğlu, *İşyerinin Kapanmasının İş Sözleşmelerine Etkisi*, Beta Yayınları, 2004, s. 145; Ali Cengiz Köseoğlu, “İş Sağlığı ve Güvenliği Nedeniyle İdarece İşin Durdurulması ve İşyerinin Kapatılması”, *“İş, Güç” Endüstri İlişkileri ve İnsan*

hayati tehlikelerin de bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği<sup>30</sup> belirtilmiştir. Örneğin pnömokonyoz<sup>31</sup>, slikoz<sup>32</sup>, kurşuna maruziyet gibi uzun vadede hayati tehlike oluşturabilecek mesleki risklerin varlığı durumunda da işin durdurulması yoluna gidilebileceği dile getirilmiştir<sup>33</sup>.

## **B. Çok Tehlikeli Sınıftaki Maden, Metal, Yapı İşleri İle Tehlikeli Kimyasallarla Çalışılan İşlerin Yapıldığı İşyerinde Risk Değerlendirmesinin Yapılmaması**

İşin durdurulmasını gerektiren sebeplerden bir tanesi de çok tehlikeli sınıfta yer alan maden<sup>34</sup>, metal ve yapı işleri ile tehlikeli kimyasallarla çalışılan işlerin yapıldığı veya büyük endüstriyel kazaların olabileceği işyerlerinde, risk değerlendirmesi yapılmamış olmasıdır (İSGK m. 25/1 & İDY m. 7/2). Böyle bir durumda o işyerindeki iş durdurulur.

Yönetmeliğe göre maden işleri, İşkolları Yönetmeliği’ne göre madencilik ve taş ocakları işkolunda olup, İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin İşyeri Tehlike Sınıfları Tebliği’nde<sup>35</sup> çok tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinde yapılan işlerdir (İDY m. 4/1(e)). Madencilik ve taş ocağı işkolunda yer alan işlerin hemen hemen hepsi çok tehlikeli sınıfta yer almaktadır. Buna karşın örneğin, madencilik ve taş ocağı işkolunda yer alan ve “madencilik ve taş ocakçılığını

*Kaynakları Dergisi*, 7(1), 2005, s. 20.

<sup>30</sup> Süzek, *İş Hukuku*, s. 966; Sümer, “İşin Durdurulması”, s. 95; Özdemir, *İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku Dersleri*, s. 344.

<sup>31</sup> Akciğer toz hastalığı olarak dilimize çevrilen pnömokonyoz, Tozla Mücadele Yönetmeliği’nde (R.G. 5.11.2013, 28812) akciğerlerde tozun birikmesi neticesinde ortaya çıkan doku reaksiyonu ile meydana gelen hastalık olarak tanımlanmıştır (TMY m. 4/1(h)).

<sup>32</sup> Geniş bilgi için bkz. T.C. Sağlık Bakanlığı Temel Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü’nün “Silikozis” konulu Genelgesi (Sayı: 2008/62) <<https://www.saglik.gov.tr/TR,11128/silikozis-hakkinda-genelge.html>> Erişim Tarihi 10 Mart 2022.

<sup>33</sup> Süzek, *İş Hukuku*, s. 966.

<sup>34</sup> 2017 yılında T.C. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından gerçekleştirilen “Yeraltı ve Yerüstü Maden İşyerleri ile Madencilik Dayalı Endüstriyel Tesislerde İş Sağlığı ve Güvenliği Programlı Teftişi” kapsamında; 1.318 yeraltı ve yerüstü maden işyerinde teftiş yapılmıştır. Denetim gören işyerlerinden 719’unun tüm mevzuata aykırılıklarını giderdiği ve teftiş süreci içerisinde yeni bir mevzuata aykırı husus oluşturmadan çalışmalarına devam ettiği gözlenmiştir. Teftişler kapsamında denetim görmüş işyerlerinden 48’inde işin durdurulması idari yaptırımı uygulanmıştır (işin durdurulması istenmiştir). T.C. Aile, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Hizmetler Bakanlığı *Rehberlik ve Teftiş Başkanlığı “Yeraltı ve Yerüstü Maden İşyerleri İle Madencilik Dayalı Endüstriyel Tesislerde İş Sağlığı ve Güvenliği Programlı Teftişi” Genel Değerlendirme Raporu*, Ocak 2018, Erişim Tarihi 25 Mart 2022.

<sup>35</sup> R.G. 26.12.2012, 28509.

destekleyici diğer hizmet faaliyetleri” tehlikeli sınıfta yer almaktadır.

Metal işleri, İşkolları Yönetmeliğine göre metal işkolunda olup, Tehlike Sınıfları Tebliği’nde çok tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinde yapılan işleri ifade etmektedir (İDY m. 4/1(f)). Bu işyerlerinde risk değerlendirmesi yapılmaması işin durdurulması sebebidir. Örneğin; krom, nikel, bakır, alüminyum, kurşun, çinko ve kalay madenciliği<sup>36</sup> alanında faaliyet gösterilen işyerleri İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin İşyeri Tehlike Sınıfları Tebliği’nde<sup>37</sup> çok tehlike sınıfta yer aldığı için bu nitelikteki işlerin yapıldığı işyerlerinde risk değerlendirmesi yapılmaması durumunda iş durdurulur. Buna karşın “metal yapı ve yapı parçaları imalatı”<sup>38</sup> işleri her ne kadar metal işkolunda yer alsada çok tehlikeli sınıfta yer almadığı (tehlikeli sınıfta yer almakta) için bu işyerlerinde risk değerlendirilmesi yapılmaması başlı başına işin durdurulması sebebi sayılmayacaktır.

Yapı işleri ise İşkolları Yönetmeliğine<sup>39</sup> göre inşaat işkolunda (Ek-1 Liste 13. sıra) olup, Tehlike Sınıfları Tebliği’nde çok tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinde yapılan işlerini ifade etmektedir (İDY m. 4/1(i)). Örneğin, tersane, dok ve kanal havuzu inşaatı, demir yolları ve metroların inşaatı çok tehlikeli sınıfta yer alan inşaat işleridir. Buna karşın “açık yüzme havuzlarının inşaatı” inşaat işkolunda yer almakta ise de çok tehlikeli sınıfta yer almadığı (tehlikeli sınıfta yer almakta) için bu işyerlerinde sırf risk değerlendirmesinin yapılmaması başlı başına işin durdurulması sebebi sayılmayacaktır.

Tehlikeli kimyasallarla çalışılan işler ise İşkolları Yönetmeliğine göre petrol, kimya, lastik, plastik ve ilaç işkolunda (Ek-1 Liste 4. Sıra.) olup, Tehlike Sınıfları Tebliği’nde çok tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinde yapılan işleri ifade eder (İDY m. 4/1(i)). Örneğin, patlayıcı madde imalatı çok tehlikeli sınıfta yer alan petrol, kimya, lastik, plastik ve ilaç işkolundaki işlerdendir. Buna karşın örneğin “uçucu yağların imalatı”<sup>40</sup> petrol, kimya, plastik ve ilaç işkolunda yer almakla birlikte çok tehlikeli sınıfta yer almadığı için bu işlerin yapıldığı işyerlerinde risk değerlendirmesi yapılmaması başlı başına işin durdurulması için bir gerekçe teşkil etmeyecektir.

<sup>36</sup> Sırasıyla Nace Kodları (Krom 07.29.06; Nikel 07.29.04; 07.29.03 Bakır; Kurşun, Çinko ve Kalay Madenciliği 07.29.05).

<sup>37</sup> R.G. 26.12.2012, 28509.

<sup>38</sup> Nace Kodu (25.11) (İşkolları Yönetmeliği Sınıf Kodu 25.11)

<sup>39</sup> R.G. 19.12.2012, 28502.

<sup>40</sup> Nace Kodu (20.53)

### C. Büyük Endüstriyel Kazaların Olabileceği İşyerlerinde Risk Değerlendirmesinin Yapılmaması

Risk değerlendirmesi, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu tarafından işverene getirilmiş yükümlülüklerden yalnızca bir tanesidir<sup>41</sup>. Kanun’un 10. maddesinde işverenin, iş sağlığı ve güvenliği yönünden risk değerlendirmesi yapmakla yükümlü olduğu düzenlenmiş, konuyla ilgili usul ve esaslar, İş Sağlığı ve Güvenliği Risk Değerlendirmesi Yönetmeliği<sup>42</sup> ile düzenlenmiştir.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’na göre, risk değerlendirmesi, işyerindeki mevcut veya dışarıdan gelebilecek tehlikelerin belirlenmesi, bu tehlikelerin riske dönüşmesine yol açan faktörler ile tehlikelerden kaynaklanan risklerin analiz edilerek derecelendirilmesi ve kontrol tedbirlerinin kararlaştırılması amacıyla yapılması gerekli çalışmaları ifade eder (İSGK m. 3/1(ö)). Bununla birlikte Kanun, iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanmasında bu yükümlülüğe öyle bir önem atfetmiştir ki belirli niteliklere sahip işyerlerinde sırf risk değerlendirmesi yapılmamasını işin durdurulması sebebi saymıştır.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nun işin durdurulmasını düzenleyen madde hükmünde, büyük endüstriyel kazalar olabilecek işyerlerinde, risk değerlendirmesi yapılmamış olması durumunda işin durdurulacağı düzenlenmiştir (İSGK m. 25/1). Büyük endüstriyel kaza olabilecek işyeri ise “18/8/2010 tarihli ve 27676 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Büyük Endüstriyel Kazaların Kontrolü Hakkında Yönetmelik<sup>43</sup> kapsamına giren işyerleri” olarak tanımlanmıştır. Bu yönetmelik ise mülga Büyük Endüstriyel Kazaların Önlenmesi ve Etkilerinin Azaltılması Hakkında Yönetmelik<sup>44</sup> ile yürürlükten kaldırılmıştır. Söz konusu Yönetmelik ise 2.3.2019 tarihli ve 30702 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Büyük Endüstriyel Kazaların Önlenmesi ve Etkilerinin Azaltılması Hakkında Yönetmelik<sup>45</sup> ile yürürlükten kaldırılmıştır. Dolayısıyla, büyük endüstriyel kaza tanımı son olarak yürürlüğe

<sup>41</sup> Geniş bilgi için bkz. N. Binnur Tulukcu, “İşverenin Risk Değerlendirme Yükümlülüğünün Hukuki Boyutu”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 20(1), 2014, s.711-748; Fatih Eraslan, “İş Sağlığı ve Güvenliği Hukukunda Risk Değerlendirmesi Yapma Yükümlülüğü”, *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 6-7(1-2), 2019, s. 57-115.

<sup>42</sup> R.G. 29.12.2012, 28512.

<sup>43</sup> R.G. 18.8.2010, 27676.

<sup>44</sup> R.G. 30.12.2013, 28867 (Mükerrer).

<sup>45</sup> R.G. 2.3.2019, 30702.

giren Yönetmelik hükümlerine göre yapılacaktır.

Yönetmelik'te ise büyük endüstriyel kaza, “*bu Yönetmelik kapsamındaki herhangi bir kuruluşun işletilmesi esnasında, kontrolsüz gelişmelerden kaynaklanan ve kuruluş içinde veya dışında insan ve/veya çevre sağlığı için anında veya daha sonra ciddi tehlikeye yol açabilen bir veya birden fazla tehlikeli maddenin sebep olduğu büyük bir yayılım, yangın veya patlama olayı*” olarak tanımlanmıştır (BEKÖEAHY m. 5/1(ç)).

Gerek çok tehlikeli sınıftaki maden, metal, yapı işleri ile tehlikeli kimyasallarla çalışılan işyerlerinde gerekse büyük endüstriyel kazaların yaşanabileceği işyerlerinde risk değerlendirme yükümlülüğünün yerine getirilmemiş olması işin durdurulması için yeterlidir. Dolayısıyla, risk değerlendirmesi yapılmamasından kaynaklı işyerinde hayati tehlike arz eden bir durumun varlığı işin durdurulması için ön koşul niteliğinde değildir<sup>46</sup>.

Büyük Endüstriyel Kazaların Önlenmesi ve Etkilerinin Azaltılması Hakkında Yönetmelik'te benzer bir işin durdurulması sebebi öngörülmüştür. Yönetmeliğin “İdari tedbirler ve yaptırımlar” başlıklı 19. maddesine göre, yapılan denetimlerde; üst seviyeli bir kuruluşun<sup>47</sup> güvenlik raporunun bulunmaması hâlinde Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı tarafından kuruluşun tamamında işin durdurulacağı düzenlenmiştir. (BEKÖY m. 19/1(A))

#### D. Çok Tehlikeli Sınıftaki ve İhale ile Alınan İşlerde Üretim Zorlaması

Çok tehlikeli sınıfta yer alan ve ihale ile alınan işlerde; teknolojik gelişme, iş gücü kapasitesinin artırılması, üretim metotlarında yenilik gibi bir kısım unsurlar sağlanmadan üretim ve/veya imalat planlarına, iş programlarına aykırı hareket edilerek üretim zorlaması<sup>48</sup> nedeniyle hayati

<sup>46</sup> Süzek, *İş Hukuku*, s. 966; Ömer Ekmekçi, Esra Yiğit, *Bireysel İş Hukuku Dersleri*, 3. Baskı, Onikilevha Yayınları, 2021, s. 333-334; Ömer Ekmekçi, Ayşe Köme Akpulat, Ayşe Ledün Akdeniz, *İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku*, Onikilevha Yayınları, 2021, s. 347; Şahin Emir, s. 188.

<sup>47</sup> “Üst seviyeli kuruluş”un tanımı için bkz. Yönetmelik m. 5/1(p)

<sup>48</sup> Türkiye Kömür İşletmeleri ile yüklenici firma arasında yapılan sözleşmede tuvönan üretiminin projeye uygun şekilde 1,5 milyon ton olacağı ancak yüklenicinin dilerse daha yüksek miktarda üretim yapılabileceği belirtilmiştir. Raporda ayrıca, maden sahasını kullanan ilk şirketin yıllara göre üretim miktarlarına da yer verilmiş, devir işleminden sonra yeni yüklenici Soma Kömür A.Ş.’nin 2009 yılında 230 bin ton olan üretimi 10 kattan fazla arttırarak 2010 yılında 2,6 milyon tona yükselttiği, bu rakamın 2012 yılında ise 3,8 milyon tona kadar çıktığı belirtilmiştir, Soma Maden Faciası TMMOB Raporu, Türkiye Mühendis ve Mimar Odaları Birliği, Eylül 2014, s. 26, <<https://www.tmmob.org.tr/sites/default/files/>

tehlike oluşturacak şekilde çalışma biçimleri, işin durdurulma sebebi sayılır (İSGK m. 25/7 & İDY m. 7/3). Bu düzenleme 6645 sayılı Kanun’la<sup>49</sup> 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’na eklenmiştir. Düzenlemenin yürürlüğe konulmasında, Soma’daki maden kazasının etkili olduğu görülmektedir<sup>50</sup>. Zira, söz konusu kazanın yaşanmasında üretim zorlamasının olduğu verilerle de ortaya koyulduğu gibi Yargıtay tarafından da kabul edilmiştir<sup>51</sup>. Söz konusu düzenleme İşyerlerinde İşin Durdurulmasına Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliğe<sup>52</sup> de eklenerek Yönetmelik ile Kanun arasında paralellik sağlanmıştır.

somaraporu.pdf> Erişim Tarihi 23 Mart 2022.

<sup>49</sup> R.G. 23.04.2015, 29335.

<sup>50</sup> Kamu Denetçiliği Kurumu (Ombudsmanlık), *Soma Maden Kazasından Hareketle Kömür Madenciliğinde İş Sağlığı ve Güvenliği Özel Raporu*, Aralık 2014, s. 17.

<sup>51</sup> “... 13/05/2014 tarihindeki kazanın nedenleri irdelendiğinde, en önemli sebebin üretim zorlaması olduğunun görüldüğü, üretim zorlamasının yeraltı kömür madenciliğinde gerekli hazırlık ve alt yapı çalışmaları yapılmadan yeni pano ve galerilerin açılması, galeri kesitlerinin genişletilmesi, ilave makine ve donanımın alınması gibi temel yapısal hazırlıklar tamamlanmadan ve alt yapı oluşturulmadan üretimin kısa sürede büyük oranda artırılması olarak tanımlandığı, somut olayda maden ocağının Soma Kömür İşletmeleri A.Ş.’ye devrinden sonra iki temel yaklaşımla üretim yapıldığı, ilk olarak üretim termin programında yıllık 1.500.000 ton olarak öngörülen üretimin 2-2,5 katına çıkarıldığı ve ikinci olarak emek yoğun klasik üretim sisteminden ağırlıklı olarak mekanize üretim yöntemine geçildiği, ... Sanayi Ticaret A.Ş ile TKİ arasında sözleşmenin imzalanmasından sonra 11.08.2006 tarihinde yer tesliminden başlamak üzere 210 gün hazırlık devresi süresi içinde 500.000 ton kömür üretmesi gerekirken 83.696 ton kömür üretebildiği ve devir tarihine kadar 3.875.000 ton kömür üretmesi gerekirken devir tarihi itibarıyla 852.803 ton kömür üretilmesine karşın Soma Kömür İşletmeleri A.Ş. tarafından Kasım 2009 tarihinden 2010 yılına kadar 232.200.00 ton, 2010 yılında toplam 2.599.388,640 ton, 2011 yılında 2.619.300,860, 2012 yılında 3.816.014,720 ton ve 2013 yılında ise 3.566.456,760 ton ve 2014 yılı başından 13/05/2014 tarihine kadar 1,240,189,96 ton kömür üretimi yapılarak şirketin 09/03/2017 tarihine kadar üretmek zorunda olduğu toplam kömür miktarı 14.177.226,40 ton iken kaza tarihi olan 13/05/2014 tarihine kadar üretilen toplam kömür miktarının ise 14.073.550,90 ton olduğu ( kalan miktar 73.645,46 ton kömür) ve şartnamede öngörülen süreden yaklaşık 2 yıl 10 ay kadar önce yani 4 yıl 6 ay gibi kısa bir sürede sözleşmedeki kömür üretiminin neredeyse tamamına yakınının çıkartıldığının anlaşıldığı,

...devrildiği ocağındaki yangın riskinin yüksek olduğunu bilerek ocağı havalandırmaya dair gerekli teknik alt yapıyı oluşturmadan, havalandırmaya hususunda yatırım yapmadan ve iş güvenliği önlemleri almadan, aynı havalandırma planı üzerinden salt mekanizasyona dayalı üretimde ısrar edilerek üretimin artırılmasını hedeflediği, böylece üretim zorlaması olarak adlandırılan kusurlu hareketin; bizzat sanık ... tarafından alınan karar; verilen talimat ve oluşturulan işletme politikasının sonucu olduğunun anlaşıldığı...”, Y. 12. Ceza Dairesi E. 2020/200, K. 2020/4732, 30.09.2020, Yargıtay Karar Arama, Erişim Tarihi 25.03.2022; Y. 12. Ceza Dairesi, E. 2022/1547, K. 2022/2543, 04.04.2022, Yargıtay Karar Arama, Erişim Tarihi 28.12.2022.

<sup>52</sup> R.G. 11.02.2016, 29621.

Bu hükmün uygulanabilmesi işyerinin çok tehlikeli sınıfta yer almasına ve işin ihale ile alınmasına bağlıdır. Çok tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinin Tehlike Sınıfları Tebliği'ne göre belirleneceğinde şüphe yoktur. Bununla birlikte, “ihale ile alınan işler” ile neyin kast edildiği yeterli açıklıkta değildir. Bu ifadeyi 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu<sup>53</sup>, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu<sup>54</sup>, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu<sup>55</sup> çerçevesinde alınan ihaleler özelinde değerlendirmek gerektiği belirtilmektedir<sup>56</sup>. Nitekim, Kanun tasarısına ilişkin muhalefet şerhinde, bu düzenlemenin çok tehlikeli sınıfta yer alan ve kamudan ihale ile alınan işler ile sınırlandırılmasının yerinde olmadığı belirtilmiştir. Söz konusu şerhte, kapsamın genişletilerek kamu-özel ayrımı yapılmaksızın ihale ile alınan ve üretim zorlaması bulunan tüm işlerde bu yaptırımın uygulanması gerektiği belirtilmiştir<sup>57</sup>.

## II. İŞİN DURDURULMASI

### A. İşin Durdurmaya Yetkili Makam

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda T.C. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na bağlı iş müfettişleri iş sağlığı ve güvenliği nedeniyle işin durdurulması hususunda yetkili kılınmıştır<sup>58</sup>. İş Teftişi Yönetmeliği'nin<sup>59</sup> iş teftişinde müfettişlerin görev, yetki ve sorumluluklarını düzenleyen madde hükmünde de iş müfettişlerinin işin durdurulmasına ilişkin işlemleri yapmakla görevli ve yetkili olduğu belirtilmiştir (m. 6/1(g)).

Ülkemiz tarafından da onaylanarak iç hukukumuzun bir parçası haline

<sup>53</sup> R.G. 22.01.2002, 24648.

<sup>54</sup> R.G. 22.01.2002, 24648.

<sup>55</sup> R.G. 10.9.1983, 18161.

<sup>56</sup> Doğukan Eker, *İş Sağlığı ve Güvenliğinde Kamusal Yaptırımlar*, Onikilevha Yayınları, 2021, s. 179.

<sup>57</sup> Kanun tasarısı ve tasarıya ilişkin muhalefet şerhi için bkz. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanun ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı, s. 209 vd. <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss687.pdf> s. 209.

<sup>58</sup> KKTC'de ise İş Sağlığı ve Güvenliği Yasası'nın 34. maddesinde işin çalışanların hayatı için tehlike arz eden bir durumun saptanması halinde Çalışma Dairesi tarafından işin tamamen veya kısmen durdurulabileceği veya işyerinin kapatılabileceği öngörülmüştür. Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti İşin Kısmen veya Tamamen Durdurulmasına İlişkin Hususlar Tüzüğü için bkz. KKTC Çalışma Dairesi Müdürlüğü, <[http://calisma.gov.ct.tr/Portals/39/A\\_E\\_%2073%2030\\_01\\_2020%20%20ISIN%20KISMEN%20VEYA%20TAMAMEN%20DURDURULMASINA%20ILISKIN%20HUSUSLAR%20TUZUGU.pdf](http://calisma.gov.ct.tr/Portals/39/A_E_%2073%2030_01_2020%20%20ISIN%20KISMEN%20VEYA%20TAMAMEN%20DURDURULMASINA%20ILISKIN%20HUSUSLAR%20TUZUGU.pdf)> Erişim Tarihi 12 Mart 2022.

<sup>59</sup> R.G. 19.04.2022, 31814.

gelen 81 sayılı Sanayi ve Ticarete İş Teftişi Hakkındaki Milletlerarası Çalışma Sözleşmesi'nin<sup>60</sup> 13. maddesinde de işyerlerinde işçilerin sağlık ve güvenliği bakımından tehlike teşkil eden bir durum olduğunda gerekli tedbirlerin alınması için iş müfettişlerine yetki verileceği düzenlenmiştir.

İşyerlerini iş sağlığı ve güvenliği bakımından teftişe yetkili iş müfettişi işyerinde işin durdurulmasını gerektiren bir sebeple karşılaştığında, durumu belirten bir rapor düzenler. Rapor, en geç tespit yapıldığı tarihin ertesi günü ilgili heyete verilmek üzere Kurul Başkanlığına gönderilir. İş müfettişi düzenlediği raporda, durdurmayı gerektiren hususların neler olduğuna, alınması gereken tedbirlerin niteliğine ve yapılması gereken diğer iş ve işlemlere ayrıntılı bir şekilde yer verir (İDY m. 7/3). Sonrasında, iş sağlığı ve güvenliği bakımından teftişe yetkili 3 iş müfettişinden oluşan heyet, iş sağlığı ve güvenliği bakımından teftişe yetkili iş müfettişinin tespiti üzerine gerekli incelemeleri yaparak, tespit tarihinden itibaren 2 gün içerisinde işin durdurulmasına karar verebilir (İSGK m. 25/2).

### 1. İşyeri Hekimlerinin İşin Durdurulmasını Talep Yetkisi

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun işvereni sorumlu kıldığı yükümlülüklerden bir tanesi de işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanı çalıştırmaktır (İSGK m. 6/1(a)). Bu kişiler, Bakanlık tarafından yetkilendirilen ve işyeri hekimliği belgesine sahip olan uzmanlardır. İşyeri hekimlerinin görev, yetki, sorumluluklarına ilişkin hükümler İşyeri Hekimi ve Diğer Sağlık Personelinin Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmelik'te<sup>61</sup> düzenlenmiştir.

Yönetmelik'te işyeri hekiminin yetkileri arasında “İşyerinde belirlediği hayati tehlikenin ciddi ve önlenemez olması ve bu hususun acil müdahale gerektirmesi halinde işin durdurulması için işverene başvurmak” sayılmış ve aynı zamanda bir yükümlülük olarak düzenlenmiştir (m. 10/1(b)). Nitekim, işyeri hekimleri, acil durdurma gerektiren ve yangın, patlama, göçme, kimyasal sızıntı gibi hayati tehlike arz eden durumları işverene yazılı olarak bildirmesine rağmen söz konusu tedbirler belirlenecek makul bir süre içinde yerine getirilmezse bu durumu çalışma ve iş kurumu il müdürlüğüne yazılı olarak bildirmekle yükümlü kılınmıştır (İHDSPY m. 11/3). Buna karşın

<sup>60</sup> Kanun Tarih ve Sayısı: 13.12.1950, 5690; R.G. 22.12.1950, 17689. International Labour Organization, <[https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS\\_377260/lang--tr/index.htm](https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377260/lang--tr/index.htm)> Erişim Tarihi 10 Mart 2021.

<sup>61</sup> R.G. 20.7.2013, 28713.

mülga İşyeri Hekimlerinin Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmelik'te<sup>62</sup> “İşyerinde belirlediği yakın ve hayati tehlike oluşturan hususun acil müdahale gerektirmesi halinde işveren veya işveren vekilinin onayını almak kaydıyla” işyeri hekimlerinin işi geçici olarak durdurma yetkisi bulunmaktaydı (m. 16/1). Öğretide de işyeri hekiminin mesleki bağımsızlığının sağlanabilmesi için bu kişilere işi durdurma yetkisinin verilmesi gerektiği belirtilmiştir<sup>63</sup>. Ancak bizim de katıldığımız ve aşağıda iş güvenliği uzmanları bakımından yapılan değerlendirmede gerekçeli olarak açıkladığımız üzere, işyeri hekimlerine bu yetkinin verilmemesi daha isabetlidir.

## 2. İş Güvenliği Uzmanlarının İşin Durdurulmasını Talep Yetkisi

İş Güvenliği Uzmanlarının Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmelik'te<sup>64</sup> iş güvenliği uzmanlarının “işyerinde belirlediği hayati tehlikenin ciddi ve önlenemez olması ve bu hususun acil müdahale gerektirmesi” hâlinde işin durdurulması amacıyla işverene başvuruda bulunma yetkisi verilmiştir (İGUY m. 10/1(b)). Nitekim, iş güvenliği uzmanları, işyeri hekimlerinde olduğu gibi acil durdurma gerektiren ve yangın, patlama, göçme, kimyasal sızıntı gibi hayati tehlike arz eden durumları işverene yazılı olarak bildirmesine rağmen söz konusu tedbirler belirlenecek makul bir süre içinde yerine getirilmezse bu durumu çalışma ve iş kurumu il müdürlüğüne yazılı olarak bildirmekle yükümlü kılınmıştır (İGUY m. 11/3). Buna karşın mülga İş Güvenliği Uzmanlarının Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmelik'te<sup>65</sup> iş güvenliği uzmanına “işyerinde belirlediği yakın ve hayati tehlike oluşturan bir hususun acil müdahale gerektirmesi halinde işveren veya işveren vekilinin onayını almak kaydıyla” geçici olarak işi durdurma yetkisi verilmiştir (m. 8/1).

Soma maden faciasına ilişkin görülen ceza davalarının temyiz incelemesi neticesinde verilen bir kararın muhalefet şerhinde belirtildiği üzere “iş güvenlik uzmanlarının maden ocağının tamamını doğrudan üretime kapatmak veya durdurmak hususunda icrai yetkilerinin bulunmadığı ancak iş yerinde

belirlediği hayati tehlikenin ciddi ve önlenemez olması ve bu hususun acil müdahale gerektirmesi halinde işin durdurulması için işverene başvurmak yetkisi”<sup>66</sup> bulunmaktadır. Buna karşın öğretide gerek işyeri hekimi gerekse iş güvenliği uzmanlarına işverenin onayı aranmaksızın işi durdurma yetkisinin verilmesinin uygun olacağını ifade eden bir görüş bulunmaktadır<sup>67</sup>. Aksi yöndeki görüşe göre ise işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanlarının “danışman” niteliğinde olması daha yerinde olup bu kişilerin icrai bir konuma getirilmemesi daha uygun olacaktır<sup>68</sup>. Zira işin durdurulması yetkisinin bu kişilere verilmesi, işverenin iş sağlığı ve güvenliği hukukundan doğan yükümlülüklerinin iş güvenliği uzmanı ve işyeri hekimine bırakılması anlamına gelecektir<sup>69</sup>.

Kanaatimizce de gerek işyeri hekimleri gerekse iş güvenliği uzmanlarına işi durdurma yetkisi vermeyen mevcut düzenleme daha yerindedir. Öncelikle belirtelim ki acil müdahale gerektiren bir hayati tehlikenin varlığı durumunda hem işyeri hekimlerine hem de iş güvenliği uzmanlarına işin durdurulması için işverene başvuruda bulunma yetkisi verilmiştir. Mülga Yönetmeliklerde ise iş güvenliği uzmanı ve işyeri hekimleri ancak işveren veya işveren vekillerinin onayı ile işi durdurma yetkisine sahipti. Yani, işveren veya işveren vekilinin onayı olmaksızın işin durdurulması zaten mümkün değildi. Dolayısıyla, mevcut düzenlemenin işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanlarına işin durdurulması yetkisi veren düzenlemeden geride kaldığı söylenemez.

Bir başka husus, işyeri hekimleri ve iş güvenliği uzmanlarının görevi,

<sup>66</sup> “...2011 yılında üretime alınan S panosuna ana yola paralel ikinci bir hava yolu bulunmaması nedeniyle üretim artışı ve havalandırma yetersizliği olacağı ve yüksek risk oluşturacağı açık olduğu halde Haziran 2011 tarihli Ek Revize Uygulama projesi ile ikinci bir hava yolu oluşturulmadan üretim yapılmasının havalandırmayı riskli hale getirdiği, eski imalatların gerektiği gibi izole edilmediği ve sürekli takibinin yapılmasını sağlayacak mekanizmanın kurulmadığı, topukların hava ile temas eden kısımlarının kesonlanmadığı, topukları güçlendirmek için beton kullanılmadığı, acil durumlarda yer altında çalışan tüm personeli uyarabilecek bir merkezi alarm sisteminin bulunmadığı, yer altı haberleşme sisteminin üretim panolarını besleyen enerji kaynağından bağımsız olarak tesis edilmediği, olayın meydana gelmesine ve gelişip yayılmasına sebebiyet veren tüm bu eksiklikler ve tehlikeye rağmen işin durdurulmasını işverenden talep etmedikleri ve görevlerini ve sorumluluklarını gerektiği gibi yerine getirmediği, Saptanmıştır”. Y. 12. Ceza Dairesi E. 2021/744, K. 2021/307, 18.01.2021, Yargıtay Karar Arama, Erişim Tarihi 26.02.2022.

<sup>67</sup> Gaye Baycık, “Yeni Düzenlemeler Açısından İnşaat İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülükleri”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 60(2), 2011, s. 248.

<sup>68</sup> Erdem Özdemir, *İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku*, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014, s. 214; Erdem Özdemir, “İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun Temel Esasları”, *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2015 Yılı Toplantıları*, İstanbul Barosu Yayınları, 2016, s. 62.

<sup>69</sup> Özdemir, *İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku*, s. 214.

<sup>62</sup> R.G. 27.11.2010, 27768.

<sup>63</sup> Aydın Başbuğ, “İşyeri Hekimini İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Organizasyonundaki Yeri ve İşçi Sağlığı ve İş Güvenliğinin Gerçekleştirilmesindeki Rolü”, *Uluslararası ve Ulusal Hukuk Sisteminde İşyeri Hekimliği Sempozyumu*, 24 Mayıs 2003, Türk Tabipleri Birliği Yayınları, 2003, s. 97.

<sup>64</sup> R.G. 29.12.2012, 28512.

<sup>65</sup> R.G. 27.11.2010, 27768.

iş teftişinde bulunmak ve neticesinde işin durdurulmasına karar vermek değildir. Kaldı ki, işyeri hekimleri ile iş güvenliği uzmanlarına işverenin onayı aranmaksızın işi durdurma yetkisinin verilmesi durumunda, bu kişilerin işin durdurulması hususunda inisiyatif alabilmesi oldukça zordur<sup>70</sup>. Zira, iş güvenliği uzmanı veya işyeri hekiminin o işyerinde çalışan bir işçi olması veya işverenin hizmet aldığı Ortak Sağlık ve Güvenlik Birimi'nin işçisi olması muhtemeldir<sup>71</sup>. Yani, dışarıdan hizmet alınan bir işletmenin işçisi dahi olsa, ekonomik endişeler işin durdurulması kararının alınmasını güç kılacaktır. Kaldı ki, böyle bir kararın alınabildiği varsayımında, muhtemeldir ki kararın uygulanması ancak kolluk kuvvetleri vasıtasıyla sağlanabilecektir. Tüm bu gerekçeler göz önünde bulundurulduğunda işin durdurulması yetkisinin iş teftişi yapan heyette kalması yerinde olacaktır.

### B. Heyetin Oluşturulması ve Heyetin Karar Alması

İşyerinde işin bir bölümünü veya tamamını durdurma kararı vermeye yetkili heyet, üç müfettişten oluşur<sup>72</sup>. Heyet, T.C. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Teftiş Kurulu Başkanlığı<sup>73</sup> tarafından oluşturulur. Başkanlık birden fazla heyet de oluşturabilir (İDY m. 5/1). Mülga 1475 sayılı İş Kanunu'nda

<sup>70</sup> Selmin Burcu Öztekin, "İş Sağlığı ve Güvenliği İle İlgili Yükümlülükler Aykırılık Durumunda İşin Durdurulması", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (133), 2017, s. 663.

<sup>71</sup> İşverenin iş güvenliği uzmanı ve işyeri hekimi istihdam etme yükümlülüğü bulunmakla birlikte, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ve bu Kanun'a dayanılarak yürürlüğe konulan İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetleri Yönetmeliği'ne (R.G. 29.12.2012, 28512) göre, işyerinde gerekli nitelikte personel bulunmaması durumunda bu yükümlülük ortak sağlık ve güvenlik birimlerinden hizmet alınarak yerine getirilebilir. (İSGK m. 6/1(a) & Yön. m. 5/2)

<sup>72</sup> İşin durdurulması kararının iş mahkemesi veya müfettişler dışında oluşturulacak bir heyet tarafından verilmemesini endişeyle karşılayan görüş için bkz. Ufuk Aydın, "İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Tasarısı Üzerine", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, (26), 2012, s. 16-17; Buna karşın Süzek 1985 yılında yazdığı İş Güvenliği Hukuku isimli eserinde iş mahkemesinden iş müfettişleri, işçi ve işveren temsilcisinden oluşan heyetin iş durdurma kararı alabilmesini daha isabetli bulmuştur. Buna gerekçe olarak ise işin durdurulmasını gerektiren durumun mahkeme kararının beklenmemesini gerektirecek kadar acil oluşu ile işçi temsilcisi, işveren temsilcisi ile iş müfettişlerinden oluşan heyetin işyeri koşullarını daha yakından tanınması gösterilmiştir. Süzek, *İş Güvenliği Hukuku*, s. 281; Centel ise işi durdurma kararı iptal edildiğinde iş müfettişlerinin bu kararı nedeniyle sorumluluğu söz konusu olamayacağı için işçi ve işveren temsilcilerinin de yer aldığı bir heyet işi durdurma yetkisine sahip olmalıdır, zira bu aynı zamanda işçilerin işyerinin yönetimine katılması ilkesinin de bir gereğidir. Tankut Centel, "3.4.2012 Tarihli "İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Tasarısı"nda İş Sağlığı ve Güvenliği Denetim Sistemi ve Yaptırımlar", *İş Sağlığı ve Güvenliği Kanun Tasarısı Semineri*, Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu, 2012, s. 60.

<sup>73</sup> İş Teftiş Kurulu Başkanlığı'nın ismi Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında 1 Numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 78'inci maddesi ile "Rehberlik ve Teftiş Başkanlığı" olarak değiştirilmiştir (R.G. 10.07.2018, 30474).

da heyetin üç kişiden oluşacağı düzenlenmekle birlikte heyette bir işveren ve işçi temsilcisi ile iş güvenliğini teftişe yetkili bir müfettişin bulunması gerekmektedir (İş K. m. 75). 4857 sayılı İş Kanunu'nun yürürlükten kaldırılan 79. maddesinde ise heyette yer alacak kişi sayısı beşe çıkartılmış ve heyette yer alacak kişiler arasında Bölge Müdürü ile bir iş müfettişi eklenmişti. Yani, 4857 sayılı İş Kanunu gereği işin durdurulması kararı iş sağlığı ve güvenliği bakımından işyerlerini denetlemeye yetkili iki müfettiş, bir işçi ve bir işveren temsilcisi ile Bölge Müdüründen oluşan 5 kişilik bir komisyon kararıyla alınabiliyordu (İş Kanunu m. 79 & İDKY m. 5/1). 6331 sayılı Kanun ise heyette yer alan kişi sayısını -1475 sayılı Kanun'da olduğu gibi- 3 ile sınırlamış ancak heyetteki tüm üyelerin iş müfettişlerinden oluşması gerektiğini düzenlemiştir. Buna karşın işçi ve işveren temsilcilerinin işin durdurulması kararını almaya yetkili komisyondan çıkarılması öğretilerinde eleştirilmiştir<sup>74</sup>. Bu hususta, komisyonda çalışan temsilcisinin de yer alması öngörülebilecekse bu kişilerin iş sözleşmesinin sona erdirilmesi korkusu yaşamaksızın görevlerini ifa edebilmesi için iş güvencesine ilişkin hükümlerden yararlanması gerektiği<sup>75</sup> ifade edilmiştir.

İş Teftiş Kurulu Başkanlığı, heyette yer alacak müfettişlerin yanı sıra heyete başkanlık edecek kişiyi de belirlemekle yetkili kılınmıştır. Belirtelim ki söz konusu heyette, işin durdurulmasını teklif eden (işin durdurulması için rapor hazırlayan) müfettişin yer alması mümkün<sup>76</sup> olmakla birlikte böyle bir zorunluluk öngörülmemiştir<sup>77</sup>. Bu hususta 1475 sayılı İş Kanunu, iş güvenliğini teftişe yetkili müfettişin her toplantıya katılmasının şart olduğunu öngörmüştü. Halbuki, gerek 4857 sayılı gerekse 6331 sayılı Kanun'da böyle bir zorunluluğa yer verilmemiştir. Dolayısıyla, işin durdurulmasını talep eden müfettişin 3 kişilik heyette yer alması gerekmektedir.

<sup>74</sup> Nurşen Caniklioğlu, "6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda Öngörülen İşveren Yükümlülükleri", *Çalışma Mevzuatı Seminer Notları*, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, 26-30 Eylül 2012, s. 80; Gaye Baycık, "Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Haklarında Yeni Düzenlemeler", *Ankara Barosu Dergisi*, (3), 2013, s. 125; Vedat Laçiner, *İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku: Teknik ve Tıbbi İş Güvenliğinin Hukuksal Boyutu*, İdeal Kültür Yayıncılık, 2013, s. 69.

<sup>75</sup> Gizem Sarıbay Öztürk, *İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerinin Yerine Getirilmemesinin Hukuki, İdari ve Cezai Sonuçları*, Beta Yayınları, 2015, s. 273.

<sup>76</sup> Arif Temir, *(Açıklamalı ve Uygulamalı) İş Sağlığı ve Güvenliği*, Yaklaşım Yayıncılık, 2014, s. 141; Akyiğit'e göre işin durdurulmasını teklif eden müfettişin heyette yer alması zorunludur, Ercan Akyiğit, *İçtihatlı ve Açıklamalı İş Kanunu Şerhi*, 2. Cilt, Madde 32-120, Seçkin Yayınları, 2008, s. 2103.

<sup>77</sup> Sarıbay Öztürk, s. 272.

Heyet, kendisine intikal eden raporlar üzerinde gerekli incelemeyi yapar ve kararını, müfettişin tespit tarihinden itibaren 2 gün içerisinde verir. Kararlar oy çokluğuyla<sup>78</sup> alınır ve heyetçe imzalanır (İDY m. 6/1). Heyet, müfettişin raporda belirttiği hususlara katılmıyor ise kararını, gerekçeli olarak yazar (İDY m. 6/2). Heyet, gerekli görüldüğü takdirde, karara konu işyerinde inceleme yapabilir (İDY m. 6/3).

İşyerlerinde İşin Durdurulmasına Dair Yönetmeliğe göre heyet yalnızca işin durdurulması kararının alınmasında değil “işyerinin açılmasına yönelik taleplere ilişkin düzenlenen raporlar ile işverenin mühürlerin geçici olarak sökülmesi taleplerinin değerlendirilmesi”nde de yetkilidir (İDY m. 6/4).

### C. Durdurma Kararının Alınması

#### 1. Acil Olmayan Durumlarda Durdurma Kararının Alınması

İşyerlerini iş sağlığı ve güvenliği bakımından teftişe yetkili iş müfettişi işyerinde işin durdurulmasını gerektiren bir sebeple karşılaşıldığında, durumu belirten idari bir tedbir raporu düzenler. İdari tedbir raporu, iş müfettişinin düzenlemeye yetkili olduğu rapor türlerinden yalnızca bir tanesidir. T.C. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Teftiş Kurulu Yönetmeliği'ne göre işin durdurulması işlemi bu rapor üzerinden yürütülür (BİTKY m. 47/3). Bu husus, İş Teftişi Hakkında Yönetmelik'te de vurgulanmıştır (İTY m. 12).

İş teftişi rapor türleri programlı teftiş raporu<sup>79</sup>, inceleme teftiş raporu<sup>80</sup>, idari tedbir raporu ve araştırma raporundan oluşmaktadır<sup>81</sup>. T.C. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Teftiş Kurulu Yönetmeliği'ne<sup>82</sup> göre idari tedbir raporu, “bir işyerinin tesis ve tertiplerinde, çalışma yöntem ve şekillerinde, makine ve cihazlarında işçilerin<sup>83</sup>” hayatı açısından tehlikeli bir husus tespit

<sup>78</sup> Bu durumu eleştiri ile karşılayan görüş için bkz. Akyiğit, s. 2104.

<sup>79</sup> “Programlı teftişler kapsamında gerçekleştirilen teftişler sonucunda düzenlenen rapordur” (BİTKY m. 47/1).

<sup>80</sup> “Programlı teftiş kapsamı dışında, çalışma mevzuatı ile ilgili işyerlerinde gerçekleştirilen teftişler sonucu düzenlenen rapordur” (BİTKY m. 47/2).

<sup>81</sup> “Programlı teftişler ile program dışı teftişlerin hazırlanması aşamasında gerek görülmesi halinde, belirli bir sektör ya da alanın sorunlarının belirlenmesi amacıyla veya Başkanın gerek gördüğü diğer konularda, Başkanın talimatıyla yürütülen araştırma faaliyetleri sonucunda düzenlenen rapordur” (BİTKY m. 47/4).

<sup>82</sup> R.G. 31.10.2012, 28453.

<sup>83</sup> Teftiş Kurulu Yönetmeliği, idari tedbir raporunu tanımlarken hatalı bir şekilde işçilerin yaşamı için tehlikeli bir hususun varlığından söz etmişse de bu ifade İş Sağlığı ve Güvenliği

edilmesi durumunda, işyerlerinde işin durdurulmasına ilişkin ilgili Yönetmelik gereği işlem yapılmak üzere, işin durdurulmasına gerekçe olan mevzuata aykırılıkları içeren rapordur (BİTKY m. 47/3).

İş müfettişi tarafından düzenlenen idari tedbir raporu en geç tespit tarihinden itibaren 2 gün içerisinde ilgili heyete verilmek üzere Kurul Başkanlığına gönderilir. İş müfettişi idari tedbir raporunda, işin durdurulmasını gerektiren nedenlere, bu nedenlere karşı alınabilecek tedbirlere ve yapılması gereken diğer iş ve işlemlere ayrıntılı olarak yer verir (İDY m. 7/3).

İş müfettişi, İş Teftişi Hakkında Yönetmelik'te<sup>84</sup> kendisine verilen yetkiler kapsamında teftiş sırasında gerekli gördüğü kişilerin örneğin o işyerinde çalışan işyeri hekiminin, iş güvenliği uzmanının veya hayati tehlike taşıyan departmanda çalışan işçilerin bilgisine başvurabilir. Ayrıca müfettiş, delil teşkil etmek üzere işyerinden toz, buhar, duman gibi örnekler de alabileceği gibi hayati tehlikeyi görüntüleyen fotoğraf ve video çekimi de yapabilir<sup>85</sup>.

İş müfettişinin işin durdurulmasını talebi üzerine heyet, işin durdurulması yönünde karar verirse, karar ilgili valiliğe ve işyeri dosyasının bulunduğu il müdürlüğüne – bir gün içinde- gönderilir. Buna karşın işin durdurulmaması yönünde karar çıkması durumunda rapor işleme konmaz ve Kurul Başkanlığına iletilir.

İş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerine aykırı davranılması durumunda işin durdurulması mümkün iken işyerinin kapatılması mümkün değildir<sup>86</sup>. Bununla birlikte, gösterdiği etki bakımından işin tamamen durdurulmasının işyerinin kapatılmasından farklı olmadığını ifade eden bir görüş bulunmaktadır<sup>87</sup>. Halbuki, işin durdurulması kararı kaldırılan bir işyeri,

Kanunu'na aykırıdır. Zira, Kanun'da işin durdurulmasını düzenleyen hükümde “çalışanlar” için hayatı tehlike arz eden bir durumun varlığından söz edilmiştir. Bu sebeple, Teftiş Kurulu Yönetmeliği'nde yer alan “işçiler” ifadesi “çalışanlar” olarak değiştirilmelidir.

<sup>84</sup> R.G. 19.4.2022, 31814.

<sup>85</sup> İş Teftişi Hakkında Yönetmelik m. 6/1(e) & Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Teftiş Kurulu Yönetmeliği m. 11/1(e).

<sup>86</sup> Sarıbay Öztürk, s. 264; 6331 sayılı Kanun ile getirilen düzenlemeden önce kapatma yaptırımının yerine durdurma yaptırımının tercih edilmesi gerektiği belirtilmekteydi, Sarper Süzek, “İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Konusunda Somut Çözüm Önerileri”, *Kamu İş – İş Hukuku ve İktisat Dergisi*, Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, 5(3), 2000, s. 322, <<https://www.tuhis.org.tr/pdf/5319.pdf>> Erişim Tarihi 26 Şubat 2022.

<sup>87</sup> İlknur Kılıç, “İş Sağlığı ve Güvenliğinde Yeni Dönem: 6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu”, *İş Güç Endüstri İlişkileri ve İnsan Kaynakları Dergisi*, 15(1), 2013, s. 34

işyeri açma ve çalışma ruhsatı alınmasına gerek olmaksızın faaliyetine devam ederken kapatılan bir işyerinin faaliyetine devam edilebilmesi, yeniden işyeri açma ve çalışma ruhsatı alınmasına bağlıdır. Zira, İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına İlişkin Yönetmelik<sup>88</sup> gereği yetkili idarelerden usulüne uygun olarak işyeri açma ve çalışma ruhsatı alınmadan işyeri açılmaz ve çalıştırılmaz (Yön. m. 6/1). Kaldı ki, mevzuatta yer alan muhtelif düzenlemeler, birtakım işyerlerinin faaliyette bulunabilmesi için işyeri açma ve çalışma ruhsatının yanı sıra belirli kuruluşlardan lisans, ruhsat veya izin alınmasını da şart koşmuştur. Örneğin, Sıvılaştırılmış Petrol Gazları (LPG) Piyasası Kanunu ve Elektrik Piyasası Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 3. maddesinde<sup>89</sup> LPG tesisi işletecek olanların Enerji Piyasası Düzenleme Kurumundan lisans alması gerektiği, Millî Eğitim Bakanlığı Özel Öğretim Kurumları Yönetmeliği'nin<sup>90</sup> 5. maddesinde ise özel öğretim kurumları bakımından Millî Eğitim Bakanlığı'ndan kurum açma izni alınması gerektiği düzenlenmiştir. Sonuç olarak bir işyerinin kapatılması ile o işyerinde yürütülen işin tamamen durdurulmasının gösterdiği etkinin farklı olmadığını söylemek mümkün değildir.

## 2. Acil Durumlarda Durdurma Kararı Alınması

Çalışanların hayatı için tehlikeli olan husus, işin durdurulması kararının alınmasına kadar geçecek süre beklenmeden tedbir alınmasını gerektirecek nitelikte bulunması veya Yönetmelik Ek-1 sayılı listede yer alan maden işyerlerinde acil durdurmayı gerektiren durumlara ilişkin olarak belirtilen hususların varlığının tespiti halinde teftişi yapan müfettiş Kurul Başkanlığına derhal bildirerek, heyet tarafından karar alınıncaya kadar geçerli olmak kaydıyla işin durdurulmasını ilgili mülki idare amirinden talep eder (İSGK m. 25/2). Mülki idare amiri illerde valiyi; büyükşehirler dahil ilçelerde kaymakamı ifade etmektedir (İDY m. 4/1(ğ)).

Acil durum, İşyerlerinde İşin Durdurulmasına Dair Yönetmelik'te tanımlanmamıştır. Bununla birlikte, İşyerlerinde Acil Durumlar Hakkında Yönetmelik'te<sup>91</sup> acil durum “işyerinin tamamında veya bir kısmında meydana gelebilecek veya işyerini dışarıdan etkileyebilecek yangın, patlama, tehlikeli kimyasal maddelerden kaynaklanan yayılım, zehirlenme, salgın hastalık,

radioaktif sızıntı, sabotaj ve doğal afet gibi ivedilikle müdahale gerektiren olaylar” olarak tanımlanmıştır.

Müfettiş, işin acil durdurmayı gerektiren bir durumla karşılaştığında durdurmaya gerekçe olan hususlar ile alınması gereken tedbirlerin niteliğini, işyerinin fiziki ve teknik özellikleri ile yapılan işin niteliği doğrultusunda mühürlemenin usul ve esaslarını belirten idari bir tedbir rapor düzenler (İDY m. 11/1). Raporun birer örneği en geç teftiş tarihini takip eden gün içerisinde ilgili mülki idare amirine verilir ve Kurul Başkanlığına gönderilir. Mülki idare amirince kolluk kuvvetleri marifetiyle iş aynı gün, raporda belirtildiği şekilde, heyet tarafından karar alınıncaya kadar geçici olarak durdurulur.

Öğretide hayati tehlike arz eden durumlar ile acil müdahaleyi gerektiren durumlar arasında ayırım gözetilerek acil durdurmayı gerektiren durumlar için yalnızca bir iş müfettişine işin durdurulması yetkisinin verilmesi her hayati tehlike oluşturan durumun aynı zamanda acil durdurmayı gerektiren bir durum olduğu eleştirilmiştir<sup>92</sup>. Bu görüşe dayanak olarak ise her hayati tehlike oluşturan durumun aynı zamanda acil durdurmayı gerektiren bir durum olduğu ifade edilmiştir<sup>93</sup>.

Manisa'nın Soma İlçesi'nde yaşanan maden kazası sonrası mevzuatta maden işyerlerine ilişkin birçok düzenleme yapılmıştır. Bu düzenlemelerden bir tanesi de iş sağlığı ve güvenliği bakımından tehlike arz eden bazı durumların işin durdurulması sebebi olarak eklenmesidir. İşyerlerinde İşin Durdurulmasına Dair Yönetmelik'in “İşin Acil Durdurulmasını Gerektiren Durumlar” başlıklı ekinde (Ek-1) maden işyerlerinde işin acilen durdurulmasını gerektiren üç duruma yer verilmiştir. Belirtelim ki, bunlar maden işyerlerinde ortaya çıkması durumunda söz konusu eksikliğin hayati tehlike taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın işin durdurulmasını öngören hallerdir.

Yönetmeliğe ekli listede işin acilen durdurulmasını gerektiren durumlardan ilki, yeraltı kömür madenlerinde birinin durması hâlinde diğerinin derhal-otomatik olarak çalışacak durumda iki havalandırma grubunun bulunmaması, ikincisi yeraltı maden işyerlerinin hazırlık çalışmaları haricinde

<sup>92</sup> Fevzi Demir, “İş Sağlığı ve Güvenliği Önlemlerinin Alınmasında İşverenin Sorumluluğu”, *MÜHFHAD*, Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, 20(1), 2014, s. 701; Centel, “3.4.2012 Tarihli İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Tasarısında İş Sağlığı ve Güvenliği Denetim Sistemi ve Yaptırımlar”, s. 64.

<sup>93</sup> Centel, “3.4.2012 Tarihli İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Tasarısında İş Sağlığı ve Güvenliği Denetim Sistemi ve Yaptırımlar”, s. 59-60.

<sup>88</sup> R.G. 10.8.2005, 25902.

<sup>89</sup> R.G. 13.3.2005, 25754.

<sup>90</sup> R.G. 20.3.2012, 28239.

<sup>91</sup> R.G. 18.6.2013, 28681.



en az iki yoldan yer üstü bağlantısı bulunmamasıdır. Üçüncü olarak öngörülen durum ise yeraltı kömür madenlerinde havalandırma, su tahliyesi ve insan nakli için kullanılan sistemlerin çalıştırılabilmesi için birbirinden bağımsız iki ayrı enerji kaynağının bulunmaması, birinin durması durumunda diğer kaynağın otomatik olarak devreye girmemesidir.

Söz konusu listede yer alan düzenlemenin iptali istenmiş ancak “ülke ihtiyaçları ve deneyimleri dikkate alınarak, uluslararası anlaşmalar ve 6331 sayılı Kanun hükümleri uyarınca maden iş yerlerinde belirli kurallar getirilmesinin zorunlu olduğu ve bu kuralların hizmetin gereklerine uygun bulunduğu dikkate alındığında, işçi sağlığının ve iş güvenliğinin iyileştirilmesi ve geliştirilmesine dönük olarak getirilen düzenlemede hukuka ve kamu yararına aykırılık bulunmamaktadır” gerekçesiyle Danıştay 10. Daire Başkanlığı tarafından iptal talebi reddedilmiştir<sup>94</sup>.

#### D. Durdurma Kararının Uygulanması

Heyet, işyerinin bir bölümü veya tamamında işin durdurulması kararı verebilir<sup>95</sup>. Bu durumda karar, ilgili valiliğe ve işyeri dosyasının bulunduğu çalışma ve iş kurumu il müdürlüğüne bir gün içinde gönderilir (İDY m. 7/4 & İSGK m. 25/3). Ancak heyetin işin durdurulmaması yönünde karar vermesi hâlinde rapor işleme konulmaz ve Kurul Başkanlığına iletilir (İDY m. 7/5).

İşin durdurulması kararı, acil müdahaleyi gerektiren bir sebepten dolayı verilmişse işin durdurulması mülki idari amir tarafından aynı gün yerine getirilir. Bunun dışındaki sebeplerden dolayı verilmiş durdurma kararları ise mülki idare amiri tarafından kolluk kuvvetleri marifetiyle 24 saat içinde yerine getirilir. (İSGK m. 25/3 & İDY m. 8/1)

İşin durdurulması kararında belirtildiği şekilde, işyerinin bir bölümü veya tamamında iş durdurulur. Durdurma kararına ilişkin mühürleme işlemi mülki idare amirinin emriyle gerçekleştirilir. Durumu belirleyen bir tutanak düzenlenir. Düzenlenen tutanağın bir nüshası işyeri dosyasına konulmak üzere ilgili il müdürlüğüne gönderilir. Durdurmayla ilgili belgeler il müdürlüğünde saklanır (İDY m. 8/2).

<sup>94</sup> Danıştay 10. Daire Başkanlığı, E. 2016/1796, K. 2021/2104, K.T. 28.04.2021, Danıştay Karar Arama, Erişim Tarihi 11 Mart 2021.

<sup>95</sup> Zaman zaman medyaya da işyerlerinde işin durdurulmasına ilişkin haberler yansımıştır. Bu hususta yapılan bir haber için bkz. Habertürk, “Tehlikeli İşler’e Kilit Vuruldu!”, 4.3.2013, <<https://www.haberturk.com/ekonomi/is-yasam/haber/824838-tehlikeli-islere-kilit-vuruldu>> Erişim Tarihi 12 Mart 2021.

İşin durdurulması kararı alınan ve niteliği bakımından sürekli olmasında teknik zorunluluk bulunan işyerleri bakımından faaliyetin devamlılığını veya işyerinin güvenliğini sağlamak üzere ve mühürlerin geçici sökülmesi kararının uygulanmasına kadar, hiçbir surette üretim veya satış yapmaksızın müfettişçe idari tedbir raporunda belirtilen işlerde çalışmasına izin verileceği düzenlenmiştir. Söz konusu işyerinde uygulanacak durdurma kararı mühürleme yapılmadan tutanak düzenlenerek Yönetmeliğin 8. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen şekliyle tatbik edilir (İDY m. 8/3).

İşyerinde işin durdurulması şüphesiz işveren tarafından arzu edilmeyen bir durumdur. Nitekim, her ne kadar Kanun’da ücretlerinin ödeneceği düzenlenmişse de işyerinin faaliyette bulunamaması nedeniyle ücretlerini alamama ihtimali bulunan çalışanların da işyerinde işin durdurulmasına tepki ile yaklaşması muhtemeldir. Yönetmeliğe göre işyerinde iş durdurma işlemlerinin yerine getirilmesi sırasında zor kullanılmasını gerektiren bir durum ile karşılaşılırsa genel güvenliğin sağlanması için mülki idare amirinden kolluk yardımı talep edilebilmekteydi (İDY m. 7/6). Böylece asayiş, işin durdurulması işlemleri sırasında kolluk marifetiyle sağlanmaktaydı. Ancak söz konusu hüküm, İşyerlerinde İşin Durdurulmasına Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik ile yürürlükten kaldırılmıştır (m. 1). İş Teftişi Hakkında Yönetmelik ise bu hususta, müfettişlerin görevlerinin yapılmasına zorluk çıkartılması veya engel olunması durumunda, mahallin en büyük mülki amirine başvurmak suretiyle en yakın güvenlik makam veya memurlarından yardım isteyebileceğini düzenlemiştir (İTY m. 9/1). Nitekim, bu kişiler müfettişlerin görevlerini gereği gibi ifa edebilmeleri için her türlü yardımda bulunmakla yükümlü kılınmıştır (İTY m. 9/2).

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’na göre işin durdurulması halinde durdurmaya sebep olan fiilden dolayı ilgili idari para cezası uygulanmayacaktır (İSGK m. 26/4). Belirtelim ki, bu düzenleme 6645 sayılı Kanun ile getirilmiştir. Bununla birlikte, söz konusu Kanun’un yürürlüğe girmesinden önce işin durdurulması durumunda ayrıca idari para cezası verilmekteydi. Nitekim Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı’nın hazırlamış olduğu raporlarda da 6645 sayılı Kanun’un yürürlüğe girdiği 23.04.2015 tarihine kadar işi durdurulan işyerlerinde idari para cezası uygulandığı belirtilmiştir<sup>96</sup>.

<sup>96</sup> “İlk teftişinde İşyerlerinde İşin Durdurulmasına Dair Yönetmeliğin ilgili maddesine göre İşyerinde İşin Durdurulması Kararı verilen işyerlerine 23/04/2015 tarih ve 29335 sayılı Resmî Gazetenin yayımlandığı tarihe kadar (23/04/2015) işyerinde tespit edilen tüm noksanlar için İdari Para Cezası uygulanırken, bu tarihten itibaren sadece durdurmaya

Bir diğer husus, risk değerlendirmesi yapılmaması nedeniyle iş durdurulmuşsa, bu durumda, risk değerlendirmesi yapılmadığı için ayrıca idari para cezasına hükmolunmayacaktır. Örneğin; çok tehlikeli kimyasallarla çalışılan işyerlerinde risk değerlendirmesi yapılmaması nedeniyle iş durdurulmuşsa bu durumda ayrıca risk değerlendirmesi yapılmadığı için idari para cezası uygulanmayacaktır<sup>97</sup>.

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı verilerine göre, 2014 yılında yapılan teftişler neticesinde 2100 işyerinde işin durdurulmasına karar verilmiştir<sup>98</sup>. Yine veriler göstermektedir ki işin durdurulması kararları bilhassa yapı sektöründe<sup>99</sup>, yeraltı ve yerüstü maden işletmelerinde<sup>100</sup> alınmıştır.

## E. Durdurma Kararına İtiraz

### 1. Görevli ve Yetkili Mahkeme

İşin durdurulması kararı idari bir yaptırım niteliğinde olmakla birlikte uyuşmazlık idare mahkemesinde değil, iş mahkemesinde görülecektir. Zira iş mahkemeleri bu hususta İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu tarafından açıkça görevli kılınmıştır<sup>101</sup>.

*gerekece olmayan hususlar için İdari Para Cezası uygulanmaya başlanmıştır*" (T.C. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Teftiş Kurulu Başkanlığı – Yapı İşyerlerinde İş Sağlığı ve Güvenliği Programlı Teftişi Sonuç Raporu, Aralık 2015, <[https://www.csgb.gov.tr/medias/6075/2016\\_88\\_yapililerison.pdf](https://www.csgb.gov.tr/medias/6075/2016_88_yapililerison.pdf)> Erişim Tarihi 26 Şubat 2022, s. 35).

<sup>97</sup> Tek aykırılığa birden fazla yaptırım öngörülmesi Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce eleştiri konusu olmuştur, "*Hem fahiş nitelikte idari para cezasının belirlenmesi, hem de işin durdurulma cezasının getirilmesi tek bir aykırılığa getirilen çok ağır nitelikte iki ayrı yaptırımdır ve suç ve ceza orantılılık ilkesi ile bağdaşmamaktadır*", Şeyda Aktekin, "*İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu İşverene Ne Gibi Yükümlülükler Getiriyor?*", *MESS İşveren Gazetesi*, (872), 2012, s. 8-9.

<sup>98</sup> <https://www.csgb.gov.tr/medias/4578/kitap09.pdf>, Erişim Tarihi 26 Mart 2022, s. 27.

<sup>99</sup> Teftişler kapsamında denetim görmüş işyerlerinden 393'ünde hayati tehlike içeren mevzuata aykırı hususların bulunması nedeniyle işin durdurulması idari yaptırımı uygulanmıştır. (T.C. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, <<https://www.csgb.gov.tr/medias/8462/programli-teftisler.pdf>> Erişim Tarihi 26 Şubat 2022.

<sup>100</sup> 2017 yılında iş sağlığı ve güvenliği bakımından gerçekleştirilen programlı teftişler kapsamında denetim görmüş işyerlerinden 48'inde hayati tehlike içeren mevzuata aykırı hususların bulunması nedeniyle işin durdurulması idari yaptırımı uygulanmıştır. (T.C. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, <<https://www.csgb.gov.tr/medias/8462/programli-teftisler.pdf>> Erişim Tarihi 26 Şubat 2022).

<sup>101</sup> Nitekim işin durdurulmasının 1475 sayılı İş Kanunu'nda düzenlendiği dönemde Danıştay, işin durdurulması kararına karşı idari yargıda dava açılmasına ilişkin adli yargının (iş mahkemesinin) görevli olduğu gerekçesiyle görevsizlik kararı veren idare mahkemesi kararını onamıştır, Danıştay 10. Daire E. 1996/10110, K. 1998/2505, K.T. 10.6.1998,

İş sağlığı ve güvenliği hukukunda idari yaptırım olarak düzenlenen idari para cezalarına itirazını inceleme hususunda Kabahatler Kanunu<sup>102</sup> m. 27 gereği sulh ceza hakimliği görevli iken, işin durdurulması kararına itirazların iş mahkemesinde görüleceği düzenlenmiştir. Bir diğer husus, idari para cezalarına itiraz için 15 günlük bir süre öngörülmüşken işin durdurulması kararına karşı itiraz süresi 6 iş günü olarak düzenlenmiştir.

İşin durdurulması kararına itiraz edilmesi neticesinde mahkeme, durdurma kararının kaldırılmasına karar verebilir. Kararın hukuka aykırılığı nedeniyle işin durdurulduğu dönemdeki zararının tazminin hangi mahkemede görüleceğine ilişkin mevzuatta açık bir hüküm bulunmamaktadır. Yargıtay 22. Hukuk Dairesi<sup>103</sup> önüne gelen uyuşmazlıkta işin durdurulması nedeniyle meydana gelen zararın tazminine yönelik davada genel mahkeme olan asliye hukuk mahkemesinin görevli olduğuna karar vermiştir. Karara göre "*Her ne kadar işin durdurulması kararına itiraz hususunda iş mahkemeleri görevli ise de; işin durdurulması kararından kaynaklanan zararın tazminine yönelik davada iş mahkemelerinin görevli olduğuna dair gerek mülga 5521 sayılı Kanun'da ve gerekse 7036 Sayılı Kanun'da herhangi bir hüküm olmadığı gibi 6331 sayılı Kanun'da da bu hususta açık bir düzenleme mevcut değildir. Bu durumda, somut uyuşmazlıkta genel mahkemeler görevlidir. Belirtilen sebeple, İlk Derece Mahkemesi kararı ortadan kaldırılarak asliye hukuk mahkemelerine görevsizlik yönünde hüküm kurulması gerekirken, işin esasına girilerek sonuca gidilmesi isabetsiz olup bozmayı gerektirmiştir*".

### 2. İtiraz Süresi

İşveren, yerine getirildiği tarihten itibaren 6 iş günü içinde, yetkili iş mahkemesinde işin durdurulması kararına itiraz edebilir (İSGK m. 25/4 & İDY m. 12/1) Kanaatimizce, işin durdurulması kararı alt işverenin işyeri için verilmişse, -asıl işverenin işyerinde faaliyette bulunduğu dikkate alınır - asıl işveren de alt işverenin işinin durdurulması kararına karşı itirazda bulunabilecektir. Zira, alt işverenin işyerinde işin durdurulması kararından doğrudan asıl işveren de etkilenecektir. Buna karşın, çalışanların ve işin durdurulması kararına katılmayan iş müfettişinin işin durdurulması kararına

Danıştay Karar Arama, Erişim Tarihi: 11.03.2022. Onanan karar için bkz. Adana 1. İdare Mahkemesi E. 1996/710, K. 1996/1009, K.T. 24.7.1996.

<sup>102</sup> R.G. 31.05.2005, 25772 (Mükerrer).

<sup>103</sup> Yargıtay 22. HD. E. 2020/2426, K. 2020/9199, K.T. 09.07.2020, Yargıtay Karar Arama, Erişim Tarihi 10.03.2022.

itiraz etme imkânı bulunmamaktadır. Halbuki işin durdurulması kararına katılmayan iş müfettişinin de bu karara karşı itiraz edebilme imkânının getirilmesi gerekmektedir<sup>104</sup>.

İşin durdurulması kararı uygulanmaya konmadan 6 iş günlük itiraz süresi başlamayacaktır<sup>105</sup>. Öğretide, kararın uygulanmaya konulması ile değil tebliği ile birlikte 6 iş günü sürenin başlaması gerektiği<sup>106</sup> ifade edilmektedir.

İş mahkemesine itiraz, işin durdurulması kararının uygulanmasını durdurmaz<sup>107</sup> (İSGK m. 25/4 & İDY m. 12/1). Kanun'a göre mahkeme itirazı öncelikle görüşür ve 6 iş günü içinde karara bağlar<sup>108</sup> (İSGK m. 25/4 & İDY m. 12). Hükümde yer alan “*öncelikle görüşülür*” ifadesi, söz konusu kararın iş mahkemesinde bulunan diğer davalardan önce ele alınması gerektiğini ifade etmektedir<sup>109</sup>.

İtirazın incelenmesi için öngörülen 6 iş günü süre 1475 sayılı İş Kanunu'nda bir hafta olarak düzenlenmiş, 4857 sayılı İş Kanunu ise bu süreyi 6 iş günü olarak değiştirmiştir. 6331 sayılı Kanun ise bu sürede herhangi bir değişikliğe gitmemiştir. Yargıtay, bir kararında her ne kadar iş mahkemesinin itiraz konusu uyuşmazlığı 6 iş günü içinde inceleyip karara bağlaması gerektiği öngörülmüşse de bu sürede karar vermenin mümkün olmadığına kanaat getirmiştir<sup>110</sup>. Davanın tarafları için öngörülmüş sürelerden

<sup>104</sup> Sarıbay Öztürk, s. 278.

<sup>105</sup> Hamdi Mollamamutoğlu, Muhittin Astarlı, Ulaş Baysal, *İş Hukuku*, 7. Baskı, Lykeion Yayınları, 2022, s. 1463; “*Somut olayda; Mahkemeye 6 günlük itiraz süresinde davacı tarafça itiraz edilmediği gerekçesi ile talep reddedilmiş ise de, işin durdurulması kararının 05/12/2014 tarihinde Kozlu Kaymakamlığına davacı Kozlu Taşkömürü İşletme Müessesesi Müdürlüğüne bildirildiği ve aynı gün işin durdurularak Kaymakamlığa bilgi verildiği, davacı tarafından 12/12/2012 kararın iptaline yönelik bu davanın açıldığı ve davanın süresinde olduğu, işin durdurulması tarihinden 6 iş günü içinde itiraz edildiği gözden kaçırılarak talebin reddi hatalıdır*”, Y. 7. HD. E. 2015/16300, K. 2015/6820, 09.04.2015, Yargıtay Karar Arama, Erişim Tarihi: 23.02.2022. (Karar metninden anlaşıldığı üzere “12/12/2014” tarihi, sehven “12/12/2012” olarak yazılmıştır).

<sup>106</sup> Sarıbay Öztürk, s. 281.

<sup>107</sup> İsbetli olduğu yönünde bkz. Süzek, *İş Hukuku*, s. 967.

<sup>108</sup> 1475 sayılı İş Kanunu'nda bu sürenin bir hafta olduğu ve İş Mahkemesi tarafından verilen kararın kesin nitelikte olduğu düzenlenmişti (Mülga 1475 sayılı İş Kanunu m. 75).

<sup>109</sup> İşin durdurulmasının İş Kanunu'nun 75. maddesinde düzenlendiği dönemde işin durdurulması kararına karşı itiraz edilmesi durumunda “*acele mevaddandır*” ifadesi kullanılmıştır.

<sup>110</sup> “*6331 sayılı Kanunu'nun 25 inci maddesinde işin durdurulmasına yönelik itirazların mahkemeye 6 iş günlük süre içinde incelenmesi gerektiğine ilişkin düzenleme mevcut ise de, mahkemenin 6 iş günlük süre içinde karar vermesi mümkün olmadığı...*” Y. 7. HD. E.

farklı olarak mahkemeler için getirilen süreler düzenleyici niteliktedir<sup>111</sup>. Dolayısıyla, süresinde de alınmamış dahi olsa mahkemeler tarafından alınan kararlar geçerliliğini korumaktadır<sup>112</sup>. Bu sebeptendir ki, işin durdurulmasına itiraz edilmesi neticesinde, iş mahkemesinin uyuşmazlığı karara bağlaması için öngörülen 6 iş günü süre de düzenleyici niteliğindedir.

İşin durdurulması kararına karşı işverenin 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun<sup>113</sup> 389. maddesi kapsamında ihtiyati tedbir talep edebileceği belirtilmektedir<sup>114</sup>. Oysa ihtiyati tedbir müessesesi asıl dava konusu neticelenene kadar davacıya geçici bir hukuki koruma sağlamayı amaçlar. Yani, işin durdurulması kararına itiraz davasında işin durdurulmasının kaldırılması yönünde bir ihtiyati tedbir talebinde bulunulması asıl davanın sağlayacağı hukuki korumanın ihtiyati tedbir yolu ile elde edilmesi anlamına gelir. Halbuki, asıl uyuşmazlığı çözecek şekilde bir ihtiyati tedbir kararı verilmesi mümkün değildir<sup>115</sup>. İhtiyati tedbir olarak işyerinde işe devam edilmesinin istenmesi de aslında işin durdurulması kararına itiraz davası neticesinde mahkemenin verebileceği nitelikte bir karardır.

### 3. Mahkeme Kararı

İşin durdurulması kararına itiraz üzerine mahkemenin oldukça kısa bir süre içinde uyuşmazlığı karara bağlaması öngörülmüştür. Zira, bir yandan

2016/32510, K. 2016/17954, 01.11.2016, Yargıtay Karar Arama, Erişim Tarihi 10 Mart 2022.

<sup>111</sup> Murat Atalı, İbrahim Ermenek, Ersin Erdoğan, *Medeni Usul Hukuku*, Yetkin Yayınları, 2021, s. 288.

<sup>112</sup> Atalı, Ermenek, Erdoğan, *Medeni Usul Hukuku*, s. 288-289.

<sup>113</sup> R.G. 4.2.2011, 27836.

<sup>114</sup> Öztekin, s. 667.

<sup>115</sup> Baki Kuru, *Medeni Usul Hukuku El Kitabı*, Cilt II, Yetkin Yayınları, 2020, s. 1270; Ramazan Arslan, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Geçici Hukuki Korumalar Konusunda Getirdiği Yenilikler”, *Bankacılar Dergisi*, Özel Sayı, 2013, s. 13; Abdurrahim Karlı, *Medeni Muhakeme Hukuku*, 6100 Sayılı HMK Hükümlerine Göre Yargıtay Kararları İşlenmiş ve Gözden Geçirilmiş, Alternatif Yayınları, 3. Baskı, 2012, s. 756; Alpagut/Namlı'ya göre ise ihtiyati tedbirin şartlarını düzenleyen HMK m. 369 hükmünde “*uyuşmazlığın esasını çözecek şekilde ihtiyati tedbir kararı verilemeyeceği*” yönünde bir şarta yer verilmemiştir. Dahası, HMK Tasarısı'nda ihtiyati tedbirin koşulları arasında öngörülen “*asıl uyuşmazlığı çözecek nitelikte olmamak şartıyla*” ibaresi komisyon görüşmeleri sırasında madde metninden çıkartılmıştır. Yazarlara göre, bu durum kanun koyucunun iradesinin bu ilkenin korunmaması yönünde olduğunu göstermektedir, Gülsevil Alpagut, Mert Namlı, “İşkolü Barajının Toplu Sözleşme Hakkı Karşısında Değerlendirilmesi ve İstatistiklere İtirazın Yetki Başvurusuna Etkisi”, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, 72(1), 2022, s. 86.

işyerinde hayati tehlike arz eden bir durumun varlığı mevcut iken diğer yandan işletmesi üretimden uzak tutulmuş bir işveren bulunmaktadır. Uygulamada, işin durdurulması kararının yerindeliliğinin denetlenmesi amacıyla işyerinde bilirkişi incelemesi ve keşif yapılmaktadır. Bu hususta Yargıtay, davalıların yokluğunda yapılan keşif sonrasında bilirkişi heyetinin düzenlendiği rapora karşı davalıların beyanlarını sunmaları için süre ve imkân tanınmamasını “*hukuki dinlenilme hakkı*”nın ihlali kabul etmiştir<sup>116</sup>.

İş mahkemesi, işin durdurulmasını gerektiren sebeplerden birisinin mevcut olduğuna kanaat getirmesi halinde davayı reddedecek, işin durdurulması sebeplerinin herhangi birisinin oluşmadığı kanaatinde ise işin durdurulması kararının kaldırılmasına karar verecektir. İş mahkemesinin işin durdurulması kararına itiraz üzerine vereceği bu karar kesin niteliktedir (İSGK m. 25/4 & İDY m. 12) Dolayısıyla işin durdurulması kararına itirazın reddi yönündeki hükme karşı üst derece mahkemesine gidilmesi mümkün değildir<sup>117</sup>. İşin durdurulması yaptırımına ilişkin Yargıtay kararlarına rastlanmaması, bu yaptırımın etkin bir şekilde uygulanmadığının göstergesi olduğu ileri sürülmüşse<sup>118</sup> de mahkemesinin işin durdurulması kararına karşı itiraz üzerine verdiği karar kesin niteliktedir. Dolayısıyla uyuşmazlığın Yargıtay’a götürülmesi zaten mümkün değildir.

Mahkeme, itiraz neticesinde işin durdurulması kararını kaldırırsa bu karar; uygulanmak üzere il müdürlüğünce mülki idare amirine intikal ettirilir. Mülki idare amirinin emriyle kolluk kuvvetleri marifetiyle işyeri açılır (İDY m. 12/3). Yönetmeliğe göre duruma ilişkin tutanaklar il müdürlüğüne intikal ettirilerek işyeri dosyasında saklanır (İDY m. 12/3).

<sup>116</sup> Y. 7. HD. E. 2016/32510, K. 2016/17954, 11.11.2015, Yargıtay Karar Arama, Erişim Tarihi 23 Şubat 2022; Y. 7. HD. E. 2016/32510, K. 2016/17954, 01.11.2016, Legalbank, Erişim Tarihi 26 Şubat 2022)

<sup>117</sup>“*Yasanın açık hükmü karşısında mahkemenin 6331 sayılı Yasanın 25/4.maddesine göre “işin durdurulmasına” ilişkin iş teftiş kurulunun verdiği karara itiraz üzerine verdiği kararın kesin olduğu anlaşıldığından davacı şirket vekilinin temyiz dilekçesinin reddine karar vermek gerekmiştir*”, Yargıtay 7. HD. E. 2015/29592, K. 2015/14755, 14.09.2015, Yargıtay Karar Arama, Erişim Tarihi: 23 Şubat 2022; Yargıtay denetimi getirilmesinin uygun olacağı yönünde bkz. Sarıbay Öztürk, s. 283. (Eserin yazıldığı dönemde henüz istinaf mahkemeleri faaliyette değildi ve iş mahkemesi tarafından verilen kararlara üst derece mahkemesi olarak Yargıtay bakmaktaydı. Halihazırda ise istinaf mahkemeleri iş mahkemeleri tarafından verilen kararlara karşı üst derece mahkemesi olarak bakmaktadır).

<sup>118</sup>Şahin Emir, s. 189.

## F. Mühürlerin Geçici Olarak Sökülmesi

İşin durdurulması halinde işyerinin tamamı veya işyerinde işin durdurulması istenen kısım mühürlenir. Bu durumda, işveren söz konusu yaptırıma aykırı hareket ederek aykırılıkları düzeltmeye kalkışamaz. Bunun için, öncelikle mühürlerin geçici olarak sökülmesi talebinde bulunmalıdır. İşveren, işin durdurulmasına sebep olan hususların giderilmesi için mühürlerin geçici olarak sökülmesi ile ilgili talebini dilekçeyle ilgili il müdürlüğüne iletir (İDY m. 9/1).

Durdurma kararına sebep olan hususlar işyerindeki bina ve eklentilerde, çalışma yöntem ve şekillerinde veya iş ekipmanlarında çalışanlar için hayati tehlike oluşturan bir sebepten kaynaklanmışsa (m. 7/1) hayati tehlikenin giderilmesi için alınması gereken tedbirler, bu tedbirlerin alınması için yapılacak çalışmanın koordinasyonu, alınması gerekli iş ekipmanları, yapılacak çalışmaların süresi ve çalıştırılacak çalışan sayısı ve benzeri bilgilerin yer aldığı, işverenin taahhüdü ile hazırlanan bir dosya dilekçe ekinde, aynı zamanda bu dosyanın elektronik ortama aktarılmış hali il müdürlüğüne sunulur. İşverenin taahhüdü ve dilekçesi ıslak imzalı olur.

Eğer durdurma kararı, çok tehlikeli sınıfta yer alan maden, metal, yapı işlerinde risk değerlendirmesi yapılmamış olmasından kaynaklanmış ise işyerinde yapılacak risk değerlendirmesi hakkında iş ve işlemleri belirten bilgiler dosyaya eklenir (İDY m. 9/1). Şayet işin durdurulması, üretim zorlaması nedeniyle verilmişse, üretim zorlaması nedeniyle oluşan hayati tehlikenin ortadan kaldırılmasına yönelik çalışmalara ilişkin bilgi ve belgeler dosyaya eklenir (İDY m. 9/1).

İlgili il müdürlüğü işverenin talebini aynı gün elektronik ve benzeri ortamda sunulan eklerle beraber Bakanlık’ın İş Teftiş Kurulu Başkanlığına gönderir. (İDY m. 9/2) Kurul Başkanlığı, işverenin mühürlerin geçici olarak sökülmesi talebini heyete intikal ettirir. Heyet, talebi dilekçe ve eklerinde sunulan bilgiler ışığında değerlendirir ve kararını 2 gün içerisinde verir. Gerekteğinde işverenden ek bilgi talep edilebilir (İDY m. 9/3).

İşveren, aynı işyeri için aynı anda hem mühürlerin geçici olarak sökülmesi ve hem de işin durdurulması kararının kaldırılması için talepte bulunursa durdurma kararının kaldırılması talebi işleme konulmaz ve il müdürlüğü tarafından başvuru sahibine bildirilir. Bu durumda, mühürlerin geçici olarak sökülmesi talebi işleme alınır (İDY m. 10/3).

Mühürlerin geçici olarak sökülmesi kararı verilmesi halinde karar, mülki idare amirine ve il müdürlüğüne bir yazı ekinde gönderilir. Mülki idare amiri, kararın kendisine intikalinden itibaren 24 saat içerisinde, belirtilen şartlarda ve süreyle çalışma yapılabilmesi için mühürlerin geçici olarak sökülmesini ve durumu belirtir bir tutanak düzenlenmesini sağlar ve düzenlenen tutanağın bir nüshasını işyeri dosyasına konulmak üzere ilgili il müdürlüğüne iletir (İDY m. 9/4).

İşverenin mühürlerin geçici olarak sökülmesi talebi uygun görülmezse karar, işverene intikal ettirmek üzere gerekçesiyle birlikte ilgili il müdürlüğüne bildirilir (İDY m. 9/5). Mülki idare amiri, mühürlerin geçici olarak söküldüğü süre sonunda işyerinin tekrar mühürlenmesini ve durdurma kararının uygulanmasına devam edilmesini sağlar (İDY m. 9/6).

### G. Durdurma Kararının Kaldırılması

İşin durdurulmasına sebep olan hususları yerine getiren işveren, durdurma kararının kaldırılması için ilgili il müdürlüğüne yazılı talepte bulunur<sup>119</sup>. İşveren, işin durdurulmasına sebep hususları gidermeye yönelik yapılan çalışmaları, alınan veya yenilenen iş ekipmanlarına ait bilgi, belge ve yeterlilik sertifikalarını, tedbirlerin alındığı bölgelerin fotoğraflarını ve işyeri risk değerlendirmesini içeren bir dosyayı talebinin ekinde, aynı zamanda bu dosyanın elektronik ve benzeri ortama aktarılmış halini il müdürlüğüne sunar (İDY m. 10/1). İl müdürlüğü talebi aynı gün elektronik ve benzeri ortamda sunulan eklerle beraber Kurul Başkanlığına iletir (İDY m. 10/2). Ekinde yukarıda belirtilen dosya ve belgeler bulunmayan başvurular ile il müdürlüğündeki dosyasında mühürleme işlemini belgelendiren tutanağı bulunmayan işyerlerine ilişkin başvurular işleme konulmaz ve il müdürlüğü tarafından başvuru sahibine bildirilir.

İşverenin bildirim üzerine müfettiş tarafından yapılan inceleme sonucu düzenlenen raporda, durdurma kararına neden olan hususların giderildiğinin belirtilmesi halinde, heyet tarafından Yönetmeliğin 6. maddesinde belirtilen usuller çerçevesinde gerekli inceleme yapılır ve bildirim yapıldığı tarihten itibaren en geç 7 gün<sup>120</sup> içerisinde karar verilir (İDY m. 10/4).

Heyetin işi durdurmanın kaldırılmasına karar vermesi halinde karar,

<sup>119</sup> 6331 sayılı Kanun'da ise "Bakanlığa yazılı bildirim"den söz edilmiştir (İSGK m. 25/5).

<sup>120</sup> 7 günlük sürenin işvereni mali kayba uğratabileceği dolayısıyla 3 gün gibi daha kısa bir süre öngörülmesi gerektiği görüşü için bkz. Caniklioğlu, s. 81.

mülki idare amirine ve ilgili il müdürlüğüne bildirilir. Mülki idare amirince söz konusu kararın gereği kendisine intikalinden itibaren 24 saat içerisinde kolluk kuvvetleri marifetiyle yerine getirilir (İDY m. 10/5).

Müfettiş tarafından yapılan inceleme sonucunda durdurma kararına sebep olan hususların giderilmediğinin tespit edilmesi halinde ise durdurma kararının devamı yönünde alınan karar, ilgili raporla beraber işverene tebliğ edilmek ve işyeri dosyasında saklanmak üzere ilgili il müdürlüğüne iletir (İDY m. 10/6).

## III. İŞİN DURDURULMASI DURUMUNDA ÇALIŞMA İLİŞKİLERİNİN DURUMU

### A. Ücret Ödeme Yükümlülüğünün Devam Etmesi

İşyerlerinde işin kısmen veya tamamen durdurulması o işte çalışanların iş görme borcunu ifa edememesi ile sonuçlanır. Ancak, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu işin durdurulması sebebiyle işini ifa edemeyen çalışanın herhangi bir gelir veya iş kaybı yaşamaması için bir düzenleme getirmiştir. Kanun'a göre "İşveren, işin durdurulması sebebiyle işsiz kalan çalışanlara ücretlerini ödemekle veya ücretlerinde bir düşüklük olmamak üzere meslek veya durumlarına göre başka bir iş vermekle yükümlüdür" (İSGK m. 25/6 & İDY m. 13/1). Bu düzenleme, işin durdurulması veya işyerinin kapatılması nedeniyle temerrüde düşen işverene işçilere ücretlerini ödemekle veya ücretlerinde bir düşüklük olmamak üzere meslek veya durumlarına göre başka bir iş vermekle yükümlü olduğunu belirten 1475 ve 4857 sayılı Kanunlardaki düzenlemeler ile aynı doğrultudadır (1475 s. İş K. m. 75/F ve 4857 s. İş K. 79/9). İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 25. maddesinin 6. fıkrasındaki düzenlemeye rağmen işçinin ücreti tam olarak ödenmezse İş Kanunu'nun 24. maddesinin 2. fıkrasının e bendi gereği iş sözleşmesi haklı nedenle feshedilebilecektir.

Belirtelim ki, işin durdurulması durumunda çalışanların ücretlerinin işveren tarafından ödenmeye devam edeceğine ilişkin hüküm, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun<sup>121</sup> 408. maddesi ile uyumlu olmuştur<sup>122</sup>. Zira söz konusu hükümde, işverenin iş görme ediminin yerine getirilmesini kusuruyla

<sup>121</sup>R.G. 4.2.2011, 27836.

<sup>122</sup>Eker, s. 191; Belirtelim ki öğretide, işçilerin işyerinde işin durdurulduğu dönemde ücret alacaklarını koruma altına alan hüküm işverenin hatası nedeniyle işçilerin hak kaybı yaşamaması için öngörülmüş bir hüküm olarak değerlendirilmiş de (Kadir Arıcı, *İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Dersleri*, TES-İŞ Sendikası, Türkiye Enerji ve Gaz İşçileri Sendikası, TES-İŞ Eğitim Yayınları, 1999, s. 121) her durumda işverenin kusurlu olduğu söylenemez.

engelleme veya edimi kabulde temerrüde düşmesi durumunda işçiye ücretini ödemekle yükümlü olduğu ve işçiden bu edimini daha sonra yerine getirmesini isteyemeyeceği düzenlenmiştir. Ancak bu madde, iş sözleşmesi bakımından bir hüküm getirmiş, diğer istihdam biçimlerini kapsamına almamıştır. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda yer alan ve işin durdurulması durumunda çalışan ücretlerinin ödenmeye devam edeceğine ilişkin hüküm ise bütün istihdam biçimlerini kapsamına almıştır.

Asıl işverenin işinin kısmen veya tamamen durdurulmuş olması alt işverenin yürüttüğü işin de sekteye uğramasına sebep olabilecektir. Örneğin; bir özel öğretim kurumunda işin durdurulması halinde o okulda güvenlik personeli olarak çalışan kişiler de işin durdurulduğu süre zarfında çalışmayacaktır. Bir görüşe göre, asıl işverenin işyerinde işin durdurulması nedeniyle alt işveren işçileri işlerini yerine getiremiyorsa, alt işveren işçilerini çalıştırmadan veya çalışma şartlarında esaslı değişiklik teşkil etmeyecek şekilde kendi işyerinde çalıştırarak işçilerinin ücretlerini ödeyecektir<sup>123</sup>.

Asıl işveren alt işveren ilişkisinde alt işverenin yürüttüğü işin durdurulması durumunda alt işveren işçilerinin iş durdurulduktan sonra ödenmeyen ücretlerine ilişkin özel bir hüküm sevk edilmemiştir. Bu durumda, alt işveren işçilerinin işyerinin faaliyette bulunmadığı bu süre zarfındaki ödenmeyen ücretlerinden İş Kanunu'nun 2. maddesi gereği asıl işveren alt işveren ile birlikte sorumlu olacaktır.

### B. Çalışanın Meslek veya Durumuna Göre Uygun İş Verme Yükümlülüğü

İşveren, işin durdurulması sebebiyle işsiz kalan çalışanlara ya ücretini ödeyecek veya çalışanların ücretinde bir değişiklik (azalma) olmamak şartıyla meslek veya durumuna göre başka bir iş vermekle yükümlü olacaktır. Ancak işverenin bu yükümlülüğü, işin kısmen durdurulduğu hâller için mümkün olabilir. Zira işyerindeki faaliyetin tamamen durdurulduğu durumda, işverenin çalışanların pozisyonuna uygun düşen başka bir işyeri de yoksa böyle bir yükümlülüğü bulunmayacaktır. Bu durumda işverenin ancak ücret ödeme yükümlülüğünden söz etmek gerekecektir. Bununla birlikte işin durdurulması durumunda, meslek veya durumuna göre çalışma koşullarında esaslı değişiklik oluşturmayan başka bir iş teklif edildiğinde dürüstlük kuralı gereği çalışan bu teklifi kabul etmelidir. Ancak çalışanın mesleği ile ilgili olmayan bir işin

<sup>123</sup> Aydın, s. 441.

önerilmesi çalışma koşullarında esaslı değişiklik arz edecektir<sup>124</sup>. Bizim de katıldığımız bir görüşe göre, hükümde yer alan “*meslek veya durumlarına göre başka bir iş*” ifadesi, çalışma koşullarında esaslı değişiklik niteliğinde olmayan bir işi ifade etmektedir<sup>125</sup>. Dolayısıyla, çalışan meslek veya durumuna uygun düşmeyen bir işi kabul etmek zorunda bırakılamayacaktır<sup>126</sup>. Şayet çalışma koşullarında esaslı değişiklik oluşturan bir durum söz konusu ise İş Kanunu'nun 24. maddesinin 2. fıkrasının f bendi gereği iş sözleşmesi çalışma koşullarının uygulanmaması nedeniyle haklı nedenle feshedebilecektir<sup>127</sup>. Aksi yöndeki görüşe göre ise hükümle işverenin yönetim hakkı genişletilmiştir ve bu hükme dayanan işveren, işin durdurulduğu süre zarfında işçiyi başka bir işte çalıştırabilecek ancak işçi çalışma koşullarında esaslı değişikliği ileri süremeyecektir<sup>128</sup>.

### C. Sosyal Sigorta Yükümlülükleri

İşin durdurulması nedeniyle işyerinin kısmen veya tamamen faaliyette olmadığı bu dönemde, iş ilişkisi varlığını sürmektedir<sup>129</sup>. Bu sebepten ki, işin durdurulması nedeniyle iş görme edimini yerine getiremeyen sigortalılar, kısa ve uzun vadeli sigorta kollarına tabi olacak ve işverenin sosyal güvenlik hukukundan doğan yükümlülükleri devam edecektir<sup>130</sup>.

### D. İşin Durdurulması Nedeniyle İş Sözleşmesinin Haklı Nedenle Feshi

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda, işverenin “*işin durdurulması sebebiyle işsiz kalan çalışanlara ücretlerini ödemekle veya ücretlerinde bir*

<sup>124</sup> Sümer, *İş Sağlığı ve Güvenliği*, s. 254.

<sup>125</sup> Sümer, *İş Sağlığı ve Güvenliği*, s. 254.

<sup>126</sup> Sümer, *İş Sağlığı ve Güvenliği*, s. 254.

<sup>127</sup> Gaye Burcu Seratlı, “4857 Sayılı İş Kanununa Göre İş Sağlığı ve Güvenliği”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 53(2), 2004, s. 208; 1475 sayılı İş Kanunu döneminde aynı yöndeki değerlendirme için bkz. Süzek, *İş Güvenliği Hukuku*, s. 293.

<sup>128</sup> Aydın Başbuğ, Mehtap Yücel Bodur, *İş Hukuku*, Beta Yayınları, 5. Baskı, 2018, s. 476. İşin durdurulmasının 4857 sayılı İş K. m. 79 hükmünde düzenlendiği dönemde ileri sürülen aynı yöndeki görüşe göre işin durdurulduğu süre zarfında işçilerin başka bir işte çalıştırılmaları çalışma koşullarında esaslı değişiklik teşkil etmemektedir. Dolayısıyla, burada İş Kanunu m. 22 hükümleri uygulanmayacaktır. Akyiğit, *İçtihatlı ve Açıklamalı İş Kanunu Şerhi*, 2. Cilt, s. 2105.

<sup>129</sup> Özdemir, *İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku Dersleri*, s. 348.

<sup>130</sup> Süleyman Başterzi, *Çalışmanın Kesintiye Uğramasının Sosyal Sigorta İlişkisine Etkisi*, Dijital Basımevi, 2007, s. 201.

*düşüklük olmamak üzere meslek veya durumlarına göre başka bir iş vermekte yükümlü*” olduğu belirtilmişse de işin durdurulmasının işçiler bakımından haklı fesih nedeni olduğuna ilişkin doğrudan bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Öğretide bir görüşe göre, işin durdurulması durumunda işçi iş sözleşmesini haklı nedene dayalı olarak feshedebilecektir<sup>131</sup>. Aksi yöndeki görüşe göre ise işin durdurulmasını zorlayıcı neden olarak nitelendirilmek mümkün olmakla birlikte bu durumun işçiye sözleşmeyi haklı nedenle feshetme imkânı tanımadığını kabul etmek gerekir<sup>132</sup>.

Burada, fesih sebebi olarak tartışılabilir hükümlerden ilki, işçinin sağlık nedeniyle iş sözleşmesini derhal fesih hakkıdır. İş Kanunu’nun 24. maddesinin 1. fıkrasına göre, iş sözleşmesinin konusu olan işin yapılması işin niteliğinden doğan bir sebeple işçinin sağlığı veya hayatı için tehlike arz etmesi, işçi bakımından haklı fesih nedenidir. Kanaatimizce bu fesih nedenine dayalı olarak iş sözleşmelerinin sona erdirilmesi ancak işin durdurulmasından önce mümkündür. Bununla birlikte, işçinin iş görme edimini yerine getirdiği işyerinin bir bölümünde veya tamamında iş durdurulmuşsa artık bu sebebe dayalı olarak bir haklı fesih nedeninin varlığından söz edilemez. Zira İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu gereği iş, hayatı tehlike giderilinceye kadar işyerinin bir bölümünde veya tamamında durdurulur (m. 25/1). Sonuç olarak işçinin sağlığı veya hayatı için tehlike arz eden iş durdurulmuşsa, artık böyle bir tehlikenin varlığından söz edilemeyeceği için bu hüküm işçinin haklı nedenle fesih hakkının dayanağı olamayacaktır.

İşyerinin tamamı veya bir kısmında işin durdurulması kararına istinaden işçi tarafından derhal fesih hakkının kullanılabilmesi ile ilişkilendirilebilecek bir diğer sebep zorlayıcı nedenlerdir. İşçinin çalıştığı işyerinde bir haftadan fazla süre ile işin durmasını gerektirecek zorlayıcı sebeplerin ortaya çıkması durumunda çalıştırılmayan işçiye bir haftaya kadar yarım ücret ödeneceği (İş K. m. 40) ve bir haftalık bekleme süresinden sonra işçinin, iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebileceği (İş K. m. 24/3) düzenlenmiştir. İşin durdurulması durumunda da işçinin çalıştığı işyerinde bir haftadan fazla süre ile çalıştırılmayacağı aşıkardır. Ancak zorlayıcı nedenle işçinin

<sup>131</sup> Ömer Ekmekçi, “4857 Sayılı İş Kanunu’nda İzinler ve İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Hükümler”, *Yeni İş Yasası (Seminer Notları ve İş Kanunu) 25-29 Haziran 2003*, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, s. 194.

<sup>132</sup> Sümer’e göre işin durdurulmasının zorlayıcı neden olarak nitelendirilmesi mümkün ise de işin durdurulması işçinin sözleşmeyi haklı nedenle feshedilmesi imkânı tanımaz. Sümer, *İş Sağlığı ve Güvenliği*, s. 254.

çalıştırılmamasına ilişkin düzenlemeden farklı olarak işin durdurulması durumunda ücret tam olarak ödenmeye devam etmektedir (İSGK m. 25/6). Aslında, işyerinin tamamı veya bir kısmının faaliyette olmadığı dönemde, işverenin ücret ödeme yükümlülüğünün devam ediyor olması İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nun iş ilişkisinin devam ettirilmesini amaçladığını ve İş Kanunu’nun 24. maddesinin işin durdurulması durumunda uygulanamayacağını göstermektedir. Ancak bu durumun, her koşulda iş sözleşmesinin haklı nedenle feshine engel teşkil edeceğini kabul etmek hakkaniyete aykırıdır. Zira işin durdurulması, iş sözleşmesinin tarafları arasındaki güven ilişkisini zedeleyeceği gibi işçilerin akıbeti belirsiz bir durum içinde kalmasına da sebebiyet verebilecektir. Böyle bir durumda, salt ücretin ödenmeye devam ediyor olması işçiden iş ilişkisini uzun bir süre bu şekilde sürdürmesini beklemek için yeterli bir gerekçe teşkil etmemelidir. Nitekim, ücret almak kadar çalışmak da Anayasal bir haktır ve bu hakkın geçici olarak nitelendirilemeyecek bir uzunlukta kullanılmaması çalışma hakkını ihlal edecektir. Dolayısıyla işin durdurulmasına itiraz edilmişse, dürüstlük kuralı gereğince en azından mahkeme kararına kadar beklenmesi gerektiği, itirazın reddedilmesi ile birlikte iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedilebileceği; işin durdurulması kararına itiraz edilmediği varsayımında ise iş sözleşmesinin makul bir süre geçmesinden sonra feshedilebileceği kabul edilmelidir. Elbette, konuyla ilgili belirsizliği ortadan kaldırmak adına işin durdurulmasına ilişkin hükümde yapılacak düzenleme ile bu durum açıklığa kavuşturulmalıdır. Bunun dışında, işçiye çalışma koşullarında esaslı değişiklik teşkil etmeyen bir iş teklifinde bulunulmuşsa, işçinin haklı nedenle fesih hakkından söz edilemeyecektir. Böyle bir durumda, yukarıda açıklandığı üzere işçi bu teklifi kabul etmekle yükümlüdür.

### E. İşin Durdurulmasının Çalışmaktan Kaçınma Hakkı İle İlişkisi

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nun çalışanların çalışmaktan kaçınma hakkını düzenleyen 13. maddenin 5. fıkrasında Kanunun 25. maddesine göre işyerinde işin durdurulması hâlinde, bu madde hükümleri uygulanmayacaktır. Diğer bir deyişle, çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılabilmesi<sup>133</sup> o işyerinde İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nun 25. maddesi hükümlerine göre işin durdurulmamış olmasına bağlı kılınmıştır. Zaten durdurulmuş bir işten kaçınma hakkının kullanılması fiilen mümkün gözükmemektedir. Dolayısıyla, hükümde belirtilen ibare aslında gereksiz

<sup>133</sup> Geniş bilgi için bkz. Betül Erkanlı Başbüyük, *İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı*, Seçkin Yayınları, 2020.

niteliktedir.

#### IV. İŞİN DURDURULMASINA İLİŞKİN HÜKÜMLERE AYKIRILIK

##### A. İşin Durdurulmasına Rağmen İzinsiz Çalışma Yaptırma

6645 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'unun<sup>134</sup> 2. maddesi ile 6331 sayılı Kanun'un 25. maddesine eklenen hükümle işin durdurulması kararına rağmen izinsiz çalışma yaptıran işveren veya işveren vekili için hapis cezası öngörülmüştür. Hükme göre “İşyerinde durdurulan işlerde izinsiz çalışma yaptıran işveren veya işveren vekillerine<sup>135</sup> üç yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir” (İSGK m. 25/8). Madde gerekçesinde “işin durdurulması kararına uymayarak işyerinde durdurulan işi devam ettiren ve bu şekilde yasal düzenlemelere aykırı davranarak çalışanların can güvenliğini tehlikeye atan işveren veya işveren vekillerinin caydırıcı bir şekilde cezalandırılması”nın amaçlandığı belirtilmiştir<sup>136</sup>.

Esasında, işyerinin mühürlenerek faaliyetin durdurulmuş olmasına rağmen işin devam ettirilmesi 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun<sup>137</sup> 203. maddesinde düzenlenen mühür bozma suçunu oluşturacaktır. Zira, hükümde Kanun veya yetkili makamların emri uyarınca bir şeyin saklanması veya varlığının aynen korunmasını sağlamak için konulan mühürü kaldıran veya konuluş amacına aykırı hareket eden kişinin 6 aydan 3 yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılacağı öngörülmüştür.

Bir olaya birden fazla ceza hukuku kuralının uygulanması öngörülmesine karşın tek bir kuralın uygulanması kuralların görünüşte içtimaı olarak nitelendirilir<sup>138</sup>. Ancak, kanaatimizce 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda yer alan hüküm mühür bozma suçuna göre özel hüküm

<sup>134</sup>R.G. 23.04.2015, 29335.

<sup>135</sup>İşveren vekilinin iş sağlığı ve güvenliği hukuku bakımından sorumluluğu hakkında geniş bilgi için bkz. Alper Yılmaz, *İşveren Vekilinin İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku Bakımından Sorumluluğu*, Seçkin Yayınları, 2021.

<sup>136</sup>TBMM, <<https://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-1006.pdf>> Erişim Tarihi 25 Şubat 2022.

<sup>137</sup>R.G. 12.10.2004, 25611.

<sup>138</sup>Mustafa Özen, *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınları, 2021, s. 1020.

niteliğindedir<sup>139</sup>.

Aynı eylem için genel hüküm – özel hüküm ilişkisinin bulunduğu durumda yalnızca özel hüküm niteliğindeki kural uygulanır<sup>140</sup>. Dolayısıyla, bir işyerinin kısmen veya tamamen mühürlenerek işin durdurulmasına rağmen işyerinde çalışmaya devam edilmesi durumunda İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 25. maddesi özel hüküm kabul edilerek uygulanacaktır. Buna karşın işveren, bir kısmı veya tamamı mühürlenerek faaliyeti durdurulan işyerindeki mühürü kaldırmış ancak işyerinde çalışma yaptırmamış ise yalnızca “mühür bozma suçu” oluşacaktır.

İşyerindeki faaliyeti kısmen veya tamamen durdurulmasına rağmen izinsiz çalışma yaptıran işveren hakkında idari para cezası öngören hüküm ise 6645 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılmıştır. Aslında, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun “25 inci maddesinde belirtilen yükümlülükler göre işyerinin bir bölümünde veya tamamında verilen durdurma kararına uymayarak durdurulan işi yönetmelikte belirtilen şartları yerine getirilmeden devam ettiren işverene fiil başka bir suç oluştursa dahi onbin Türk Lirası” idari para cezası öngörülmekteydi (İSGK m. 26/1-l). Ancak 6645 sayılı Kanun'un 4. maddesi ile bu ifade yürürlükten kaldırılarak işin durdurulması kararına aykırı şekilde işyerinde faaliyete devam eden işverenlerin işlediği fiilin suç olarak nitelendirilmesinin yanı sıra idari para cezası ile muhatap olmasının önüne geçilmiştir.

##### B. Çalışanların Ücretlerini Düşürmek veya Ödememek

İşverenin işin durdurulması durumunda çalışanlarına ücretlerinde bir değişiklik olmamak üzere ödeme yapmaya devam edeceğine ilişkin hükme aykırı davranması durumunda ise idari para cezası kesilmektedir. Bu durumda işverene ihlale uğrayan her bir çalışan için 1.000 TL, aykırılığın devam ettiği her ay için aynı miktar idari para cezası uygulanacağı öngörülmüştür (İSGK m. 26). Ancak söz konusu hükümde öngörülen para cezası 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun<sup>141</sup> 17. maddesinin 7. fıkrası gereği her takvim yılı başından geçerli

<sup>139</sup>Eker, s. 337-338.

<sup>140</sup>Kayıhan İçel, “Görünüşte Birleşme (İçtima) İlkeleri ve Yeni Türk Ceza Kanunu”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 2008(14), s. 35; İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 17. Baskı, Seçkin Yayınları, 2021, s. 718; Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, *Ceza Genel Hukuku Temel Bilgiler*, Seçkin Yayınları, 2022, s. 347-348.

<sup>141</sup>R.G. 31.3.2005, 25772 (Mükerrer).



olmak üzere o yıl için yeniden değerlendirilme oranında artırıldığı için 2023 yılı için bu tutar 6.286 Türk Lirası'dır<sup>142</sup>. Ancak hükümde yer alan idari para cezası işyerinin tehlike sınıfına göre kademeli şekilde belirlenmeyecektir<sup>143</sup>. Zira Kanun'da, çalışan sayısı ile çarpılarak verilen idari para cezalarında tehlike sınıflarına göre idari para cezalarının artırılmasını öngören hükmün uygulanmayacağı açıkça belirtilmiştir (İSGK m. 26/5).

İşverenin işin durdurulduğu dönemde çalışanların ücretlerini ödememesi nedeniyle hakkında hükmolunan idari para cezasını ödemeyi göze alacağı belirtilmiş, bu görüşe dayanak olarak ise işverenin çalışanların ücretini ödememesi durumunda ödeyeceği idari para cezasının asgari ücretin dahi altında kalması gösterilmiştir<sup>144</sup>. Ancak biz bu görüşe katılmıyoruz. Zira, iş durdurulduğunda işverenin işçi ücretlerini ödemeye devam etmemesi nedeniyle idari para cezasına muhatap bırakılması işvereni kârlı duruma geçirmemektedir. İşverene uygulanan idari para cezası işçilerin işin durdurulması nedeniyle ödenmeyen ücretlerini dava yolu ile elde etmesine engel teşkil etmemektedir.

### C. Güvenlik Raporu Hazırlaması Gereken İşyerlerinde İşin Durdurulmasına Aykırılık

İşletmeye başlamadan önce büyük endüstriyel kaza oluşturabilecek işyerleri için işyerinin büyüklüğüne göre büyük kaza önleme politikası belgesi veya güvenlik raporu işveren tarafından hazırlanır (İSGK m. 29/1). Ancak, söz konusu güvenlik raporlarının içerik ve yeterlilikleri Bakanlık tarafından incelenmediği sürece işyerleri işletmeye açılmaz (İSGK m. 29/2).

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 29. maddesinde belirtilen; büyük kaza önleme politika belgesi hazırlamayan işverene 50.000 TL, güvenlik raporunu hazırlayıp Bakanlığın değerlendirmesine sunmadan işyerini faaliyete geçiren, işletilmesine Bakanlıkça izin verilmeyen işyerini açan veya durdurulan işyerinde faaliyete devam eden işverene 80.000 TL idari para cezası verileceği öngörülmüştür (İSGK m. 26/1-m). Ancak söz konusu idari para cezalarının 2023 yılı için yeniden değerlendirilme oranında artırılmış hâli,

<sup>142</sup>2019 yılı için 1550 TL, 2020 yılı için 1899 TL, 2021 yılı için 2071 TL, 2022 yılı için 2820 TL.

<sup>143</sup>Eker, s. 145.

<sup>144</sup>Eker, s. 145.

sırasıyla 388.903 TL<sup>145</sup> ve 622.244 TL'dir<sup>146</sup>. Yukarıda ifade edildiği üzere işin durdurulmasına rağmen işyerinde faaliyete devam eden işveren veya işveren vekili için yalnızca hapis cezası öngörülmüşken büyük endüstriyel kaza olabilecek işyerleri için durdurma kararına aykırı davranarak faaliyete devam eden işyerleri için ayrıca idari para cezası öngörülmüştür.

### V. ASKERİ İŞYERLERİNDE İŞİN DURDURULMASI

Askeri işyerlerinde işin durdurulmasına ilişkin düzenlemeler bu işyerlerinin niteliği gereği farklı düzenlemelere konu olmuştur. Nitekim İşyerlerinde İşin Durdurulmasına Dair Yönetmelik'te askeri işyerleri ile yurt güvenliği için gerekli maddeler üretilen işyerlerinde işin durdurulmasına dair iş ve işlemlerin İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun 24. maddesinin 3. fıkrası gereği yürürlüğe konulan yönetmeliğe göre yerine getirileceği belirtilmiştir (İDY m. 2/2).

Bu kapsamda konu önceden Askeri İşyerleriyle Yurt Emniyeti İçin Gerekli Maddeler İmal Olunan İşyerlerinde İşin Durdurulmasına veya İşyerlerinin Kapatılmasına Karar Vermeye Yetkili Komisyonun Yapısı, Çalışma Şekli ve Esasları Hakkında Yönetmelik<sup>147</sup> ile düzenlenmekteydi<sup>148</sup>. Halihazırda, konunun usul ve esaslarına Askeri İşyerleri ile Yurt Güvenliği İçin Gerekli Maddeler Üretilen İşyerlerinin Denetimi, Teftişi ve Bu İşyerlerinde İşin Durdurulması Hakkında Yönetmelik'te<sup>149</sup> yer verilmiştir.

Yönetmeliğe göre askeri işyeri; Millî Savunma Bakanlığı kadro ve kuruluşunda yer alan kurumlar tarafından doğrudan doğruya işletilen askeri

<sup>145</sup>Ondan az çalışanı olan işyerlerinden tehlikeli sınıfta yer alanlar için 486.128 TL; çok tehlikeli sınıfta yer alanlar için 583.354 TL, 10-49 çalışanı olan işyerlerinden az tehlikeli sınıfta yer alanlar için 388.903 TL, tehlikeli sınıfta yer alanlar için 583.354 TL, çok tehlikeli sınıfta yer alanlar için 777.806 TL, 50 ve daha fazla çalışanı olan işyerlerinden az tehlikeli sınıfta yer alanlar için 583.354 TL, tehlikeli sınıfta yer alanlar için 777.806 TL, çok tehlikeli sınıfta yer alanlar için 1.166.709 TL'dir.

<sup>146</sup>Ondan az çalışanı olan işyerlerinden tehlikeli sınıfta yer alanlar için 777.805 TL; çok tehlikeli sınıfta yer alanlar için 933.366 TL, 10-49 çalışanı olan işyerlerinden az tehlikeli sınıfta yer alanlar için 622.244 TL, tehlikeli sınıfta yer alanlar için 933.366 TL, çok tehlikeli sınıfta yer alanlar için 1.244.488 TL, 50 ve daha fazla çalışanı olan işyerlerinden az tehlikeli sınıfta yer alanlar için 933.366 TL, tehlikeli sınıfta yer alanlar için 1.244.488 TL, çok tehlikeli sınıfta yer alanlar için 1.866.732 TL'dir.

<sup>147</sup>R.G. 11.01.1989, 20046.

<sup>148</sup>Ayrıca Askeri İşyerleriyle Yurt Güvenliği İçin Gerekli Maddeler Üretilen İşyerlerinin Denetim ve Teftişi Hakkında Yönetmelik (R.G. 1.8.2004, 25540).

<sup>149</sup>R.G. 16.8.2013, 28737.

işyerleri ile Askeri Fabrika ve Tersane İşletme Anonim Şirketi (ASFAT A.Ş.) ve yönetim hakkı yetkisi bu şirkette olan işyerlerini ifade eder (AİDY m. 4/1(a)). Hükümde yer alan Millî Savunma Bakanlığı kadro ve kuruluşunda yer alan kurumlar ise Millî Savunma Bakanlığı merkez ve taşra teşkilatı, Genelkurmay Başkanlığı, Kara Kuvvetleri Komutanlığı, Deniz Kuvvetleri Komutanlığı, Hava Kuvvetleri Komutanlığı, Millî Savunma Üniversitesi ile Harita Genel Müdürlüğü'dür. Örneğin; Makine ve Kimya Endüstrisi Anonim Şirketi bu Yönetmelik kapsamında yer alan bir askeri işyeridir.

Yönetmelik'te işin durdurulması işlemlerinin İşyerlerinde İşin Durdurulması Yönetmeliği'ne göre yerine getirileceği (AİDY m. 9) ve Yönetmeliğin Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanı ile Milli Savunma Bakanı tarafından birlikte yürütüleceği belirtilmiştir (AİDY m. 13).

Askeri işyerlerinde işin bir bölümünü veya tamamını durdurma kararı vermeye yetkili heyet iş sağlığı ve güvenliği yönünden teftişe yetkili Millî Savunma Bakanlığı müfettişlerinden oluşturulur. (AİDY m. 9) Bununla birlikte, Yönetmelik'te belirtilen diğer askeri işyerleri ile yurt güvenliği için gerekli maddeler üretilen işyerlerinde işi durdurmaya yetkili heyette yer alan üyelerden birisi, iş sağlığı ve güvenliği bakımından teftişe yetkili Millî Savunma Bakanlığı müfettişleri arasından seçilir (AİDY m. 10/1).

## SONUÇ

İş sağlığı ve güvenliği ile ilgili risklerin ortadan kaldırılarak işyerinde sağlıklı ve güvenli bir çalışma ortamının tesis edilmesi, iş sağlığı ve güvenliği hukukunun temel amacıdır. Bu amaca hizmet eden düzenlemelerden bir tanesi de 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 25. maddesinde yer verilen "işin durdurulması" yaptırımıdır.

İşin durdurulması, Kanun'da öngörülen belirli hâllerde iş müfettişlerinden oluşan bir heyet kararı ile işyerindeki faaliyetin kısmen veya tamamen askıya alınmasıdır. Bu bakımdan işin durdurulması için mahkeme kararına ihtiyaç duyulmamakta, bu karar idari bir yaptırım niteliği taşımaktadır.

İşyerlerindeki bina ve eklentilerde, çalışma yöntem ve şekillerinde, iş ekipmanlarında çalışanlar için hayati bir tehlikenin mevcut olması işin durdurulması için öngörülen ilk sebeptir. İkinci olarak, çok tehlikeli sınıfta yer alan maden, metal ve yapı işleri ile tehlikeli kimyasallarla çalışılan işlerin yapıldığı veya büyük endüstriyel kazaların olabileceği işyerlerinde risk değerlendirmesi yapılmaması hâlinde iş durdurulmaktadır. İşin

durdurulmasının öngörüldüğü bir başka sebep ise çok tehlikeli sınıfta yer alan ve ihale ile alınan işlerde; teknolojik gelişme, iş gücü kapasitesinin artırılması, üretim metotlarında yenilik gibi bir kısım unsurlar sağlanmadan, üretim ve/veya imalat planlarına, iş programlarına aykırı hareket edilerek üretim zorlaması sebebiyle hayati tehlike oluşturacak şekilde çalışma biçimlerinin varlığıdır.

İşin durdurulması için öngörülen "hayati tehlike" şartı oldukça yüksek bir eşik getirmekte, söz konusu yaptırımın uygulanmasını zorlaştırır niteliktedir. Söz konusu düzenleme, iş sağlığı ve güvenliği bakımından çalışanların vücut bütünlüğünü tehdit etmekle birlikte çalışanlar bakımından hayati tehlike teşkil etmeyen birçok işyerini kapsam dışında bırakmaktadır. Halbuki bu hususun gözden geçirilerek yeniden düzenlenmesi, işin durdurulması yaptırımının uygulanmasını daha etkili kılacaktır.

İşyerlerinde işin durdurulması, iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanmasında caydırıcı bir rol oynamaktadır. Bu kapsamda, daha önce herhangi bir işyerinde iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmaması nedeniyle işin durdurulması durumunda o işveren için iş sağlığı ve güvenliği destek ödemesi yapılmaması, sigorta prim teşviklerinden yararlandırılmaması, kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama gibi düzenlemeler yapılması söz konusu düzenlemeyi daha caydırıcı kılacaktır.

## KAYNAKÇA

- Aktekin Ş, “İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu İşverene Ne Gibi Yükümlülükler Getiriyor?”, *MESS İşveren Gazetesi*, (872), 2012, s. 8-9.
- Akyiğit E, *İçtihatlı ve Açıklamalı İş Kanunu Şerhi*, 2. Cilt, Madde 32-120, Seçkin Yayınları, 2008.
- Alpagut G/ Namlı M, “İşkolü Barajının Toplu Sözleşme Hakkı Karşısında Değerlendirilmesi ve İstatistiklere İtirazın Yetki Başvurusuna Etkisi”, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, 72(1), 2022, s. 65-92.
- Arıcı K, *İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Dersleri*, TES-İş Sendikası, Türkiye Enerji ve Gaz İşçileri Sendikası, TES-İş Eğitim Yayınları, 1999.
- Arslan R, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Geçici Hukuki Korumalar Konusunda Getirdiği Yenilikler”, *Bankacılar Dergisi*, Özel Sayı, 2013, s. 7-27.
- Atalı M/ Ermenek İ/ Erdoğan E, *Medeni Usul Hukuku*, Yetkin Yayınları, 2021.
- Aydın U, “İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Tasarısı Üzerine”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, 2012(26), s. 10-18.
- Aydınlı İ, *İş Sağlığı ve Güvenliğinden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk*, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, 2021.
- Başbuğ A, Bodur M Y, *İş Hukuku*, 5. Baskı, Beta Yayınları, 2018.
- Başbuğ A, “İşyeri Hekimini İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Organizasyonundaki Yeri ve İşçi Sağlığı ve İş Güvenliğinin Gerçekleştirilmesindeki Rolü”, *Uluslararası ve Ulusal Hukuk Sisteminde İşyeri Hekimliği Sempozyumu*, 24 Mayıs 2003, Türk Tabipleri Birliği Yayınları, 2003, s. 65-97.
- Başterzi S, *Çalışmanın Kesintiye Uğramasının Sosyal Sigorta İlişkisine Etkisi*, Dijital Basımevi, 2007.
- Baycık G, “Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Haklarında Yeni Düzenlemeler”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2013(3), s. 103-170.
- Baycık G, “Yeni Düzenlemeler Açısından İnşaat İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülükleri”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 60(2), 2011, s. 227-253.
- Bostancı Y, “İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Yükümlülüklerini

Yerine Getirmemesi ve Yaptırımları”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 12(1-2), 2004, s. 67-86.

- Canıklıoğlu N, “6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda Öngörülen İşveren Yükümlülükleri”, *Çalışma Mevzuatı Semineri*, Türkiye, Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, 26-30 Eylül 2012, s. 27-84.
- Centel T, “3.4.2012 Tarihli İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Tasarısında İş Sağlığı ve Güvenliği Denetim Sistemi ve Yaptırımlar”, *İş Sağlığı ve Güvenliği Kanun Tasarısı Semineri*, Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu, 25 Nisan 2012, 2012, s. 55-68.
- Demir F, “İş Sağlığı ve Güvenliği Önlemlerinin Alınmasında İşverenin Sorumluluğu”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan, 20(1), 2014, s. 675-704.
- Eker D, *İş Sağlığı ve Güvenliğinde Kamusal Yaptırımlar*, On İki Levha Yayınları, 2021.
- Ekmekçi Ö, Köme Akpulat A, Akdeniz A L, *İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku Dersleri*, On İki Levha Yayınları, 2022.
- Ekmekçi Ö, Yiğit E, *Bireysel İş Hukuku Dersleri*, 3. Baskı, On İki Levha Yayınları, 2021.
- Ekmekçi Ö, “4857 Sayılı İş Kanunu’nda İzinler ve İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Hükümler”, *Yeni İş Yasası (Seminer Notları ve İş Kanunu)*, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası Yayını, (25-29 Haziran 2003 Çeşme), 2003.
- Erdoğan, C, “Geçici İş İlişkisinde İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Önlemleri Alma Yükümlülüğü”, *Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017(2), s. 127-158.
- Habertürk, “Tehlikeli İşler’e Kilit Vuruldu!”, 4.3.2013, <<https://www.haberturk.com/ekonomi/is-yasam/haber/824838-tehlikeli-islere-kilit-vuruldu>> Erişim Tarihi 12 Mart 2021.
- ILO, <[https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS\\_377260/lang--tr/index.htm](https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377260/lang--tr/index.htm)> Erişim Tarihi 10 Mart 2021.

- İçel K, “Görünüşte Birleşme (İçtima) İlkeleri ve Yeni Türk Ceza Kanunu”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 2008(14), s. 35-49.
- Kamu Denetçiliği Kurumu (Ombudsmanlık), *Soma Maden Kazasından Hareketle Kömür Madenciliğinde İş Sağlığı ve Güvenliği Özel Raporu*, Aralık 2014, <<https://www.ombudsman.gov.tr/OzelRaporlar>> Erişim Tarihi 26 Şubat 2022.
- Kılıkş İ, “İş Sağlığı ve Güvenliğinde Yeni Dönem: 6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu”, *“İş Güç” Endüstri İlişkileri ve İnsan Kaynakları Dergisi*, 15(1), 2013, s. 19-42.
- Köseoğlu, A C, “İş Sağlığı ve Güvenliği Nedeniyle İdarece İşin Durdurulması ve İşyerinin Kapatılması”, *“İş Güç” Endüstri İlişkileri ve İnsan Kaynakları Dergisi*, 7(1), 2005, s. 13-35.
- Köseoğlu A C, *İşyerinin Kapanmasının İş Sözleşmelerine Etkisi*, Beta Yayınları, 2004.
- Kuru, Baki, *Medeni Usul Hukuku El Kitabı*, Cilt II, Yetkin Yayınları, 2020.
- Laçiner V, *İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku: Teknik ve Tıbbi İş Güvenliğinin Hukuksal Boyutu*, İdeal Kültür Yayıncılık, 2013.
- Mollamahmutoğlu H, Astarlı M, Baysal U, *İş Hukuku*, 7. Baskı, Lykeion Yayınları, 2022.
- Özbek V Ö, Doğan K, Bacaksız P, *Ceza Genel Hukuku Temel Bilgiler*, 12. Baskı, Seçkin Yayınları, 2022.
- Özdemir E, *İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku*, Vedat Kitapçılık, 2014.
- Özdemir E, *İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku Dersleri*, Vedat Kitapçılık, 2020.
- Özdemir E, “İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun Temel Esasları”, *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2015 Yılı Toplantıları*, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2016, s. 15-67.
- Özden B, *İş Sağlığı ve Güvenliği Yönünden Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi*, T.C. Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı Özel Hukuk Bilim Dalı Doktora Tezi, 2020.
- Özgenç İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 17. Baskı, Seçkin Yayınları,

2021.

- Öztekin, S B, “İş Sağlığı ve Güvenliği ile İlgili Yükümlülüklerle Aykırılık Durumunda İşin Durdurulması”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2017(133), s. 649-676.
- Sarıbay Öztürk G, *İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerinin Yerine Getirilmemesinin Hukuki, İdari ve Cezai Sonuçları*, Beta Yayınları, 2015.
- Seratlı G B, “4857 Sayılı İş Kanununa Göre İş Sağlığı ve Güvenliği”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2004, 53(2), <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/628627>> Erişim Tarihi 27 Şubat 2022.
- Sümer, H H, *İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku*, Seçkin Yayınları, 2021.
- Sümer H H, “İş Sağlığı ve Güvenliği Yaptırımı Olarak İşin Durdurulması”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 12(131), 2017, s. 92-103.
- Süzek S, *İş Güvenliği Hukuku*, Savaş Yayınları, 1985.
- Süzek S, “İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Konusunda Somut Çözüm Önerileri”, *Kamu İş - İş Hukuku ve İktisat Dergisi*, Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan, 5(3), 2000, s. 305- 324, <<https://www.tuhis.org.tr/pdf/5319.pdf>> Erişim Tarihi 10 Mart 2022.
- Süzek S, *İş Hukuku*, 21. Baskı, Beta Yayınları, 2021.
- Şahin Emir A, *İşyerinde Tehlike Halinde Alınması Gereken Önlemlerin Hukuki Çerçevesi*, Seçkin Yayınları, 2015.
- Temir A, *(Açıklamalı ve Uygulamalı) İş Sağlığı ve Güvenliği*, Yaklaşım Yayıncılık, 2014.
- Urhanoglu Cengiz İ, “İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerine Aykırı Davranışının Yaptırımı Olarak İşin Durdurulması veya İşyerinin Kapatılması”, *Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan*, C. II, Beta Yayınları, 2011, s. 1957 – 1982.
- TBMM, *İş Sağlığı ve Güvenliği Kanun ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı*, Yasama Dönemi: 24, Yasama Yılı: 5, <<https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss687.pdf>> Erişim Tarihi 25 Şubat 2022.

T.C. İçişleri Bakanlığı Afet ve Acil Durum Yönetim Başkanlığı, *Kimyasal Biyolojik Radyolojik Nükleer Tehditler (KBRN) Çernobil Nükleer Santral Kazası*, <<https://www.afad.gov.tr/kbrn/cernobil-nukleer-santral-kazasi>> Erişim Tarihi 10 Mart 2022.

T.C. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürlüğü *İdari Para Cezaları – 6331 Sayılı İSG Kanununa Göre 2022 Yılında Uygulanacak İdari Para Cezaları*, <<https://www.csgb.gov.tr/isggm/hizmetlerimiz/idari-para-cezalari/>> Erişim Tarihi 25 Şubat 2022. TBMM, <<https://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-1006.pdf>> Erişim Tarihi 25 Şubat 2022.

T.C. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, *Programlı Teftişler*, <<https://www.csgb.gov.tr/medias/8462/programli-teftisler.pdf>> Erişim Tarihi 26 Şubat 2022.

T.C. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, *Programlı Teftişler*, <<https://www.csgb.gov.tr/medias/8462/programli-teftisler.pdf>> Erişim Tarihi 26 Şubat 2022.

Türkiye Mühendis ve Mimar Odaları Birliği, *Soma Maden Faciası TMMOB Raporu*, Ankara, Eylül 2014, <<https://www.tmmob.org.tr/sites/default/files/somaraporu.pdf>> Erişim Tarihi 23 Mart 2022.

United Kingdom Health and Safety Executive, *When a Health and Inspector Calls, What to Expect When We Visit Your Business*, 08/2017, <<https://www.hse.gov.uk/pubns/hsc14.pdf>> Erişim Tarihi 9 Mart 2021.

United Kingdom Health and Safety Executive, *Icmesa Chemical Company, Seveso, Italy, 10th July 1976*, <<https://www.hse.gov.uk/comah/sragtech/caseseveso76.htm>> Erişim Tarihi 11 Nisan 2022.

<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>  
(Yargıtay Karar Arama)

<https://karararama.danistay.gov.tr> (Danıştay Karar Arama)

<https://www.lexpera.com.tr/> (Lexpera)

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

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068  
Cilt / Volume XXVII Nisan / April 2023 Sayı / No. 2

**TÜRK HUKUKU'NDA MİRASIN RESMÎ TASFİYESİNİ  
GEREKTİREN HALLER**

THE CIRCUMSTANCES THAT REQUIRE OFFICIAL LIQUIDATION OF  
HERITAGE IN TURKISH LAW

Bengisu ÖNDER SÜYEN\*  

**ÖZET**

[10.34246/ahbvuhfd.1185068](https://doi.org/10.34246/ahbvuhfd.1185068) 

*Mirasbırakanın ölümünün ardından mirasçılara, mirası kabul, ret, defter tutma talebinde bulunma seçimlik haklarının yanında dördüncü olarak resmî tasfiye talebinde bulunma imkânı tanınmıştır. Resmî tasfiye durumunda mirasçılardan, tereke borçlarından sorumlulukları bulunmamaktadır. Bu yönüyle resmî tasfiyenin, diğer seçimlik haklara kıyasla mirasçılar açısından daha güvenli bir yol oluşturduğunu söylemek mümkündür. Bunun yanı sıra, alacaklarını elde edememe hususunda inandırıcı sebeplerle şüphe duyan mirasbırakanın alacaklılarına da, talepte bulunmalarına rağmen kendilerine ödemedeki bulunulmaması ya da güvence gösterilmemesi halinde resmî tasfiye talebinde bulunma hakkı tanınmıştır. Resmî tasfiye, bazı yönleriyle mirasın reddine, diğer bazı yönleriyle de mirasın kabulüne benzemekle birlikte, mirasçılara tanınan bu hakkın bağımsız ve kendine özgü bir nitelik taşıdığı kabul etmek gerekmektedir. Resmî tasfiye, sulh mahkemesince ya da atayacağı tasfiye memuru tarafından gerçekleştirilir. Tasfiye memuru, tasfiye sürecine ilişkin işlerini sulh mahkemesinin denetimi ve gözetimi altında yürütür. Kanun koyucunun öngördüğü bazı hallerde, talep şartı olmaksızın hâkim tarafından re'sen resmî tasfiye gerçekleştirilebilir. Bu çalışmada, resmî tasfiyeye ilişkin genel*

\* **Arş. Gör.**, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Anabilim Dalı / ANKARA, **e-posta:** bengisu95@hotmail.com, **ORCID:** 0000-0001-5664-8947  
**DOI:** 10.34246/ahbvuhfd.1185068

\* **İntihal / Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / *This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.*

bilgilere yer verilmiş, özellikle kanundan doğan resmî tasfiye halleri açısından taşıdığı önem dolayısıyla mirasın reddi kurumu da incelenerek Türk hukukunda resmî tasfiye gerektiren durumlar koşullarıyla birlikte açıklanmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Resmî Tasfiye, Mirasçıların Sorumluluğu, Mirasın Reddi, Olağan Tasfiye Usulü, İflas Usulü ile Tasfiye

### ABSTRACT

After the death of the inheritor, the heirs are entitled to accept the estate, to disclaim the estate or to request official bookkeeping. In addition to these elective rights, the heirs are also entitled to claim official liquidation of heritage. In this case, the heirs will not be liable for debts of the estate. Therefore, the official liquidation is a safer way for the heirs in comparison to their other elective rights. Besides, the creditors of the inheritor are also entitled to claim official liquidation under certain circumstances. Although official liquidation shows similarities in some respects with disclaimer of the inheritance and in some respects with acceptance of the inheritance, it has to be considered as a sui generis right. The official liquidation is carried out by the court of peace or by one or more liquidators to be appointed by the same court. Liquidator carries out the transactions under the supervision of the same court. Under certain circumstances, the liquidation process is carried out by the judge ex officio. This study aims to describe, including the disclaimer of the heritage, the conditions of the official liquidation of heritage under the Turkish Civil Code.

**Keywords:** Official Liquidation, Liability of Heirs, Disclaimer of Heritage, Ordinary Liquidation, Liquidation by Bankruptcy.

### EXTENDED ABSTRACT

This article aims to discuss the legal nature of the official liquidation of inheritance in Turkish Inheritance Law and to put forward its legal requirements in a systematic way. In this context, after giving general information about the official liquidation, the disclaimer of inheritance is analysed and the situations requiring official liquidation in Turkish Law.

According to the principle of universal succession, which is the most important principle of the Turkish Inheritance Law, on the death of a person, his entire property passes immediately and automatically to the legal and appointed heirs. Since the estate continues to exist as a whole in accordance with the principle of universal succession, it is not possible for any property in the estate to be left unclaimed or forgotten. In case of more than one heir, the heirs jointly own the estate. In this way, it is prevented that the heirs act alone and make savings that will harm the interests of other heirs. As can be seen, the principle of universal succession is in the interest of both the heirs and the creditors of the deceased.

On the other hand, the principle of universal succession may lead to undesirable results for the heirs in some aspects. As a matter of fact, in case where there is more than one heir, the inability of the heirs to dispose of the estates alone is in the interest of the inheritance partnership, but it does not coincide with the personal interests of the heirs. Similarly, the fact that the heirs are jointly and severally liable for the debts of the deceased with their personal assets creates a damaging situation for the heirs. In order to eliminate these drawbacks of the principle of universal succession, the heirs are granted four elective rights with the opening of the inheritance: accept or reject the inheritance, request official bookkeeping or request the official liquidation of the inheritance.

In cases of acceptance or disclaimer of the inheritance, the heirs are faced with the danger of incurring losses because they do not have a proper idea about the estate. The heirs, who do not want to put themselves in this danger, can request the official liquidation of the estate, as well as request bookkeeping, in cases where it is not clear whether the estate has more assets or liabilities. Official liquidation creates a safer way for the heirs than bookkeeping, as they are not personally liable for the debts of the deceased.

The main purpose of the official liquidation is to prevent the mixing of the estate and the personal assets of the heirs. Thus, the heirs are not responsible for the debts of the estate and the creditors are satisfied with the estate. In the other three elective rights, other than the official liquidation, the heirs are either not liable at all for the debts in the estate or are liable with their personal assets. However, in the official liquidation, the heirs are only responsible for the debts of the estate limited to their assets in the estate.

In spite of the Turkish Civil Code Article 632 et al. that regulates official liquidation of the inheritance, there is no specific provision regarding the legal nature of it, therefore various opinions are put forward in the doctrine. In our opinion, the official liquidation has a sui generis legal character.

There are two types of official liquidation: ordinary procedure and bankruptcy procedure. Since the assets of the estate are of a nature to meet its liabilities in the liquidation with the ordinary method, all the receivables of the creditors are paid. On the other hand, since the assets of the estate are not enough to cover its liabilities in liquidation by bankruptcy procedure, the creditors receive their receivables in proportion to their shares. In both liquidation procedures, creditors who cannot obtain their receivables from the estate do not have the opportunity to apply to the personal assets of the heirs.

Except for the two cases listed in the law, official liquidation can only be carried out upon request. Those who can request official liquidation are the heirs and the creditors of the inheritance in case of the fulfillment of the conditions mentioned in the law. On the other hand, in the cases listed in the Turkish Civil Code, the peace of

*court may ex officio order the liquidation.*

*As a conclusion, the official liquidation is a sui generis institution that aims to protect both the heirs and the creditors of the deceased. The implementation of the official liquidation provisions has two consequences: First of all, the official liquidation has the effect of eliminating the liability arising from the debts of the estate. Secondly, the residual value as a result of the official liquidation again belongs to the heirs.*

## GİRİŞ

Miras hukukuna hâkim olan temel ilkelerden biri, külli halefiyet ilkesidir. Buna göre mirasbırakanın ölümünün ardından mirasçılar, herhangi bir işlem ya da mahkeme kararına ihtiyaç olmaksızın terekeyi bütün olarak kazanırlar. Diğer bir anlatımla, mirasçıların şahsi malvarlıkları ile miras yoluyla kazandıkları tereke birleşerek tek bir malvarlığı meydana getirir. Bu noktada resmî tasfiye, külli halefiyet ilkesinin istisnalarından birini oluşturmaktadır. Zira, resmî tasfiye talebiyle birlikte her ne kadar miras açılmış ise de tereke, mirasçılar tarafından kazanılmamakta, mirasçıların şahsi malvarlığından bağımsız bir varlık göstermektedir. Söz konusu malvarlığı, ilk olarak tereke borçlarına tahsis edilmiş durumdadır. Bu nedenle, mirasçıların tereke borçlarından doğan sorumlulukları kanunen ortadan kalkmakta; mirasbırakanın alacaklıları, mirasçıların şahsi sorumlulukları kapsamında onlara başvuramayıp alacaklarını terekeden elde etmektedirler. Mirasçılardan birinin usulüne uygun resmî tasfiye talebinde bulunmasının ardından terekenin pasifi, terekenin aktifinden karşılanmakta, geriye kalan bakiye ise mirasçılara geçmektedir. Mirasın resmî tasfiyesi, mirasın reddi ve mirasın kabulüne benzer nitelikler taşımakla birlikte, miras hukukunda kendine özgü nitelik taşıyan bir hukuki kurum olması dolayısıyla özel bir öneme sahiptir.

## I. RESMÎ TASFİYENİN AMACI, HUKUKİ NİTELİĞİ VE RESMÎ TASFİYE USULLERİ

### A. Resmî Tasfiyenin Amacı

Mirasın açılması ile birlikte mirasçılara tanınmış olan dört seçimlik haktan birisi de resmî tasfiyedir. Gerçekten mirasçılar, mirası kabul ya da reddedebilecekleri gibi resmî defter tutulmasını da talep edebilirler. Bu üç seçimlik hakkın yanı sıra dördüncü olarak mirasçılara, mirasın resmî tasfiyesini talep edebilme hakkı tanınmıştır. Mirasın kabulü ya da reddi halinde mirasçılar, tereke mevcudu hakkında tam fikir sahibi olmadıkları

için zarara girme tehlikesi ile karşı karşıya kalmaktadırlar. Kendilerini bu tehlikeye atmak istemeyen mirasçılar, terekenin aktifinin mi yoksa pasifinin mi daha fazla olduğunun anlayamadığı durumlarda, defter tutma talebinde bulunabilecekleri gibi terekenin resmî tasfiyesini de talep edebilirler. Resmî tasfiye, mirasbırakanın borçlarından şahsen sorumlu olmamaları bakımından mirasçılar açısından defter tutmaya göre daha güvenli bir yol oluşturmaktadır<sup>1</sup>.

Resmî tasfiye, diğer seçimlik haklardan farkı hüküm ve sonuçlar doğurmaktadır. Kural olarak, mirasbırakanın ölümüyle birlikte hem yasal hem de atanmış mirasçılar, mirasbırakanın bütün borçlarından kişisel ve sınırsız olarak sorumlu olurlar. Mirasçılar bu sorumluluktan kurtaran bir hal olarak, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 632 ila 636 maddeleri arasında resmî tasfiye kurumu düzenlenmiş bulunmaktadır. TMK m. 632/III uyarınca, “*Resmî tasfiye halinde mirasçılar, terekenin borçlarından sorumlu olmazlar.*”

Diğer üç seçimlik hakta mirasçılar, terekedeki borçlardan ya hiç sorumlu olmazlar ya da kişisel malvarlıkları ile sorumlu olurlar. Oysa resmî tasfiyede mirasçılar, sadece terekedeki malvarlığı ile sınırlı olarak tereke borçlarından sorumlu olurlar<sup>2</sup>. Diğer bir anlatımla, resmî tasfiyede tereke malları ve mirasçıların kişisel malvarlıkları birbirinden ayrı tutulmakta, bunların birleşmesinin önüne geçilmek istenmektedir<sup>3</sup>.

Mirasın resmen tasfiyesi, miras hukukuna hâkim olan, mirasın bir bütün olarak intikalini ifade eden külli halefiyet ilkesinin istisnalarından birini oluşturmaktadır<sup>4</sup>. Nitekim, resmî tasfiye halinde tereke, mirasçıların malvarlığından bağımsız, belirli bir amacı yerine getirmeye hizmet eden özel

<sup>1</sup> Zahit İmre/ Hasan Erman, *Miras Hukuku*, 15. Basım, Der Kitabevi, 2021, s. 398.

<sup>2</sup> Ali Naim İnan/ Şeref Ertaş / Hakan Albaş, *Miras Hukuku*, 10. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 534; Fikret Eren/ İpek Yücer Aktürk, *Türk Miras Hukuku*, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, 2021, s. 556; İmre/Erman, s. 397; Mustafa Dural/ Turgut Öz, *Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku*, 17. Baskı, Filiz Kitabevi, 2021, s.436; Bilge Öztan, *Miras Hukuku*, 12. Bası, Yetkin Yayınları, 2021, s. 418.

<sup>3</sup> İmre/Erman, s. 397-398; Öztan, s. 418; Rona Serozan/Baki İlkay Engin, *Miras Hukuku*, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 531; Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Miras Hukuku*, 3. Bası, Filiz Kitabevi, 1987, s. 644; Nuşin Ayiter/ Ahmet Kılıçoğlu, *Miras Hukuku*, 2. Bası, Savaş Yayınları, 1991, s. 247; Esat Şener, *Eski ve Yeni Miras Hukuku (Şerh)*, Seçkin Kitabevi, 1988, s. 742; Tuba Birinci Uzun, *Mirasın Resmî Tasfiyesi*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 53; Mehmet Ayan, *Miras Hukuku*, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 289.

<sup>4</sup> Dural/Öz, s. 436-437; Birinci Uzun, s. 50; O. Gökhan Antalya, *Miras Hukuku Cilt III*, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 457; Ayan, s. 289.



bir malvarlığı görünümündedir<sup>5</sup>. Bu malvarlığı, tasfiye memuru tarafından yönetilmektedir. Tasfiye memuru, mirasçılarının ve tereke alacaklılarının menfaatine uygun olacak şekilde, kendi adına hareket ederek terekeyi tasfiye eder<sup>6</sup>. Resmî tasfiye esnasında tasfiye memurunun mirasçılarının ve mirasbırakanının menfaatine uygun hareket etmesi, onların talimatlarına bağlı olduğu anlamına gelmemektedir; aksine tasfiye memuru, bu kimselerin iradesinden bağımsız olarak tasfiye sürecinin gerektirdiği işlemleri gerçekleştirmektedir<sup>7</sup>.

Mirasçılardan birinin resmî tasfiye talebinde bulunması halinde miras açılmakla birlikte, mirasçılar resmî tasfiyenin sonuna kadar terekeyi iktisap edemez. Bu halde ilk olarak, tereke varlığından mirasbırakanın borçları ödenir, sonrasında kalan artık değer ise mirasçılara paylaşılır. Dolayısıyla resmî tasfiyede tereke mevcudu, öncelikle mirasbırakanın alacaklılarına tahsis olunmaktadır<sup>8</sup>. Bu doğrultuda resmî tasfiyenin hem mirasçılarını hem de tereke alacaklılarını korumayı amaçlayan, mirasçılar açısından diğer seçimlik haklara oranla daha güvenli bir yol olduğunu söylemek mümkündür<sup>9</sup>.

Resmî tasfiye, mirasçılarının olduğu kadar mirasbırakanın alacaklılarını da korumayı amaçlamaktadır<sup>10</sup>. Nitekim, TMK m. 633'te, maddede sayılan şartların varlığı halinde mirasbırakanın alacaklılarına da resmî tasfiye isteme hakkı tanınmıştır. Söz konusu madde uyarınca mirasbırakanın alacaklıları, alacaklarını elde edemeyecekleri hususunda inandırıcı sebeplerinin bulunması durumunda, talep etmelerine rağmen alacakları ödenmezse ya da kendilerine güvence verilmezse, mirasbırakanın ölümünden veya vasiyetnamenin açılmasından itibaren üç ay içinde resmî tasfiye talebinde bulunabilirler. Böylelikle, alacaklıların terekeden tahsil edememe riski ile karşılaşan alacaklıların, resmî tasfiye talep ederek, alacaklarını terekeden tahsil etmeleri mümkün kılınmıştır. Vasiyet alacaklılarına, doğrudan resmî tasfiye talebinde bulunma imkânı tanınmamış olmakla birlikte, aynı koşulların varlığı halinde bu kişiler, haklarının korunması için gerekli önlemlerin alınmasını talep edebilirler.

<sup>5</sup> Antalya, s. 458.

<sup>6</sup> Birinci Uzun, s. 179; Antalya, s. 458.

<sup>7</sup> Antalya, s. 458.

<sup>8</sup> Kocayusufpaşaoğlu, *Miras*, s. 644.

<sup>9</sup> Eren/Yücer Aktürk, s. 556; Dural/Öz, s. 436; Serozan/Engin, s. 531; İmre/Erman, s. 398; Ayiter/Kılıçoğlu, s. 247.

<sup>10</sup> Cem Baygın, *Türk Miras Hukukunda Alacaklıların Korunması*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2005, s. 85; Birinci Uzun, s. 54.

Son olarak, “*mirasçılarının alacaklılarının korunması*” başlıklı TMK m. 617 hükmü ile mirasçılarının şahsi alacaklılarının menfaatleri de resmî tasfiye yoluyla güvence altına alınmıştır. Bu hüküm ile, mirasçılardan birinin kişisel alacaklılarına zarar verme amacıyla mirası reddetmesi durumunda alacaklılara, mirasın reddini iptal ettirerek mirasın resmî tasfiyesini sağlama imkânı tanınmıştır<sup>11</sup>.

## B. Resmî Tasfiyenin Hukuki Niteliği

Mirasın resmî tasfiyesi, TMK m. 632 vd. maddelerinde düzenlenmiş olmakla birlikte, bu kurumun hukuki niteliğine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Resmî tasfiye, genel hatlarıyla, yetkili tasfiye memuru tarafından tereke borçlarının ödenmesinden sonra arta kalan bakiyenin mirasçılara verilmesi sürecini ifade etmektedir. Bu kurum, bir yandan mirasın kabulü ile benzerlik gösterirken, diğer yandan mirasın reddine ilişkin unsurları da içinde barındırmaktadır<sup>12</sup>.

Mirasçılarının terekenin borçlarından kişisel sorumluluğunun bulunmaması resmî tasfiyeyi mirasın reddine yaklaştırırken, tasfiye sonunda artan bakiyenin mirasçılara verilmesi, bu kurumu, mirasın kayıtsız şartsız kabulüne ya da tutulan deftere göre kabulüne yaklaştırmaktadır<sup>13</sup>. Resmî tasfiyeyi mirasın reddi kurumuna benzeten yazarlar, düşüncelerini, tasfiyenin, külli halefiyet ilkesini ortadan kaldırması esasına dayandırmaktadırlar. Nitekim, mirasın reddinde olduğu gibi resmî tasfiyede de mirasçılar, terekenin borçlarından kişisel malvarlıklarıyla sınırsız sorumlu olmazlar<sup>14</sup>. Diğer taraftan, resmî tasfiye talebinde bulunan mirasçılarının, bu sıfatlarından doğan bazı hakları tasfiye sürecinde de devam etmektedir. Zira, mirasçılarının tasfiye sonucunda arta kalan mirastan faydalanmaları imkânı devam etmekte, mirasçılarının ölüme bağlı tasarrufların iptalini talep etme ve tenkis davası açma hakları

<sup>11</sup> Mirasçılarının kişisel alacaklılarına doğrudan doğruya resmî tasfiye talebinde bulunma hakkı tanınmamıştır. Onlar ancak, kendilerine zarar verme kastıyla mirası reddeden mirasçılarının reddinin iptalini talep edebilirler. Oysa, mirasçının durumu iyi olmasına rağmen terekenin borç içinde olması durumunda bu iki malvarlığının birbirine karışmasının önüne geçmekte mirasçının kişisel alacaklılarının da menfaati bulunmaktadır. Bkz. Kocayusufpaşaoğlu, *Miras*, s. 645.

<sup>12</sup> Serozan/Engin, s. 532; İnan/Ertaş/Albaş, s. 534.

<sup>13</sup> İnan/Ertaş/Albaş, s. 534; Eren/Yücer Aktürk, s. 556; İmre/Erman, s. 397; Serozan/Engin, s. 532 vd.

<sup>14</sup> Dural/Öz, s. 436; Serozan/Engin, s. 532.

sürmektedir<sup>15</sup>. Bu açılardan değerlendirildiğinde resmî tasfiyenin, mirasın kabulüne yaklaştığı ve hatta mirasın kabulünün özel bir çeşidi olduğu görüşü de ileri sürülmektedir<sup>16</sup>.

Bizim de katıldığımız görüşe göre mirasın resmî tasfiyesi, kendine özgü bir kurumdur<sup>17</sup>. Mirasın resmen tasfiyesinin bazı yönleriyle mirasın reddi ile benzerlik gösterirken, diğer bazı yönleriyle de mirasın kabulüne yaklaştığını söylemek mümkün olmakla beraber, bu kurumun TMK'da mirasçılara tanınan dört bağımsız seçimlik haktan biri olduğu göz önünde bulundurulduğunda, kanımızca, mirasın resmî tasfiyesinin kendine özgü bağımsız bir kurum olarak kabulü isabetli olacaktır.

### C. Resmî Tasfiye Usulleri

#### 1. Genel Olarak

Resmî tasfiyenin nasıl yapılacağına ilişkin esaslar TMK m. 634'te düzenlenmiştir. Buna göre resmî tasfiye, sulh mahkemesi tarafından ya da bu mahkemenin atayacağı bir veya daha fazla tasfiye memuru tarafından gerçekleştirilir. Usulüne uygun resmî tasfiye talebi üzerine hâkim, şartların gerçekleştiğine kanaat getirmesi halinde resmî tasfiyeye başlamakla yükümlüdür<sup>18</sup>. Doktrindeki hâkim görüşe göre tasfiye memurunun mirasçılar arasından atanması, menfaat dengesine uygun düşmez<sup>19</sup>. Tasfiye memurları, sulh hakiminin denetimi altında görevlerini yürütürler. Zira, TMK m. 634/IV hükmü ile mirasçılara ve tereke alacaklılarına, tasfiye memurları hakkında sulh mahkemesine şikâyette bulunma imkânı tanımıştır. Buna göre, tasfiye memurları tarafından yapılan işlemlere karşı, mirasçıların ve tereke alacaklılarının, bu işlemleri öğrenmelerinden itibaren yedi günlük

<sup>15</sup> Serozan/Engin, s. 532; İmre/Erman, s. 409; İnan/Ertaş/Albaş, s. 534. Bununla beraber, mirasın resmî tasfiyesinin mirasın kabulüne benzetilmesinin, tasfiye kurumunun amaçlarına uygun düşmediği savunulmaktadır. Buna göre, mirasçıların resmî tasfiye talebinde bulunmaları halinde terekenin aktifi, pasiflerin karşılanmasına tahsis edildiği için, mirasçıların bu sıfatları dolayısıyla sahip oldukları hakların pratik bir değeri kalmamaktadır. Bu nedenle resmî tasfiye, mirasın kabulünden veya reddinden tamamen bağımsız, kendine özgü ayrı bir kurumdur. Bkz. Mehmet Kılıç, "Türk Hukukunda Mirasın Resmen Tasfiyesi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 62(3), 2013, s. 767-768.

<sup>16</sup> İmre/Erman, s. 397; Öztan, s. 418; Kocayusufpaşaoğlu, *Miras*, s. 653.

<sup>17</sup> Eren/Yücer Aktürk, s. 556; Antalya, s. 458.

<sup>18</sup> Dural/Öz, s. 439.

<sup>19</sup> Dural/Öz, s. 439; Eren/Yücer Aktürk, s. 559. Aksi yöndeki görüş için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, *Miras*, s. 649; Öztan, s. 423; Serozan/Engin, s. 534; Birinci Uzun, s. 176.

hak düşürücü süre içinde yazılı olarak şikâyette bulunmaları mümkündür<sup>20</sup>. Yapılan şikâyetler üzerine sulh hâkimi, tasfiye memurunu görevden alma yetkisini haizdir. Bunun yanı sıra, tasfiye memurunun, hukuka aykırı ve kusurlu davranışları dolayısıyla 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 506 hükmü uyarınca vekilin sorumluluğu hükümleri kapsamında sorumluluğu doğmaktadır<sup>21</sup>.

TMK m. 634 hükmü uyarınca, resmî tasfiye sürecine öncelikle resmî defterin tutulması amacıyla yapılacak bir ilan ile başlanır; daha önce terekenin resmî defteri tutulmuşsa bu durumda resmî tasfiye, tutulan bu deftere göre yapılır. İlanda belirtilen süre içinde mirasbırakanın alacaklılarının ve borçlularının alacak ve borçlarını bildirmeleri istenir. Yapılan bildirimler üzerine tutulan defter ile terekenin aktifi ve pasifi belirlenir. Mirasbırakanın ilanda belirtilen süre içinde başvurmamış olan alacaklıları, resmî defter tutmadan farklı olarak<sup>22</sup>, deftere yazdırmamada kusurları bulunsa dahi, bakiye mirasçılara devredildikten sonra da haklarını doğrudan doğruya mirasçılara karşı ileri sürebilirler<sup>23</sup>. Durum böyle olmakla beraber, mirasçıların bu alacaklılara karşı sorumlulukları, terekeden ellerine geçen miktarla sınırlıdır<sup>24</sup>.

Mirasçılar, resmî tasfiye süresince tereke üzerinde tasarruf edebilme imkanına sahip olmadıklarından, tereke borçlularının mirasçılara ödeme yapmaları onları borçlarından kurtarmaz; bu hâlde sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulanır<sup>25</sup>.

Terekenin aktifinin pasifini karşılaması durumunda olağan tasfiye, karşılamaması durumunda ise iflas usulü ile tasfiye gerçekleştirilir<sup>26</sup>. Resmî

<sup>20</sup> Şikâyet hakkının mirasbırakanın alacaklılarına da tanınması gerektiğine ilişkin görüş için bkz. İmre/Erman, s. 407.

<sup>21</sup> İmre/Erman, s. 408; İnan/Ertaş/Albaş, s. 537; Öztan, s. 423.

<sup>22</sup> Resmî defter tutmada, mirasçıların sorumluluğu sadece deftere kaydedilen borçlarla sınırlıdır. TMK m. 629 hükmü uyarınca mirasçılar, alacaklarını belirtilen süre içinde yazdırmayan alacaklılara karşı kişisel malvarlıklarıyla ya da terekeden kendilerine geçen mallarla sorumlu olmazlar. Buna karşılık, alacaklının alacağını deftere yazdırmamada kusuru bulunmuyorsa ya da alacaklı bildirdiği halde alacak deftere yazılmamışsa mirasçılar, zenginleştikleri ölçüde sorumlu olurlar.

<sup>23</sup> İmre/Erman, s. 408-409; Kocayusufpaşaoğlu, *Miras*, s. 652; Serozan/Engin, s. 535; Öztan, s. 424; Ayiter/Kılıçoğlu, s. 250.

<sup>24</sup> İmre/Erman, s. 408-409; Kocayusufpaşaoğlu, *Miras*, s. 652; Serozan/Engin, s. 535; Öztan, s. 424.

<sup>25</sup> Öztan, s. 424; İmre/Erman, s. 405.

<sup>26</sup> Eren/Yücer Aktürk, s. 560; Dural/Öz, s. 440 vd.; İnan/Ertaş/Albaş, s. 537; İmre/Erman,

tasfiye sonucunda mirasçılara paylaştırılan tasfiye artığı, mirasçıların malvarlıkları ile karıştığı için, onların alacaklıları tarafından takibi mümkün hale gelir. Resmî tasfiyenin tamamlanıp kalan bakiyenin mirasçılara paylaştırılmasından itibaren mirasçılar, tenkis, iade ve miras sebebiyle istihkak davalarını açabilirler<sup>27</sup>.

## 2. Olağan Tasfiye Usulü ile Tasfiye

Mirasbırakanın alacaklılarının ve borçlularının yaptığı bildirimle göre tutulan resmî defterdeki aktiflerin pasifleri karşılması durumunda olağan tasfiye yoluna gidilir. Esas itibariyle mirasçıların menfaatini korumayı hedefleyen olağan usul ile tasfiye, TMK m. 635'te hükme bağlanmıştır. Bu usulde yapılan resmî tasfiye, bir dizi işlemi kapsamaktadır. Buna göre tasfiye memuru, mirasbırakanın yürüyen işlerini tamamlar, borçlarını ifa eder, alacaklarını tahsil eder ve terekenin imkân verdiği ölçüde vasiyet borçlarını yerine getirir. Kanun koyucu, bu hüküm ile getirilen işlemlerde bir sıra gözetmemiş olmakla birlikte, ilk olarak terekedeki nakit ile terekenin borçlarının yerine getirilmesinin ve vasiyet alacaklılarına ifada bulunulmasının, son olarak alacakların tahsilinin gerektiği ileri sürülmektedir<sup>28</sup>. Tereke borçlarının ödenmesi için önce alacakların tahsilinin gerekmesi durumunda ise, ilk olarak alacaklar tahsil edilir, sonrasında ise tereke borçları ödenir ve vasiyet alacaklılarına ifada bulunulur. Alacakların tahsil edilmesinden sonra da mevcut miktarın borçları ödemeye yetmemesi halinde, terekedeki mallar satılıp paraya çevrilir<sup>29</sup>. Tasfiye memuru veya hâkim, malların paraya çevrilmesi usulünü belirler. Satış, açık artırımla olabileceği gibi pazarlık usulüyle de gerçekleştirilebilir. Taşınmazlar ise, TMK m. 635/III'e göre, ancak bütün mirasçıların anlaşması durumunda pazarlık usulüyle satılabilmektedir.

TMK m. 635/IV hükmü uyarınca, tasfiyeye başlanırken ya da tasfiye işlemleri devam ederken, mirasbırakanın borçlarının karşılanması açısından bir miktar paraya veya bazı tereke mallarının paraya çevrilmesine gerek olmadığı kesin olarak anlaşılması halinde, tasfiye sonucunun beklenmesine gerek olmaksızın mirasçıların bu paranın veya malların kendilerine verilmesini istemeleri mümkündür. Bu halde, hâkim ya da tasfiye memuru, bu malları

s. 405-406; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Miras Hukuku*, 11. Bası, Turhan Kitabevi, 2021, s. 303; Antalya, s. 471 vd.; Serozan/Engin, s. 534; Ayan, s. 291.

<sup>27</sup> Dural/Öz, s. 442.

<sup>28</sup> Dural/Öz, s. 440; Eren/Yücer Aktürk, s. 561.

<sup>29</sup> Eren/Yücer Aktürk, s. 561; İmre/Erman, s. 405; Ayan, s. 291; Dural/Öz, s. 441.

terekeden ayırarak mirasçılara vermekle yükümlüdür.

Mirasbırakanın alacaklıları, vasiyet alacaklılarından önce geldiği için, mirasbırakanın alacaklılarının tamamının tatmin edilmesinden sonra vasiyet alacaklılarına ifada bulunulabilir<sup>30</sup>. Tereke borçlarının ödenmesi, vasiyet alacaklılarına ifada bulunulması ve tereke alacaklarının tahsil edilmesinin ardından kalan bakiye mirasçılara verilmektedir<sup>31</sup>. Mirasçılar arasındaki miras ortaklığı da tereke borçlarının ödenip geriye kalan bakiyenin kendilerine paylaştırılmasından itibaren kurulmaktadır<sup>32</sup>.

TMK m. 635/II hükmü ile, tasfiye memuruna, tereke ile ilgili dava, takip ve idari işlemler hakkında mirasçılara bilgi verme yükümlülüğü getirilmiştir. Söz konusu hükümden, tasfiye sırasında tereke ile ilgili uyuşmazlıklarda dava yoluna gidilebileceği sonucu çıkarılmaktadır. Durum böyle olmakla birlikte, dava ehliyetine kimin hangi sıfatla sahip olduğu hususu açık değildir. Nitekim, tasfiye sırasında, mirasçıların tereke üzerinde hak sahibi olmaması, mirasçıların dava haklarının bulunmadığını göstermektedir. Ayrıca tüzel kişiliği bulunmadığından tereke de dava ehliyetini haiz değildir. O halde, davaların yürütülebilmesi açısından kollektif şirketin tasfiyesine ilişkin hükümlerin burada da kıyas yoluyla uygulanması gerektiği kabul edilmektedir<sup>33</sup>. Nitekim, 5960 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun Velayet, Vesayet ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına İlişkin Tüzük m. 53 uyarınca, "*Resmî tasfiyede bu bölümde hüküm bulunmayan hallerde, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 211 inci ve devamı maddelerinde yer alan iflastan başka hallerde bir kollektif şirketin tasfiyesindeki tasfiye memurunun görev, yetki ve sorumlulukları ile tasfiyeye ilişkin hükümleri uygulanır.*" Gerçekten, tasfiye sürecinde terekeye ilişkin hak arama zorunluluğunun doğabileceği göz önünde bulundurulduğunda, terekenin dava ehliyetinin varlığının kabulü gerekmektedir.

## 3. İflas Usulü ile Tasfiye

Ölen kimsenin terekesinin tasfiyesi, kural itibariyle TMK m. 632 vd. hükümlerine göre yapılmaktadır. Buna karşılık, istisnai bazı durumların varlığı halinde terekenin tasfiyesinin İcra ve İflas Kanunu hükümlerine göre yapılacağı öngörülmüş bulunmaktadır. Mirasbırakanın terekesinin iflas hükümlerine göre

<sup>30</sup> Dural/Öz, s. 441; İmre/Erman, s. 406.

<sup>31</sup> Eren/Yücer Aktürk, s. 561.

<sup>32</sup> Dural/Öz, s. 441; İmre/Erman, s. 406.

<sup>33</sup> İmre/Erman, s. 405.

tasfiye edilmesini öngören bu durumlar, TMK m. 612 ve m. 636'da hükme bağlanmıştır. Kanun koyucu, Türk Medeni Kanunu'nun ilgili maddelerine öngörülen durumlarda, terekenin iflas hükümlerine göre sulh mahkemesince tasfiye edileceğini hükme bağlamıştır. Durum böyle olmakla birlikte, Türk Medeni Kanunu'nda iflas hükümlerine göre gerçekleştirilmesi öngörülen terekenin tasfiyesi, normal iflas tasfiyesinden ayrılmaktadır. Nitekim, terekenin iflas hükümlerine göre tasfiyesinde, normal iflas prosedüründen farklı olarak, ticaret mahkemesi değil sulh hukuk mahkemesi görevlidir. Bunun yanı sıra, Türk Medeni Kanunu'nda öngörülen tasfiye esas itibariyle alacaklıların yanı sıra mirasçılarının da korunması amacını taşımakta iken iflas hükümlerine göre tasfiyede sadece alacaklıların menfaati gözetilmektedir.

TMK m. 636 uyarınca, tutulan resmî defterden, tereke aktifinin pasifini karşılamadığının anlaşılması halinde, terekenin iflas usulüyle tasfiyesine gidilir. Bu usulde, mirasbırakanın alacaklılarının menfaati gözetilmektedir<sup>34</sup>. Sulh hâkimi, terekenin pasifinin daha fazla olduğu sonucuna ulaştığı takdirde iflas usulüyle tasfiyeye karar vermekle yükümlüdür. Hâkim, bu kararı kendiliğinden alabileceği gibi, mirasbırakanın alacaklılarının istemi üzerine de alabilir<sup>35</sup>. İflas usulüyle tasfiyenin nasıl yapılacağı, İcra ve İflas Kanunu'nun 208 vd. maddelerinde düzenlenmiştir.

Bir görüşe göre<sup>36</sup>, iflas hükümleri uyarınca yapılan tasfiyede mirasçılarının menfaati gözetilmemektedir, asıl olan alacaklıların menfaatinin korunmasıdır. Bu görüşün dayanağı, terekenin iflas hükümleri uyarınca tasfiyesi ancak mirasçılarının mirası kabul etmemeleri halinde söz konusu olduğundan, mirasçılarının bu tasfiyeden bir beklentilerinin olmaması gerektiğidir. Öğretide ileri sürülen bizim de katıldığımız diğer görüşe göre<sup>37</sup>, terekenin iflas usulüyle tasfiyesinin ardından artan bakiyenin mirasçılara paylaştırıldığı göz önünde bulundurulduğunda, tasfiye işlemleri yürütülürken malların korunması ve paraya çevrilmesi hususlarında mirasçılarının da korunmaya değer bir menfaatlerinin bulunduğu kabulü gerekmektedir.

Olağan usul ile tasfiye sırasında terekenin aktifinin pasifini

<sup>34</sup> İmre/Erman, s. 406; Kocayusufoğlu, *Miras*, s. 651.

<sup>35</sup> İmre/Erman, s. 406-407.

<sup>36</sup> Nejat Aydın Aysoy, *Tereke*, 1. Basım, Ege Matbaası, 1957, s. 136.

<sup>37</sup> Cumhuriyet / Murat Erdem, "Terekenin İflas Hükümlerine Göre Tasfiye Usulü", *10. Yıla Armağan İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, (22), 2012, <<https://ticaret.edu.tr/uploads/kutuphane/dergi/s22/313-335.pdf>>, Erişim Tarihi 15 Eylül 2022, s. 316.

karşılamadığının anlaşılması halinde iflas usulüyle tasfiye yoluna gidilebileceği gibi, iflas usulüyle yapılan tasfiye sırasında terekenin aktifinin pasifini karşıladığının anlaşılması halinde iflas usulüyle tasfiye sona erdirilerek olağan usul ile tasfiye de yapılabilir<sup>38</sup>.

## II. RESMÎ TASFİYE GEREKTİREN HALLER

### A. Talebe Bağlı Resmî Tasfiye

#### 1. Resmî Tasfiyenin Mirasçılar Tarafından Talep Edilmesi

Kanunda sayılan haller dışında resmî tasfiye, ancak istem üzerine gerçekleştirilebilir<sup>39</sup>. Türk Medeni Kanunu, sadece mirasçılara ve mirasbırakanın alacaklılarına resmî tasfiyeyi talep etme imkânı tanımıştır. Mirasçının alacaklılarına bu hak tanınmış değildir. 2003/5960 sayılı Tüzüğü 46. maddesi uyarınca mirasçılar, resmî tasfiye taleplerini, mirasbırakanın son yerleşim yeri sulh hukuk mahkemesine yazılı veya sözlü bir şekilde bildirirler.

Madde metninde geçen "*mirasçılar*" ifadesinin, yasal mirasçılarının yanında atanmış mirasçılarını da kapsadığı kabul edilmektedir<sup>40</sup>. Mirasçılar, terekedeki borç ve alacak oranından kesin emin olmadıkları durumda, kendi menfaatlerini korumak amacıyla, mirasın reddi ya da kabulü yerine defter tutma talebinde bulunabilecekleri gibi, doğrudan doğruya mirasın resmî tasfiyesini de talep edebilirler<sup>41</sup>. Daha önce de açıklandığı üzere, defter tutmaya oranla resmî tasfiye, mirasçılar açısından daha güvenli bir seçenektir.

TMK m. 632/II uyarınca, mirasçılardan birinin mirası kabul etmesi durumunda, diğer mirasçılarının resmî tasfiye talepleri hüküm ve sonuç doğurmaz. Defter tutulması talebinde deftere kayıt işleminin ardından mirasçılarının tekrar dört seçimlik hakka sahip olduğu göz önünde bulundurulduğunda, aynı şekilde, mirasçılardan biri mirası tutulan deftere göre kabul ederse, yine diğer mirasçılarının resmî tasfiye talepleri kabul edilmez<sup>42</sup>.

Resmî tasfiye, esas itibariyle mirasçılarını ve mirasbırakanın alacaklılarını korumayı amaçladığından, tasfiyenin sona ermesine kadar mirasçılarının bu

<sup>38</sup> İmre/Erman, s. 407; Dural/Öz, s. 441; İnan/Ertaş/Albaş, s. 538.

<sup>39</sup> Serozan/Engin, s. 532; Birinci Uzun, s. 64.

<sup>40</sup> Eren/Yücer Aktürk, s. 557; Birinci Uzun, s. 64.

<sup>41</sup> İmre/Erman, s. 398.

<sup>42</sup> İmre/Erman, s. 398.

taleplerinden vazgeçmeleri mümkündür<sup>43</sup>. Bu durumda mirasçılar, mirası kesin olarak kayıtsız şartsız kabul etmiş sayılırlar<sup>44</sup>. Durum böyle olmakla beraber, mirası kabul ya da reddetmiş olan mirasçının, bu seçiminden vazgeçerek resmî tasfiye talep etmesinin mümkün olmadığı savunulmaktadır<sup>45</sup>. Nitekim, mirasın kesin olarak veya tutulan deftere göre kabul edilmesi halinde mirasçının şahsi sorumluluğu doğacağından, tereke alacaklılarının menfaatinin de gözetilmesi gerekmektedir<sup>46</sup>.

Resmî tasfiye, mirasın açılmasından sonra mirasçılardan dört seçimlik hakkından biridir. Resmî tasfiye talebinde bulunulabilmesi için, mirasın daha önce kabul ya da reddedilmemiş olması şarttır. Dolayısıyla, mirasçılardan resmî tasfiyeyi talep hakkının, üç aylık miras ret süresi içerisinde kullanılması gerekmektedir<sup>47</sup>. Nitekim, üç aylık süreyi kaçırdığı ya da tereke işlerine karıştığı için miras kabul etmiş sayılan mirasçının artık resmî tasfiyeyi talep edebilme imkânı bulunmamaktadır<sup>48</sup>. Bunun yanı sıra, TMK m. 626 hükmü göz önünde bulundurulduğunda, mirasçılardan birinin defter tutma talebinde bulunması halinde resmî tasfiyeyi talep hakkının, deftere kayıt işlemlerinin tamamlanmasından itibaren bir ay içerisinde ileri sürülmesi gerektiği anlaşılmaktadır<sup>49</sup>.

## 2. Resmî Tasfiyenin Mirasbırakanın Alacaklıları Tarafından Talep Edilmesi

TMK m. 633 hükmüyle mirasbırakanın alacaklılarının, madde hükmünde belirtilen şartların gerçekleşmesi halinde resmî tasfiye talebinde bulunmaları mümkün kılınmıştır. Bu hüküm uyarınca, alacaklıların elde edememek hususunda inandırıcı nedenlerle endişe duyan mirasbırakanın

alacaklıları, talepte bulunmalarına rağmen alacaklıları ödenmezse veya bir güvence gösterilmezse, mirasbırakanın ölümü ya da vasiyetnamenin açılması tarihinden başlayarak üç ay içinde terekenin resmen tasfiye edilmesini talep edebilirler. Böylelikle mirasbırakanın alacaklıları, resmî tasfiye ile, borca batık bir mirasçının malvarlığı ile iyi durumdaki bir terekenin karışmasını önleyebilirler<sup>50</sup>.

Alacaklılar bakımından öngörülen sürenin başlangıcı, genellikle, mirasçılar için işleyen süre ile farklılık göstermektedir. Şöyle ki, mirasbırakanın alacaklıları bakımından resmî tasfiyenin talep edilmesi, ölüm ve vasiyetnamenin açılması şeklinde objektif bir temele dayanmakta iken, mirasçılar açısından bu süre subjektif nitelikteki öğrenme olgusuna bağlanmış olduğundan, söz konusu süre her mirasçı için farklı tarihlerde başlayıp sona erebilir<sup>51</sup>.

Resmî tasfiye için alacak hakkının kesin olarak ispatı aranmamakta; alacağın varlığının inanılır nitelikte olması yeterli görülmektedir<sup>52</sup>. Söz konusu hüküm ile amaçlanan, bir yandan mirasbırakanın alacaklılarının, mirasçılardan alacaklılarına karşı korunması, diğer taraftan da pasifi aktifinden fazla olan terekeyi kabul eden mirasçılardan daha fazla zarar görmesinin önlenmesidir<sup>53</sup>.

Madde hükmünden de anlaşıldığı üzere, mirasbırakanın alacaklılarının resmî tasfiye talebinde bulunmaları, belli şartlara bağlanmıştır. Buna göre, ilk olarak, alacaklıların, alacaklarını elde edemeyecekleri hususunda inandırıcı şüphelere sahip olmaları ya da muhtemel bir tehlike ile karşı karşıya olmaları gerekmektedir<sup>54</sup>. Uygulamada bu durum daha çok, mirasçının malvarlığı ve tereke malvarlığı toplamının hem mirasbırakanın hem de mirasçılardan

<sup>43</sup> Eren/Yücer Aktürk, s. 557-558; İmre/Erman, s. 399; Birinci Uzun, s. 88. TMK m. 615 hükmünün örneksime yoluyla uygulanmasıyla, resmî tasfiye talebi sonradan diğer bir mirasçının mirası kayıtsız şartsız veya tutulan deftere göre kabul etmesi nedeniyle etkisiz kalan mirasçıya, mirası reddedip reddetmeme noktasında bir karar verebilmesi için, talebi üzerine, süre tanınması gerekmektedir. Bkz. Dural/Öz, s. 437.

<sup>44</sup> Eren/Yücer Aktürk, s. 558; İmre/Erman, s. 399.

<sup>45</sup> Şener, *Şerh*, s. 741; İmre/Erman, s. 399.

<sup>46</sup> İmre/Erman, s. 399.

<sup>47</sup> Eren/Yücer Aktürk, s. 558; Serozan/Engin, s. 532; İmre/Erman, s. 399; Dural/Öz, s. 437; Kocayusufpaşaoğlu, *Miras*, s. 647; Birinci Uzun, s. 73 vd.

<sup>48</sup> Serozan/Engin, s. 532; Birinci Uzun, s. 82.

<sup>49</sup> Eren/Yücer Aktürk, s. 558; Serozan/Engin, s. 532; İmre/Erman, s. 399; Dural/Öz, s. 437; Kocayusufpaşaoğlu, *Miras*, s. 647; Birinci Uzun, s. 82.

<sup>50</sup> Baygın, s. 86; İmre/Erman, s. 400; Birinci Uzun, s. 100.

<sup>51</sup> Kocayusufpaşaoğlu, *Miras*, s. 648.

<sup>52</sup> İmre/Erman, s. 400-401; İnan/Ertas/Albaş, s. 536; Aysoy, s. 116.

<sup>53</sup> Eren/Yücer Aktürk, s. 558; İmre/Erman, s. 400.

<sup>54</sup> Kesin delillerle alacağın ispatı aranmamakta, mirasbırakanın alacaklılarının, hâkimde alacaklılarının bulunduğu ilişkin kanaat oluşturmaları yeterli görülmektedir. Mirasbırakanın alacaklılarının inandırıcı sebeplerinin bulunması, her zaman için mirasbırakanın borcunun aktifinden fazla olması anlamına gelmemektedir; mirasçının yaşadığı ülkede onu takip etme imkanının olmaması, mirasçının konkordato ilan etmesi, çok riskli bir girişime katılması, terekenin aktifinin pasifini karşılayamaması vb. sebepler resmî tasfiye talebini haklı kılacak sebepler arasında değerlendirilmektedir. Bkz. Aysoy, s. 117; Ayiter/Kılıçoğlu, s. 249; Dural/Öz, s. 438; Antalya, s. 461; İmre/Erman, s. 401-402; Birinci Uzun, s. 105.

borçlarını ödemeye yetmemesi şeklinde ortaya çıkmaktadır<sup>55</sup>. Diğer bir anlatımla, alacaklıların resmî tasfiye talebinde bulunabilmeleri için mirasçının borçlarını ödemekten aczi yetmemekte, ayrıca tereke malvarlığının da borçlarını karşılamaya yetmeyecek durumda olması ve söz konusu borçların terekeden ödenmesinin mirasbırakanın alacaklıları bakımından zararlı sonuçlar doğuracak olması şartı aranmaktadır<sup>56</sup>. Söz konusu şüphe, mirasın açıldığı sırada var olabileceği gibi, ileride gerçekleşecek bir olaya da dayanabilir. Alacaklıların resmî tasfiye talep edebilmesi için ödeme yetersizliğinin tek bir mirasçıda bulunmasının yeterli olduğu savunulmaktadır<sup>57</sup>.

İkinci olarak, alacaklılarının alacakları talep etmelerine rağmen ödenmemiş ya da bu alacaklar için teminat gösterilmemiş olması gerekmektedir. Alacaklıların talepleri belirli bir şekil şartına bağlanmamış olmakla birlikte, ispat kolaylığı bakımından taleplerin yazılı olarak ve hatta mümkünse resmî şekilde yapılması gerektiği kabul edilmektedir<sup>58</sup>. Bu doğrultuda, alacağın üçüncü bir kişi tarafından ödenmesi ya da üçüncü bir kişi tarafından alacak için güvence gösterilmiş olması alacaklılarının resmî tasfiye talebinde bulunmalarını engelleyen bir durum oluşturmaktadır<sup>59</sup>. Mirasbırakanın alacaklılarından biri, mirasçının kısmi ödemesini kabul ettiği takdirde, bu alacaklı bakımından resmî tasfiye talebinde bulunma imkânı ortadan kalkmaktadır<sup>60</sup>. Ancak mirasbırakanın diğer alacaklılarının resmî tasfiye talep etme imkanları bu durumdan etkilenmemektedir<sup>61</sup>. Resmî tasfiye tamamlanuncaya kadar borcun ifa edilmesi ya da alacağa karşılık güvence gösterilmesi, resmî tasfiyeyi önler<sup>62</sup>. Alacaklıların alacağın ödenmesi ya da garanti altına alınması taleplerini tüm mirasçılara yöneltmeleri gerektiği kabul

<sup>55</sup> İmre/Erman, s. 401; Birinci Uzun, s. 105.

<sup>56</sup> İmre/Erman, s. 401.

<sup>57</sup> Aysoy, s. 117-118; Baygın, s. 92; Duygu Özkan, *Terekentin İflas Hükümlerine Göre Tasfiyesi*, 1. Bası, Yetkin Yayınları, 2022, s. 74; Birinci Uzun, s. 106. Aksi yöndeki görüş için bkz. Antalya, s. 461.

<sup>58</sup> İmre/Erman, s. 402; Birinci Uzun, s. 108.

<sup>59</sup> Eren/Yücer Aktürk, s. 559; Dural/Öz, s. 438; Öztan, s. 419. TBK'nın “*Şahsen ifa zorluğunun olmaması*” başlıklı 83. maddesi ile, borcun bizzat borçlu tarafından ifasında alacaklının menfaati bulunmadığı sürece borçlunun borcu şahsen ifa etmekle yükümlü olmadığı hükmüne bağlanmıştır.

<sup>60</sup> İmre/Erman, s. 402.

<sup>61</sup> İmre/Erman, s. 402.

<sup>62</sup> Dural/Öz, s. 438; Öztan, s. 420.

edilmektedir<sup>63</sup>.

Son olarak, alacaklılarının resmî tasfiye talebini, mirasbırakanın ölümünden ya da vasiyetnamenin açılmasından itibaren üç ay içerisinde yapmış olmaları gerekmektedir. Mirasçılarının resmî tasfiye talebinden farklı olarak, mirası kabul eden bir mirasçı bulunsa bile mirasbırakanın alacaklıları resmi tasfiye talep edebilirler<sup>64</sup>. Alacaklılardan sadece biri tarafından talepte bulunulması, resmî tasfiyenin yapılması için yeterlidir; diğer alacaklılarının onayı aranmamaktadır<sup>65</sup>. Resmî tasfiye talebinde bulunmamış olan alacaklılar, mirasçının alacaklılarının önüne geçerek tasfiye edilen terekeden pay almakla beraber, tereke mallarının alacaklıları karşılamaması halinde mirasçılara başvurma hakkına da sahiptirler<sup>66</sup>. Nitekim, bir alacaklının tek başına resmî tasfiye talebinde bulunabilecek olması, diğer alacaklıların hakkının sınırlanabileceği anlamına gelmemektedir<sup>67</sup>. Durum böyle olmakla birlikte doktrinde, mirasçılarının, resmî tasfiyenin tamamlanmasından sonra ortaya çıkan alacaklılara karşı, sadece ifa talebinde bulunulduğu anda terekeden zenginleştikleri ölçüde sorumlu olacakları savunulmaktadır<sup>68</sup>.

Mirasçının kişisel alacaklılarına resmî tasfiye talebinde bulunma hakkı tanınmamıştır. Kişisel malvarlığı, borçlarını ödemeye yeten bir mirasçıya aktif pasifini karşılamaya yetmeyen bir tereke intikal ettiği takdirde, mirasçının mirası reddetmemesi de mirasçının kişisel alacaklılarına zarar verebilir<sup>69</sup>. Halbuki mirasçının kişisel alacaklılarına resmî tasfiye talebinde bulunma hakkı tanınmış olsaydı, mirasçının kişisel malvarlığı ile terekenin birleşmesi engellenebilirdi<sup>70</sup>. Mirasçının kişisel alacaklıları, ancak TMK m. 617'deki koşulların gerçekleşmesi halinde, kendilerine zarar verme kastıyla mirası reddeden mirasçının bu reddinin iptalini dava ederek terekenin resmen tasfiye edilmesini sağlayabilirler.

<sup>63</sup> Antalya, s. 461; İmre/Erman, s. 402.

<sup>64</sup> Dural/Öz, s. 438; Serozan/Engin, s. 533; Antalya, s. 461; İmre/Erman, s. 400; Kocayusufpaşaoğlu, *Miras*, s. 648.

<sup>65</sup> Eren/Yücer Aktürk, s. 559; Dural/Öz, s. 438-439; Antalya, s. 461; İmre/Erman, s. 401; Baygın, s. 91; Birinci Uzun, s. 110.

<sup>66</sup> Antalya, s. 462; Öztan, s. 420; Dural/Öz, s. 438.

<sup>67</sup> Dural/Öz, s. 439.

<sup>68</sup> Antalya, s. 462. Kocayusufpaşaoğlu, *Miras*, s.652; İmre/Erman, s. 408-409; Dural/Öz, s. 439.

<sup>69</sup> Baygın, s. 88; Kılıç, s. 783.

<sup>70</sup> Baygın, s. 89.

Vasiyet alacaklılarına resmî tasfiye talebinde bulunma hakkı tanınmamış olmakla birlikte, TMK m. 633/II hükmünde, vasiyet alacaklılarının da aynı koşulların varlığı halinde haklarının korunması için gerekli önlemlerin<sup>71</sup> alınmasını talep edebilecekleri düzenlenmiştir.

## B. Kanundan Doğan Resmî Tasfiye

### 1. Genel Olarak

Resmî tasfiye kural olarak talep üzerine gerçekleştirilmekle birlikte, kanun koyucu, iki hâlde sulh mahkemesinin kendiliğinden resmen tasfiyeye hükmedeceğini öngörmüştür<sup>72</sup>. Bunlardan ilki, en yakın yasal mirasçılarının tamamının mirası reddetmesi (TMK m. 612) hâl<sup>73</sup>, ikincisi ise mirasçının, alacaklılarını zarara uğratma kastıyla mirası reddetmesi (TMK m. 617) hâlidir.

Kanundan doğan resmî tasfiye hâlleri, temel olarak mirasın reddi kurumuyla bağlantılıdır. Bu nedenle, kanunda öngörülen resmî tasfiye hâllerinin açıklanmasından önce, mirasın reddine ilişkin birtakım genel bilgilerin üzerinde durulması gerekir.

Mirasbırakanın ölümü üzerine mirasçılar, bu sıfatlarını kendiliğinden kazanmaktadırlar. Ancak bu kazanım geçici bir nitelik arz etmektedir; mirasçılarının mirasçılık sıfatları, mirası reddetmemeleri bozucu koşula bağlanmış durumdadır<sup>74</sup>. Diğer bir anlatımla, ret süresinin geçmesi ile birlikte mirasçılar, bu sıfatlarını kesin olarak kazanmaktadırlar.

Mirasın geçmesiyle birlikte mirasçılarının sahip olduğu seçimlik haklardan biri de mirasın reddidir. Mirasın reddi, TMK m. 605 vd. maddelerinde hükme bağlanmıştır. Buna göre kanun koyucu, iki türlü ret durumu öngörmüştür.

<sup>71</sup> Konuya ilişkin detaylı bilgi için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, *Miras*, s. 646-647.

<sup>72</sup> YHGK 03.07.2002 T. E. 2002/15-572 K. 2002/577: “Zira mirasın tasfiyesi işlemleri, talebe bağlı olmayan işlemler olup, mirasın reddedildiğinin anlaşılması ile res’en yapılması gerek işlemlerdendir. Talep üzerine de yapılabilirliği bu özelliğini kaldırmaz. Ayrıca mirasın ölümü gününde terekenin borca batık olduğunun sabit olması durumunda da miras reddedilmiş olmadığından bu tespit için sınırlayıcı bir görev yasayla öngörülmediğinden bu yönüyle mahkemeye işlem yapılması olanağı vardır.” Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi 27 Haziran 2022.

<sup>73</sup> Doktrinde, hükmi ret halinde de en yakın yasal mirasçılarının tümünün mirası reddetmesine benzerlik gösteren bir durum ortaya çıkacağı için terekenin İİK m. 180 kapsamında iflas hükümlerine göre tasfiye edilmesi gerektiği savunulmaktadır. Bkz. Kocayusufpaşaoğlu, *Miras*, s. 622; İlhan Helvacı, *Mirasın Reddi*, 1. Basım, Filiz Kitabevi, 2002, s. 200.

<sup>74</sup> Kocayusufpaşaoğlu, *Miras*, s. 600-601; Helvacı, s. 11; Antalya, s. 429; İnan/Ertay/Albaş, s. 506; M. Kemal Oğuzman, *Miras Hukuku*, 6. Bası, Filiz Kitabevi, 1995, s. 289.

Bunlardan ilki, mirasçılarının açık ya da örtülü iradesine dayanan gerçek ret, ikincisi ise mirasbırakanın ödemedi aczine dayanan hükmi rettir. Kanuni veya atanmış mirasçılarının kendilerine intikal eden mirası kabul etmeme yönündeki irade beyanına mirasın gerçek reddi, kanunun getirdiği bir karineden dolayı mirasçının mirasçılık sıfatını kazanmasına engel olan duruma ise mirasın hükmi reddi denir<sup>75</sup>. Hükmi ret, kendiliğinden hüküm ifade etmesine karşılık, mirasçılarının iradesine dayanan gerçek ret hâlinde mirasçılarının mirası reddettiklerini açıkça beyan etmeleri gerekmektedir. Devlet’in mirası reddedip reddedemeyeceği hususunda açık bir düzenleme olmamakla birlikte, sorumluluğunun sadece tereke mallarıyla sınırlı olduğu göz önünde bulundurulduğunda, Devlet’in mirası reddedemeyeceğinin kabulünün gerektiği savunulmaktadır<sup>76</sup>.

TMK m. 609/I uyarınca, mirası reddeden mirasçılarının bu beyanlarını yazılı veya sözlü bir şekilde sulh hukuk mahkemesine bildirmeleri gerekir. TMK m. 609/III’e göre, yapılan ret beyanı, sulh hâkimi tarafından bir tutanak ile tespit edilir. TMK m. 609/IV hükmünde, mirasın reddi beyanının sulh mahkemesince mahkemenin özel kütüğüne kaydolunması gerektiği ve reddeden mirasçının talebi hâlinde, bu beyanını içeren belgenin kendisine verileceği düzenlenmiştir. Şekle ilişkin öngörülen şartlara uyulmamış olması, reddin geçersizliği sonucunu doğurmaz; ret beyanının yetkili sulh mahkemesine varmış olması yeterlidir<sup>77</sup>.

TMK m. 609/IV hükmünde, reddin tespit edileceği tutanağa ve yazılacağı kütüğe ilişkin esasların 5960 sayılı Tüzük ile belirleneceğini düzenlenmiştir. Bu doğrultuda, Tüzüğün 39. maddesi ve TMK m. 609/II’ye göre, mirasın reddinin kayıtsız olması ve herhangi bir şarta bağlı olmaması gerekmektedir<sup>78</sup>. Aksi takdirde ret beyanı hüküm doğurmaz ve miras kazanılmış olur<sup>79</sup>. Doktrindeki

<sup>75</sup> İmre/Erman, s. 355; Dural/Öz, s. 414.

<sup>76</sup> Serozan/Engin, s. 509; Şakir Berki, “Türk Medeni Kanunu’nda Devletin Mirasçılığı”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 20(1-3), 1963, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/632417>>, Erişim Tarihi 12 Ağustos 2022, s. 147-148. Aksi yöndeki görüş için bkz. Helvacı, s. 47-48; Özkan, s. 56.

<sup>77</sup> Dural/Öz, s. 415; Kocayusufpaşaoğlu, *Miras*, s. 601.

<sup>78</sup> Mirasın reddinin kayıtsız ve şartsız olması kuralının istisnası, TMK m. 614’te yer almaktadır. Söz konusu madde ile mirasçılara mirası reddederken kendilerinden sonra gelen mirasçılarının mirası kabul edip etmeyeceklerinin sorulmasını isteme hakkı tanınmıştır.

<sup>79</sup> Bu durumda, yaptığı ret beyanının hükümsüz olduğunu öğrenen mirasçıya, geri kalan süre içinde tekrar bir ret hakkı verilmesi gerektiğine ilişkin görüş için bkz. İmre/Erman, s. 366; Dural/Öz, s. 416; Helvacı, s. 57.

hâkim görüş, mirasın kısmen reddinin mümkün olduğu yönündedir<sup>80</sup>.

TMK m. 606 uyarınca mirasçılar, mirası üç ay içinde reddedebilirler. Ret süresinin başlangıcı, atanmış ve yasal mirasçılar için ayrı ayrı düzenlenmiş olmakla birlikte, her ikisinde de sürenin başlangıcının temelini oluşturan düşünce, mirasçının hem mirasbırakanın ölümünü hem de kendi mirasçılık sıfatını öğrenmiş olması, yani ret konusunda karar verebilecek durumda olmasıdır<sup>81</sup>. Yasal mirasçılar bakımından ret süresi, mirasçı olduklarını sonradan öğrendiklerini ispat etmedikçe mirasbırakanın ölümünü öğrendikleri andan itibaren; vasiyetnameyle atanmış yasal mirasçılar bakımından ise, mirasbırakanın bu eyleminin kendilerine resmî olarak bildirilmesinden itibaren işlemeye başlar. Miras sözleşmesiyle atanmış mirasçılar açısından, vasiyetnamede olduğu gibi açılıp ilgililere bildirim söz konusu olmadığı için, yasal mirasçılara ilişkin kurallar uygulanarak mirasbırakanın ölümünü öğrenmelerinde itibaren ret süresinin başlayacağını kabulü gerekir<sup>82</sup>. Kanunda öngörülen üç aylık süre, hak düşürücü süre niteliği taşıdığından hâkim tarafından re'sen dikkate alınmalıdır<sup>83</sup>. TMK m. 610/I uyarınca, öngörülen üç aylık yasal süre içinde mirası reddetmeyen mirasçılar, mirası kayıtsız ve şartsız kabul etmiş sayılırlar. Hükmün lafzından da açıkça anlaşıldığı üzere, genel kuraldan farklı olarak burada susma, olumlu bir irade açıklaması olarak nitelendirilmektedir<sup>84</sup>. TMK m. 615 ile kanunkoyucu, sulh hâkimine, önemli sebeplerin varlığı hâlinde<sup>85</sup> yasal ve atanmış mirasçılara tanınan üç aylık ret

<sup>80</sup> Oğuzman, s. 289; İmre/Erman, s. 366; Dural/Öz, s. 416; Eren/Yücer Aktürk, s. 530; Öztan, s. 389; İnan/Ertaş/Albaş, s. 508; Kocayusufpaşaoğlu, *Miras*, s. 605; Helvacı, s. 67. Adı geçen yazarlara göre, terekenin kesirli bir oranının kabulü ya da reddi mümkün görünürken, sadece taşınır ya da taşınmaz malların reddi şeklinde şarta bağlı bir ret, kısmi ret olarak kabul edilemez. Aksi yöndeki görüş için bkz. Antalya, s. 430.

<sup>81</sup> Kocayusufpaşaoğlu, *Miras*, s. 609.

<sup>82</sup> Kocayusufpaşaoğlu, *Miras*, s. 609. Miras sözleşmesiyle atanmış olmakla beraber sözleşmeye taraf olmayan mirasçı bakımından sürenin başlangıcı, ölüme bağlı tasarrufun kendisine bildirildiği an olarak kabul edilmelidir. Bkz. Serozan/Engin, s. 515. Miras sözleşmesi ile mirasçı atanması halinde de mirasçıya bildirim yapılacağı ve sürenin bu andan itibaren işlemeye başlayacağına ilişkin görüş için bkz. Antalya, s. 438.

<sup>83</sup> Eren/Yücer Aktürk, s. 533.

<sup>84</sup> Dural/Öz, s. 417.

<sup>85</sup> Burada temel ölçüt dürüstlük kuralıdır. Mirasçının sürekli hastalığı, gaipliği, yerleşim yerinin yurtdışında bulunması, seyahat halinde bulunması, askeri hizmette bulunması gibi sebeplerle üç aylık süre içinde mirası reddetmesi beklenemeyecek durumda ise, önemli sebebin varlığı kabul edilir. Ayrıca, tereke borcunun sonradan ortaya çıkması hali de önemli bir sebep olarak kabul edilmelidir. Zira, ret süresinin geçmesinden sonra öğrenilen tereke borcu, terekenin aktifini ve dolayısıyla mirasçının iradesini doğrudan doğruya etkilediği için, mirasçıya yeni

süresini uzatma ya da yeni bir süre verme yetkisi tanımıştır.

TMK m. 608 hükmü, mirası reddetmeden önce ölen mirasçının ret hakkının, kendi mirasçılara geçeceğini düzenlemiş ve iki ayrı ihtimale göre farklı sonuçlar öngörmüştür. İlki, TMK m. 608/II'de düzenlenmiş olan ölen mirasçının yerine geçen mirasçıların mirası reddedebilecekleri süredir. Ölen kimsenin yerini alan mirasçının iki ret hakkı bulunmaktadır. Bunlardan ilki, kendi mirasbırakanından kalan ret hakkı, ikincisi ise kendi mirasbırakanına onun mirasbırakanından kalan ret hakkıdır. İlk miras, mirası reddetmeden önce ölen kendi mirasbırakanının terekesinin bir parçası olarak geçtiğinden, mirasçının, kendi mirasbırakanına kalan mirası kabul edip kendi mirasbırakanından kalan mirası reddetmesi mümkün değildir<sup>86</sup>. Bu nedenle mirasçı, ya iki mirası birden ya da sadece kendi mirasbırakanına kalan mirası reddedebilir. Zira mirasçının, mirasın bütününe reddedip bütünü bir parçasını kabul etmesi imkân dahilinde değildir<sup>87</sup>. Kanun koyucu, ilk mirasbırakanın mirasını reddetme bakımından iki farklı süre öngörmüştür. Bunlardan ilki, mirasçının kendi mirasbırakanından kalan mirası reddetme süresi olan ortak süredir. Bu süre, mirasçının kendi mirasbırakanının ölümünü ve kendi mirasçılık sıfatını öğrenmesinden itibaren üç aydır. TMK m. 608/II'ye göre ilk mirası reddetme süresi, mirasçının kendi mirasbırakanından kalan mirası reddetme süresinden daha kısa olamaz. Kanun koyucu, bu ortak sürenin yanında bir de ilk mirasın reddi bakımından bağımsız bir süre öngörmüştür. Buna göre, ret hakkına sahip olan mirasçılar bakımından süre, birinci mirasın kendi mirasbırakanına geçtiğini öğrendiği andan itibaren işlemeye başlar. Söz konusu sürenin pratik değer kazanması için, ret hakkına sahip olan mirasçının, kendi mirasbırakanına kalan mirası, kendi mirasbırakanından geçen mirası öğrenmesinden daha geç öğrenmesi gerekmektedir<sup>88</sup>. Ret hakkının geçmesine ilişkin ikinci düzenleme ise, TMK m. 608/III'te hükme bağlanmıştır. Bu hüküm, birinci mirasçının mirası reddetmesi durumunda onun yerine geçen ikinci mirasçı bakımından ret süresinin hangi anda başlaması gerektiğine ilişkindir. Buna göre süre, ikinci mirasçının, ilk mirasçının kendisine intikal eden mirası reddettiğini ve mirasın kendisine geçtiğini öğrendiği tarihte başlamaktadır.

bir ret süresinin tanınması gerekmektedir. Bkz. Eren/Yücer Aktürk, s. 534-535. Aynı yönde Serozan/Engin, s. 516; Kılıçoğlu, s. 280; Kocayusufpaşaoğlu, *Miras*, s. 610-611.

<sup>86</sup> Dural/Öz, s. 419; Antalya, s. 440; Kocayusufpaşaoğlu, *Miras*, s. 613.

<sup>87</sup> Kocayusufpaşaoğlu, *Miras*, s. 613; Dural/Öz, s. 419.

<sup>88</sup> Dural/Öz, s. 420.



Mirası reddeden mirasçının fiilehliyetine sahip bulunması gerekmektedir<sup>89</sup>. Ret beyanı kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak niteliği taşımadığından, bu hususta özel yetkisi bulunan temsilci aracılığıyla da yapılabilir<sup>90</sup>. Yargıtay'ın, önceki tarihli kararları, özel yetkinin bulunmasının şart olmadığı yönünde iken<sup>91</sup> daha sonraki kararları<sup>92</sup> Tüzük m. 39/II ile uyumlu olarak, mirasın reddinde temsilcinin özel yetkili olması gerektiği yönündedir.

Kural olarak, ret beyanı yenilik doğuran bir irade açıklaması olup sulh hâkimine ulaşmakla hüküm ve sonuç doğurduğundan, mirası reddeden mirasçının bu beyanından dönmesi mümkün değildir<sup>93</sup>. Durum böyle olmakla birlikte, diğer mirasçılardan onaylarının alınması şartıyla ret beyanından dönmenin mümkün olduğu kabul edilmektedir<sup>94</sup>. Ayrıca, TBK m. 30 vd.

<sup>89</sup> Dural/Öz, s. 416; Antalya, s. 431; Öztan, s. 388; Kocayusufpaşaoğlu, *Miras*, s. 603; Oğuzman, s. 289.

<sup>90</sup> Helvacı, s. 69 vd; Kocayusufpaşaoğlu, *Miras*, s. 604-605; Dural/Öz, s. 416; Serozan/Engin, s. 511; İnan/Ertaş/Albaş, s. 507; Şener, *Şerh*, s. 258; Fuat Saatçioğlu, "Mirasın Gerçek Reddi", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 1(1), 2012, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/155536>>, Erişim Tarihi 10 Ağustos 2022, s. 179; Cevdet Yavuz/ Osman Açıkgöz, "Mirasın Temsilci Aracılığıyla Reddedilmesi Halinde Özel Yetkinin Gerekli Olup Olmadığı Hususunun Öğretideki Görüşler ve Yargıtay Kararları Işığında Değerlendirilmesi", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 18(2), 2021, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/2071046>>, Erişim Tarihi 12 Temmuz 2022, s. 691-692.

<sup>91</sup> Yarg. 2. HD. 11.07.1997 T. E. 1997/6795 K. 1997/8177: "Borçlar Kanunu'nun 388. maddesinde ortaya konan genel sınırlamanın istisnası kanunda gösterilmediğçe, genel kural uyarınca, vekilin işin gerektirdiği tüm yetkilerle donatıldığını kabul işlem güvenliği ilkesinin zorunlu bir sonucudur. Özel yetki gerektiren haller benzetme yolu ile genişletilemez. Tereke üzerinde tasarruf şahsa bağlı haklardan değildir. Yasaların öngörmediği bir konunun tüzükle benimsenmesine geçerlilik tanınmaz. Medeni Kanun velayet, vesayet ve miras hükümlerinin uygulanmasına ilişkin Tüzüğün 40. maddesinde öngörülen "talep bu konuda yetkisi olan vekil tarafından yapılmış ise" ibaresi yasada yer almadığından mirasın reddinin özel vekaletname gerektirdiği şeklinde yorumlanamaz." Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi 20 Temmuz 2022.

<sup>92</sup> Yarg. 2. HD. 22.02.2005 T. E. 2004/15954 K. 2005/2593: "Mirasçı adına ret beyanında bulunan vekilin (temsilcinin) bu tasarrufu yapabilmesi için özel yetkisinin bulunması zorunludur. 24.7.1965 günlü velayet, vesayet ve miras hükümlerinin uygulanmasına ilişkin Tüzüğün 40 ve 12.8.2003 tarihli yeni Tüzüğün 39. maddelerinde özel yetkili vekilin mirası reddedebileceği açıklanmıştır." Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi 20 Temmuz 2022.

<sup>93</sup> Dural/Öz, s. 417; Eren/Yücer Aktürk, s. 530; Antalya, s. 439; Kılıçoğlu, s. 277; Öztan, s. 387; İnan/Ertaş/Albaş, s. 507; Kocayusufpaşaoğlu, *Miras*, s. 606; Oğuzman, s. 290; Ayiter/Kılıçoğlu, s. 232; Şakir Berk, "Türk Medeni Kanunu'nda Miras Hukukunun Esasları (III)", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 31(1), 1971, s. 216.

<sup>94</sup> İmre/Erman, s. 367. Serozan/Engin, s. 512; Kılıçoğlu, s. 277; Şener, *Şerh*, s. 260. Sadece mirasçılardan değil diğer tüm ilgililerin de rızasının alınması gerektiği yönündeki görüş için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, *Miras*, s. 606; Saatçioğlu, s. 187.

hükümleri göz önünde bulundurulduğunda, irade sakatlığına dayanan bir ret beyanının iptali de mümkündür<sup>95</sup>.

Mirasın reddi ile birlikte reddeden mirasçının geçici olarak kazandığı mirasçılık sıfatı, mirasbırakanın ölümü anına kadar geriye yürüyerek ortadan kalkmaktadır<sup>96</sup>. Reddedilen miras payının kime geçeceği hususu ise, kanun koyucu tarafından farklı ihtimaller göz önünde bulundurularak Türk Medeni Kanunu'nda hükme bağlanmıştır. Çalışma konusuyla ilgili olduğu ölçüde aşağıdaki açıklamalarda bu husus üzerinde durulacaktır.

## 2. Mirasın En Yakın Mirasçılardan Tamamı Tarafından Reddi Hâlinde (TMK m. 612)

### a. Genel Olarak

Türk miras hukukuna göre, her terekenin mutlaka en az bir mirasçısı vardır. Zira, mirasbırakanın kanuni veya atanmış bir mirasçısının bulunmaması hâlinde tereke Devlet'e intikal etmektedir. Mirasın bütün en yakın yasal mirasçılardan reddedilmesi hâlinde ise kanun koyucu, farklı bir tutum izleyerek mirasın, sonraki zümredeki mirasçılara ya da Devlet'e geçmesi yerine iflas hükümlerine göre resmen tasfiye edileceğini hükme bağlamıştır<sup>97</sup>. Kanun koyucunun böyle bir düzenleme yapma gereği duymasının sebebi, en yakın yasal mirasçılardan tümünün mirası reddetmesi durumuna genellikle, terekenin pasifinin aktifinden fazla olması ihtimalinde rastlanmasıdır<sup>98</sup>. TMK m. 612, yasal mirasçılardan birinin mirası reddetmesi hâlinde onun payının

<sup>95</sup> Dural/Öz, s. 417; Eren/Yücer Aktürk, s. 530-531; Serozan/Engin, s. 513; Antalya, s. 439; Öztan, s. 389; Kocayusufpaşaoğlu, *Miras*, s. 607.

<sup>96</sup> İnan/Ertaş/Albaş, s. 507.

<sup>97</sup> Terekenin aktifi, pasifini karşılayacak durumda ise iflas usulü ile tasfiye yoluna gidilmesinin doğru olmadığı, adi tasfiye hükümlerinin uygulanması gerektiğine ilişkin görüş için bkz. İnan/Ertaş/Albaş, s. 517-518. Yarg. 3. HD. 20.12.2010 T. E.15137 K. 20977: "...mirasın birinci derecedeki mirasçılardan tamamı tarafından reddi halinde miras ikinci derecedeki mirasçılara geçmez. Tereke tasfiye olunur, borçlar öndendikten sonra geriye kalan kısım varsa red vaki olmamış gibi birinci derece mirasçılara verilir." Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi 25 Temmuz 2022.

<sup>98</sup> İmre/Erman, s. 371; Serozan/Engin, s. 521; Helvacı, s. 151; Coquoz R (Çeviren: Güral Jale), "Mirasın Reddinin, Mirasın İntikali Üzerine Olan Tesirleri", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 8(1), 1951, ><https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/637530>>, Erişim Tarihi 22 Ağustos 2022, s. 688; Kocayusufpaşaoğlu, *Miras*, s. 624. Yazara göre, mirasbırakanın en yakın yasal mirasçılardan sonra gelen ve manevi bağları daha zayıf olan mirasçılardan da bu terekeyi nasıl olsa reddedecekleri varsayımından hareketle, gereksiz yere zaman kaybetmemek amacıyla doğrudan tasfiye yoluna gidilmesinde yarar vardır.

kendisi sağ değilmiş gibi diğer hak sahiplerine geçeceğini düzenleyen TMK m. 611/I hükmünün bir istisnası görünümündedir<sup>99</sup>.

Öncelikle, TMK m. 612 hükmünde öngörülen “*en yakın yasal mirasçılar*” ifadesiyle kimlerin kast edildiğinin açıklığa kavuşturulmasında yarar vardır. Bu hükümde ifade edilen mirasçılar, mirasbırakanın en yakın sıradaki mirasçıları, yani mirasbırakanın ölümü sırasında doğrudan doğruya mirasçı olan kişilerdir<sup>100</sup>. Sağ kalan eş de bu gruba dahildir<sup>101</sup>. Ancak atanmış mirasçıların tamamının mirası reddetmesi durumunda, TMK m. 612 hükmü uygulanmaz. Bu durumda, atanmış mirasçılar tarafından reddolunan miras payı, yasal mirasçılara, bunların bulunmaması durumunda ise Devlet'e geçer<sup>102</sup>. Durum böyle olmakla beraber, en yakın bütün yasal mirasçılar mirası reddetmiş ancak bunlar yanında atanmış mirasçılar da bulunmaktaysa, atanmış mirasçılar mirası reddetmediği sürece TMK m. 612 hükmü uygulanmaz<sup>103</sup>. Diğer bir anlatımla, mirası reddeden yasal mirasçıların payları kendi altsoylarına, altsoylarının bulunmaması durumunda ise sonraki zümre mirasçılarına geçer.

En yakın yasal mirasçıların tamamı tarafından reddedilen mirasın resmî tasfiyesinin tamamlanmasından sonra arta kalan bakiye, resmî tasfiyenin doğal bir sonucu olarak, mirası reddetmemişler gibi en yakın yasal mirasçılar arasında paylaşılmaktadır<sup>104</sup>. Tasfiyeden arta kalan ve kendisine geçen

<sup>99</sup> İmre/Erman, s. 371; Dural/Öz, s. 424-425; Helvacı, s. 151; A. Özge Yenice Ceylan, “Mirasın Reddinin Diğer Mirasçılar Bakımından Sonuçları”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 18(2), 2019, s. 645.

<sup>100</sup> Eren/Yücer Aktürk, s. 540; Kılıçoğlu, s. 284; Öztan, s. 395; İmre/Erman, s. 370; Dural/Öz, s. 424; Kocayusufpaşaoğlu, *Miras*, s. 624; Helvacı, s. 151-152; Oğuzman, s. 297; Şener, *Şerh*, s. 283; Saatçioğlu, s. 194; Birinci Uzun, s. 119; Ayan, s. 282; Necip Kocayusufpaşaoğlu, “En Yakın Kanuni Mirasçıların Mirası Reddetmesi- Mehaza Göre Tefsir”, *İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 1(1), 2011, s. 39. Yarg. 14. HD. 07.06.2016 T. E. 2015/7035 K. 2016/6573: “*Muris ...'ın en yakın mirasçıları olan eşi ve oğlu mirası reddetmiştir. En yakın mirasçıların tamamı tarafından mirasın reddedilmesinde ret beyanını tespit eden mahkemenin terekenin re'sen tasfiyesine karar verilmesi gerekmektedir (TMK m. 612). Mirasın anne ve babası olan davacılar miras gelmez. Yani en yakın mirasçılardan sayılmazlar. Davacılar mirasçı olmadıklarından mirası reddetme yetkileri bulunmaz.*” Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi 25 Temmuz 2022.

<sup>101</sup> Kocayusufpaşaoğlu, *En Yakın*, s. 39; Coquoz, s. 690; Birinci Uzun, s. 119.

<sup>102</sup> İmre/Erman, s. 370; Dural/Öz, s. 425.

<sup>103</sup> Serozan/Engin, s. 522; Kocayusufpaşaoğlu, *Miras*, s. 628; İmre/Erman, s. 370-371; Dural/Öz, s. 425; Birinci Uzun, s. 120.

<sup>104</sup> Birinci Uzun, s. 124; Dural/Öz, s. 424-425.

payı reddeden mirasçının miras payı ise, genel kural niteliğindeki TMK m. 611/I hükmü doğrultusunda altsoyuna, altsoyunun bulunmaması durumunda ise diğer kanuni mirasçılara geçer. Tasfiye bakiyesinin de en yakın yasal mirasçıların tümü tarafından reddedilmesi durumunda ise, sonraki derece ya da zümre mirasçıları, bunların da bulunmaması durumunda Devlet hak sahibi olur<sup>105</sup>.

#### **b. Resmî tasfiye yoluna gidilmesinin istisnası<sup>106</sup>: Sonra gelen mirasçılar yararına ret (TMK m. 614)**

TMK m. 614 uyarınca, en yakın yasal mirasçıların tamamının mirası kendilerinden sonra gelen mirasçılar yararına reddetmeleri mümkündür. TMK'nın “*Sonra gelen mirasçılar yararına ret*” başlıklı 614. maddesi, TMK m. 612 ile getirilen kuralın bir diğer istisnası görünümündedir<sup>107</sup>. Söz konusu madde, aynı zamanda, mirasın reddinin kayıtsız ve şartsız olması gerektiğinin öngörüldüğü TMK m. 609/II hükmüne de bir istisna getirmektedir<sup>108</sup>. Zira burada mirasçılar, kendilerinden sonra gelen mirasçıların mirası kabul edip etmeyeceklerinin sorulması şartıyla mirası reddetmektedirler<sup>109</sup>. Buna göre,

<sup>105</sup> İmre/Erman, s. 371.

<sup>106</sup> Doktrinde, “*Mirasın sağ kalan eşe geçmesi*” başlıklı 613. maddeyi de TMK m. 612'nin istisnası olarak değerlendiren yazarlar bulunmaktadır. Bkz. Kocayusufpaşaoğlu, *Miras*, s. 629, İmre/Erman, s. 373. Söz konusu hüküm, altsoyun tamamının mirası reddetmesi durumunda bu kimselerin payının sağ kalan eşe intikal edeceğini düzenlemektedir. Diğer bir ifadeyle, altsoyun tamamının mirası reddetmesi durumunda miras ikinci zümreye geçmemekte, tamamıyla eşe kalmaktadır. Dolayısıyla burada, bir zümrede hiç mirasçı bulunmaması durumunda mirasın sonraki zümreye geçeceği kuralının bir istisnası bulunmaktadır. Maddenin gerekçesine bakıldığı zaman, asıl amacın, dar anlamda aileyi ve sağ kalan eşi korumak olduğu görülmektedir. TMK m. 613 hükmüne başvurulabilmesi için her şeyden önce, sağ kalan eş ile altsoyun birlikte mirasçı olması gerekir. Eşin hayatta olmaması ve bütün altsoyun mirası reddetmesi durumunda ise TMK m. 612'nin uygulanması gerektiği savunulmaktadır. Ayrıca, TMK m. 613'ün uygulanabilmesi için altsoyun tamamının mirası reddetmiş olması, sağ kalan eşin ise reddetmemiş olması gerekmektedir. Zira, daha önce de açıklandığı üzere, sağ kalan eşin de mirası reddetmesi halinde miras, en yakın yasal mirasçıların tamamınca reddedilmiş kabul edilerek TMK m. 612 uyarınca terekenin resmen tasfiyesi yoluna gidilir. TMK m. 613 ile düzenlenen durumda, eş mirası reddetmediği için mirasın en yakın yasal mirasçıların tamamı tarafından reddedildiği söylenemez. Bu nedenle kanımızca, söz konusu hükmün, TMK m. 612'nin bir istisnası olarak değerlendirilmesi isabetli değildir.

<sup>107</sup> Serozan/Engin, s. 522; İmre/Erman, s. 373; Antalya, s. 446; Helvacı, s. 169-170. Eren/Yücer Aktürk'ün benimsediği usul ile TMK m. 614'ün, mirasın resmî tasfiyesini gerektiren hallerden biri olarak ayrı bir başlık altında incelenmesi mümkün olmakla birlikte, kanundaki düzenleniş biçimi de göz önünde bulundurulduğunda, kanımızca, TMK m. 612 hükmünün bir istisnası olarak değerlendirilmesi daha isabetlidir.

<sup>108</sup> Kocayusufpaşaoğlu, *Miras*, s. 630; Helvacı, s. 170.

<sup>109</sup> Dural/Öz, s. 426.

en yakın yasal mirasçılarının, kendilerinden sonra gelen mirasçılar yararına mirası reddetmeleri durumunda<sup>110</sup> resmî tasfiyeye gidilmeden önce miras bu sonra gelen mirasçılara teklif edilir, bunların da mirası bir ay içinde kabul etmemeleri durumunda miras reddedilmiş sayılır ve terekenin iflas hükümlerine göre resmen tasfiyesine gidilir. Tasfiye sonucunda artan bakiye, önce gelen mirasçılara dağıtılır.

En yakın yasal mirasçılarının mirası reddetmeleri, her durumda terekenin pasifinin aktifinden fazla olmasından kaynaklanmayabilir. Bazen de mirasçılar, kendilerine intikal edecek paya ihtiyaçları olmamasına rağmen kendilerinden sonra gelen mirasçılarının bu paya ihtiyacı olduğu için alt derecedeki mirasçılar lehine mirası reddedebilirler<sup>111</sup>. Aynı doğrultuda, mirasbırakanın terekesinde bulunan bir tarım arazisinin ya da ticari bir işletmenin, alt derecedeki mirasçılar tarafından idaresi ya da işletilmesi bu arazinin ya da işletmenin geleceği açısından daha yararlı olacaksa, en yakın yasal mirasçılarının sonra gelen mirasçılar yararına mirası reddetmesi gündeme gelebilir<sup>112</sup>. Bu gibi hâllerde, TMK m. 612'nin uygulanarak terekenin iflas hükümleri uyarınca tasfiye edilmesi amaca hizmet etmeyeceğinden kanun koyucu, söz konusu hükme bir istisna getirerek terekenin resmen tasfiyesinin önüne geçmek istemiştir<sup>113</sup>.

TMK m. 614 hükmü, sadece en yakın bütün yasal mirasçılar tarafından mirasın reddedilmesi hâlinde uygulama alanı bulur. Mirası kabul eden bir mirasçı dahi olsa, reddeden mirasçının payı, TMK m. 611 hükmü uyarınca, kendisi sağ değilmiş gibi diğer hak sahiplerine geçer. Örneğin mirasbırakan (K)'nin kızları (A), (B) ve (B)'nin oğlu (C) hayattaysa ve (B), TMK m. 614'e göre mirası reddederse, mirası kabul edip etmeyeceği hususunun (C)'den sorulması gerekir. Burada önem arz eden husus, TMK m. 614 hükmünün uygulanabilmesi için en yakın yasal mirasçılarının tamamının mirası reddetmeleri hâlinde içlerinden bir ya da birkaçının mirası alt derece lehine reddetmesinin yeterli olması; tümünün alt derece lehine ret beyanında bulunmasının gerekmemesidir<sup>114</sup>.

Maddenin lafzından da açıkça anlaşıldığı üzere en yakın bütün yasal

mirasçılarının tarafından mirasın reddi, sadece kendilerinden sonra ilk gelen derece ya da zümredeki mirasçılar lehine yapılabilir; herhangi bir mirasçı lehine yapılamaz. Diğer bir anlatımla bu madde kapsamında ret, en yakın yasal mirasçılar kendilerinden önce ölmüş olsaydı onlar yerine kimler mirasçı olacak iseler, bu kimseler lehine yapılabilir<sup>115</sup>. Ayrıca, mirasçılar tarafından reddin, kendilerinden sonra gelen mirasçılarının tümü lehine yapılması gerekmektedir; aralarından sadece biri lehine mirasın reddi mümkün değildir<sup>116</sup>.

En yakın yasal mirasçılarının tamamının mirası reddederek içlerinden en az birisinin alt derece lehine ret beyanını açıklamasından sonra sulh hâkimi, alt derecedeki mirasçılara durumu bildirerek, kendilerine intikal edecek miras payı konusunda iradelerini açıklamaları için bir aylık bir süre verir. Alt derecedeki mirasçılarının tekrar alt derece lehine mirası reddetmeleri mümkün değildir<sup>117</sup>. Alt derecedeki mirasçılardan en az birisinin mirası kabul etmesi, TMK m. 612 hükmünün uygulanmasını engelleyerek resmî tasfiyeyi önler<sup>118</sup>. Durum böyle olmakla birlikte, alt derecedeki mirasçılardan hiçbiri mirası kabul etmezse, terekenin resmî tasfiyesi yoluna gidilir<sup>119</sup>. Aynı şekilde, mirasın bir aylık süre içerisinde kabul edilmemesi de mirasın reddedildiği anlamına gelir ve tereke iflas hükümleri uyarınca tasfiye edilir. TMK m. 614/III uyarınca tasfiyenin tamamlanmasında arta kalan bakiye, önce gelen mirasçılara (mirası önce reddetmiş olan mirasbırakanın en yakın yasal mirasçılarına) paylaşılır.

### 3. Reddin İptaline Karar Verilmesi Hâlinde (TMK m. 617)

#### a. Genel olarak

TMK m. 617 hükmü, malvarlığı borçlarını karşılamaya yeterli olmayan mirasçının alacaklılarını zarara uğratmak kastıyla mirası reddetmesi durumunda alacaklılara, reddin iptali davası açma imkânı vermektedir. Mirası reddetmek isteyen mirasçılarının, kanundan doğan bu haklarını kullanırken bir gerekçe göstermeleri gerekmemekle birlikte, TMK m. 2'de düzenlenen genel ilke uyarınca bu hakkın dürüstlük kuralına uygun bir şekilde kullanılması gerekir<sup>120</sup>. Bu kapsamda, mirasçının kanundan doğan ret hakkını dürüstlük

<sup>115</sup> Helvacı, s. 172.

<sup>116</sup> Helvacı, s. 172; Şener, *Şerh*, s. 285; Saatçioğlu, s. 196; Coquoz, s. 692.

<sup>117</sup> Kocayusufoğlu, *Miras*, s. 630; Helvacı, s. 173.

<sup>118</sup> İmre/Erman, s. 373.

<sup>119</sup> İmre/Erman, s. 373.

<sup>120</sup> Yarg. 14. HD. 12.9.2013 T. E.2013/9472, K. 2013/11401: "*Herkes haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Hukuk düzeni bir hakkın*

<sup>110</sup> Bu irade beyanını "*ayrıkça bir çekinceli ret*" olarak nitelendiren görüş için bkz. Serozan/Engin, s. 523.

<sup>111</sup> Helvacı, s. 169.

<sup>112</sup> Helvacı, s. 169.

<sup>113</sup> Helvacı, s. 169-170.

<sup>114</sup> Helvacı, s. 170-171; Saatçioğlu, s. 196; Coquoz, s. 692.

kuralına uygun ve hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırı olmayacak şekilde kullanmasını sağlamak amacıyla kanun koyucu, mirasın reddinin iptali kurumunu düzenlemiştir. İcra ve İflas Kanunu'nun “*Zarar verme kastından dolayı iptal*” başlıklı 280. maddesi ile TMK m. 617'nin koşulları arasında önemli farklılıklar<sup>121</sup> bulunmakla birlikte, hükümlerin amaçlarının birbirine benzer olduğunu söylemek mümkündür. TMK m. 617'nin alacaklılara, mirası hukuku alanında, kendilerinden mal kaçırmak isteyen kötüniyetli kişilere karşı ek bir korumak sağlamak amacıyla düzenlendiği savunulmaktadır<sup>122</sup>.

Bozucu yenilik doğuran dava niteliğindeki reddin iptali davası, sadece mirasçının alacaklıları ve iflas masası tarafından açılabilir<sup>123</sup>. Madde metninde açıkça belirtilmemiş olmakla birlikte, hükmün amacı göz önünde bulundurulduğunda, alacakları retten önce doğmuş olan alacaklıların iptal davası açabileceği kabul edilmektedir<sup>124</sup>. Zira alacaklının alacak hakkı mirasın reddinden sonra doğmuş ise, alacaklının ret nedeniyle bir zarara uğradığından bahsedilemez.

Reddin iptali davasının, mirasçının alacaklılarına zarar verme kastıyla hareket etmesi durumunda açılabilmesinin doğal bir sonucu olarak, sadece gerçek ret durumunda açılabilir<sup>125</sup>. Mirası kabul edip etmeme tamamen mirasçının iradesine bağlı olduğundan, mirasçı, dilerse borca batık durumdaki mirası reddedebileceği gibi hiç borcu bulunmayan mirası da reddedebilir. Kendi borçlarını ödemekten aciz durumda bulunan bir mirasçının hiç borcu bulunmayan mirası reddetmesi, şüphesiz ki dürüstlük kuralına ve hakkaniyet ilkesine aykırılık teşkil eder. Zira, bu durumda mirasçının temel saiki, mirasla kendisine geçecek malları alacaklılarından saklamak olup mirasçının yaptığı bu retten doğrudan doğruya alacaklıları zarar görmektedir<sup>126</sup>. Bu bağlamda kanun koyucu, TMK m. 617 hükmüyle, mirasçılığın bu şekildeki kötü niyetli

*açıkça kötüye kullanılmasını korumaz. (TMK.m. 2) Mirasçı alacaklılarına zarar vermek amacıyla mirası reddederse alacaklılar ret tarihinden itibaren altı ay içinde reddin iptali hakkında dava açabilirler (TMK.m617).” Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi 08 Ağustos 2022.*

<sup>121</sup> İki hukuki kurum arasındaki farklılıklar için bkz. Baygın, s. 137.

<sup>122</sup> Baygın, s. 136.

<sup>123</sup> Öztan, s. 402; Birinci Uzun, s. 136 vd.

<sup>124</sup> Helvacı, s. 221; Birinci Uzun, s. 136-137.

<sup>125</sup> Helvacı, s. 213; Şener, *Şerh*, s. 291; Özkan, s. 61; Berki, *Miras*, s. 220; Birinci Uzun, s. 135.

<sup>126</sup> İmre/Erman, s. 374.

davranışlarının önüne geçerek alacaklıların korunmasını amaçlamıştır<sup>127</sup>. Mirasçının, aşırı miktarda borç içeren mirası kabul ederek de alacaklılarına zarar vermesi ihtimal dahilinde olmakla birlikte bu durum hakkında yasal bir düzenleme bulunmamaktadır<sup>128</sup>.

Mahkeme tarafından reddin iptal edilmesi üzerine, mirasın resmî tasfiyesi yoluna gidilir. Reddin iptali talebinin resmî tasfiye talebini de içerdiği kabul edildiğinden, mirasın reddine karar verildiği takdirde mahkeme doğrudan resmî tasfiye yoluna gider<sup>129</sup>.

Mirasçılardan birinin mirası kabul etmesi durumunda resmî tasfiye talep edilemeyeceğinin öngörüldüğü TMK m. 632/II hükmünden farklı olarak burada, mirasçılardan birinin mirası kabul etmesi, tasfiye sürecini etkilememektedir<sup>130</sup>. Mirasbırakanın tek bir mirasçısının olması ve bu mirasçının da mirası reddetmesi ihtimalinde, reddin iptaline karar verilmesiyle birlikte terekenin tamamı resmen tasfiye edilir. Aynı doğrultuda, birden fazla mirasçının hepsi tarafından yapılan reddin iptaline karar verilmesi durumunda, yine terekenin tamamı resmen tasfiye edilir<sup>131</sup>. Buna karşılık, birden fazla mirasçısı bulunan bir mirasçı sadece mirasçılardan birinin reddetmesi durumunda, reddin iptali sonucunda gerçekleştirilen resmî tasfiyenin, terekenin tamamı üzerinde mi yoksa sadece reddi iptal edilen mirasçının reddettiği payı üzerinde mi yapılacağı hususu tartışmalıdır. Doktrinde<sup>132</sup>, mirası reddeden mirasçılığın

<sup>127</sup> TMK m. 617'ye getirilen eleştiriler ve öneriler için bkz. Mustafa Şahin, “Borçların Nisbiligi İlkesi ve Türk Miras Hukuku Anlamında Mirasbırakanın Borçlarından Dolayı Mirasçılığın Sorumluluğu”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 25(2), 2021, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1755697>>, Erişim Tarihi 22 Ağustos 2022, s. 109 vd. Mirasbırakanın ölümünün ardından kurulan miras ortaklığı kapsamında mirasçılar, terekenin tamamı üzerinde elbirliği ile hak sahibi olmaktadır. Mirasçılığın alacaklıları, terekeden gelen aktif öğrendikleri zaman hemen alacaklarını tahsil etmek için harekete geçmektedirler. Bu durumdaki mirasçılar ise, kendilerine kalan terekeden herhangi bir fayda sağlayamayacaklarını bildikleri için mal kaçırmak amacıyla mirası reddedebilmektedirler. Yazara göre, mirasçılığın alacaklılarının kısa vadede hak talep etmesinin önüne geçilebilir ise, mirasçılar ellerine geçen malvarlığı değeri ile bir yandan ticari faaliyetlerini devam ettirerek kendi geçimlerini sağlarken diğer yandan alacaklılarını da tatmin edebilme imkanına sahip olurlar.

<sup>128</sup> Eren/Yücer Aktürk, s. 541.

<sup>129</sup> İmre/Erman, s. 376; İnan/Ertaş/Albaş, s. 521; Kocayusufoğlu, *Miras*, s. 632; Helvacı, s. 227; Baygın, s. 149-150.

<sup>130</sup> Serozan/Engin, s. 523.

<sup>131</sup> İnan/Ertaş/Albaş, s. 521.

<sup>132</sup> Esat Şener, “Miras Hukukunda Alacaklıların Korunması”, *Yargıtay Dergisi*, 3(1), 1977, s. 118; İmre/Erman, s. 376; İnan/Ertaş/Albaş, s. 521. Aksi yöndeki görüş için bkz. Kocayusufoğlu,

alacaklılarının korunması amaçlanırken diğer mirasçılarının da menfaatinin gözetilmesi gerektiği, bu nedenle de resmî tasfiyenin sadece reddi iptal edilen mirasçının payı üzerinde yapılması gerektiği savunulmaktadır. Zira, resmî tasfiyenin mirasın tamamı üzerinde yapılması hâlinde, hem diğer mirasçılar istemedikleri hâlde resmî tasfiyeye zorlanmış olacak hem de tereke malları arasında mirasçılar için önem teşkil eden malların bulunması durumunda resmî tasfiye, onlar için zararlı sonuçlar doğurabilecektir<sup>133</sup>. Bu doğrultuda, reddi iptal olunan mirasçının payının terekeden ayrılarak sadece o payın resmî tasfiyeye tabi tutulması gerekmektedir<sup>134</sup>.

Reddin iptaline karar verilmesi hâlinde mirası reddeden mirasçı, tekrar mirasçı sıfatını kazanmaz<sup>135</sup>. TMK m. 617/III uyarınca, resmî tasfiyeden sonra ilk olarak tereke borçları ödenir ve artan bakiye, önce reddin iptali talebinde bulunan alacaklılara, hâlâ geriye bir şey kalması hâlinde diğer alacaklılara<sup>136</sup> paylaşılır. Reddeden mirasçının alacaklarının tamamı ödendikten sonra geriye kalan bakiye ise, mirası reddeden mirasçıya değil, mirasbırakanın ret geçerli olsaydı bundan yararlanacak olan diğer mirasçılarına<sup>137</sup> verilir.

## b. Reddin iptali davasının şartları

### (1) Reddeden mirasçının ret sırasında var olan mallarının borçlarını ödemeye yetmemesi

Mirasçının alacaklılarının reddin iptali davası açabilmeleri için ilk şart, mirasçının, kendisine miras yoluyla geçecek malvarlığı dışında şahsi

*Miras*, s. 632; Oğuzman, s. 299. Diğer mirasçılarının menfaatinin gözetilmesi açısından resmî tasfiyenin sadece reddin iptaline karar verilen pay için yapılması düşüncesi benimsenmekle birlikte, diğer mirasçılarının reddin iptali davasında güvence göstererek bu olumsuzluklara engel olmasının mümkün olduğu gözetildiğinde, mirasın tamamının resmî tasfiyeye konu edilmesi gerektiğini savunan aksi yöndeki görüş için bkz. Helvacı, s. 227; Baygın, s. 151.

<sup>133</sup> İmre/Erman, s. 376.

<sup>134</sup> İnan/Ertas/Albaş, s. 521.

<sup>135</sup> Kılıçoğlu, s. 291.

<sup>136</sup> “Diğer alacaklılar” ifadesi ile, alacakları retten önce doğmakla birlikte reddin iptali davası açmamış olan alacaklılar kast edilmektedir. Bkz. Helvacı, s. 231. İtiraz etmemiş olan alacaklıların tatmin edilmesinin hukuk prensipleriyle örtüşmediğine ilişkin görüş için bkz. Berki, *Miras*, s. 220. Yazar, kanunun sözü itibarıyla değerlendirildiğinde alacaklılara reddin iptali davası açmaları için bir süre öngörmesine karşın herhangi bir haklı sebebi olmayan ve bu süre içerisinde redde itiraz etmemiş olan diğer alacaklıların tatmin edilmesini eleştirmektedir.

<sup>137</sup> Miras, sonra gelen mirasçılar yararına reddedilmiş ise artan değer, bu kişilere ait olur; sonra gelen mirasçılar yararına reddedilmemiş ise, reddi iptal edilen mirasçı mirasbırakandan önce ölmüş gibi değerlendirilerek retten yararlanan mirasçılara ait olur. Bkz. Helvacı, s. 231.

malvarlığının borçlarını ödemek için yeterli olmamasıdır. Bu şartın gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespitinde ret tarihi esas alınmaktadır<sup>138</sup>. Reddin iptalinin, henüz vadesi gelmemiş ya da şarta bağlı alacağı olan alacaklılar tarafından istendiği durumlarda ise, malvarlığının borcu karşılamaya yetip yetmediği, vadenin geldiği veya şartın gerçekleştiği tarihe kadar mirasçı lehine kazılması muhtemel mal, para veya haklar göz önünde bulundurularak tespit edilmelidir<sup>139</sup>. Bu doğrultuda, ret tarihinden farklı olarak, alacağın muaccel olacağı tarihte, borcu karşılamaya yetecek değerde bir kazanımın gerçekleşme ihtimali varsa, iptal isteğinin kabul edilmemesi gerekmektedir<sup>140</sup>.

Mirasçının malvarlığının borçlarını karşılayacak nitelikte olmadığını, iptal davasını açan alacaklılar ispatla yükümlüdür<sup>141</sup>. Bu hâlde, borçlu aleyhine bir ödemeden aciz belgesinin alınmış olması zorunlu değildir<sup>142</sup>. Mirasın reddi sırasında alacakların inanılır nitelikte olması yeterlidir<sup>143</sup>.

### (2) Reddeden mirasçının alacaklılarını zarar uğratma amacı taşıması

Mirasçı, kendine düşen miras payını reddederken alacaklılarına zarar verme amacı gütmüyorsa, kendi alacaklılarını tatmin edemese dahi mirasçının alacaklıları reddin iptalini talep edemezler<sup>144</sup>. Mirasçının zarar verme amacıyla

<sup>138</sup> Gökhan Şahan, “Mirası Reddeden Mirasçının Alacaklılarının Korunması”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 15(1), 2020, <[<sup>139</sup> Hoşlan, s. 324.](https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1122113#:~:text=Miras%C4%B1n%20reddinin%20iptali%20TMK'n%C4%B1n,idaresi%2C%20miras%C4%B1n%20reddini%20iptal%20ettirebilirler>”, Erişim Tarihi 24 Ağustos 2022, s. 12; Osman Hoşlan, “Mirasçının Alacaklısının Mirasın Reddini İptal Ettirebilmesi Hakkı”, <i>Yargıtay Dergisi</i>, 18(3), 1992, s. 324.</p>
</div>
<div data-bbox=)

<sup>140</sup> Hoşlan, s. 324.

<sup>141</sup> Helvacı, s. 215; Baygın, s. 145.

<sup>142</sup> İmre/Erman, s. 374; İnan/Ertas/Albaş, s. 520; Öztan, s. 403; Aysoy, s. 119; Helvacı, s. 215; Şener, *Şerh*, s. 289; Hoşlan, s. 324; Baygın, s. 145.

<sup>143</sup> Yarg. 8. HD. 17.02.2014 T. E. 2013/4831, K. 2014/2561: “...kötü niyetle retten söz edilebilmesi için reddeden mirasçının malvarlığının borcunu karşılamaya yetmediğinin sabit olması gerekir:Onun için herşeyden önce davalı durumunda bulunan mirasçının malvarlığının borcunu karşılamaya yeterli olup olmadığı hususunun etraflı şekilde araştırılıp tespit edilmesi zorunludur. İcra takibinin uzun süre devam etmesi, tek başına acze delalet etmez... Davacı tarafından borçlu mirasçılar hakkında “aciz vesikası” alınmamış olduğuna göre, Mahkemece, davalıların şahsi malvarlığının ret tarihindeki değeri tespit edilip, bu mal varlığının borçlarını karşılamaya yeterli olup olmadığının usulünce araştırılıp saptanması; yeterli ise talebin reddi, yeterli olmadığının görülmesi halinde ise, davalılar da yeterli güvence göstermediği takdirde reddin iptaline karar verilmesi gerekir.” Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi 15 Ağustos 2022.

<sup>144</sup> Dural/Öz, s. 427.

hareket ettiğini ispat etme yükü, alacaklıdır<sup>145</sup>. Bu kapsamda alacaklıların, mirasçının mirası reddettiği sırada kişisel malvarlığının aktiflerinin pasiflerini karşılamaya yetmediğini ve mirasın borca batık olmadığını bildiğini veya bilmesi gerektiğini ispat etmeleri gerekmektedir<sup>146</sup>. Mirasçının alacaklılara zarar verme kastıyla hareket etmiş olması yeterlidir; ayrıca alacaklıların bir zarara uğramış olmaları şartı aranmamaktadır<sup>147</sup>.

Mirasçının malvarlığının borçlarını karşılamaya yetmediği hâlde mirası reddetmesi, her zaman için alacaklılarına zarar verme amacı taşımaz. Mirasbırakanından haklı bir sebeple nefret ettiği için ondan gelecek hiçbir değeri kabul etmek istemeyen veya ahlaka aykırı yoldan kazanıldığını bildiği bir malvarlığı değerini geri çevirmek isteyen mirasçının bu gibi şahsi nedenlere dayanarak da kendisine intikal edecek mirası reddetmesi mümkündür. Zira, sırf alacaklıları zarara uğramasın diye bir mirasçının mirası kabul etmesi beklenemez<sup>148</sup>. Bu nedenle, malvarlığı borçlarını karşılamaya yetmediği hâlde mirası reddeden mirasçının, alacaklılarına zarar verme kastıyla hareket ettiğinin ayrıca ispat edilmesi gerekmektedir<sup>149</sup>.

### (3) Reddin iptali talebinde bulunan alacaklıya mirasçı tarafından güvence verilmemiş olması

Alacaklılara veya iflas masasına yeterli güvence verilmesi hâlinde, mirasın reddinin iptali talep edilemez. Madde metninde güvencenin miktarına veya türüne ilişkin bir açıklama bulunmamaktadır. “*Yeterli güvence*” kavramının sınırını reddedilen mirasın değeri oluşturmaktadır<sup>150</sup>. Diğer bir anlatımla güvence, alacaklının alacağını karşılayacak miktarda olmalıdır. Güvencenin aynı ya da şahsî nitelikte olması mümkündür<sup>151</sup>. Burada önemli olan, güvencenin, alacaklıların mirasın reddi sebebiyle uğradıkları zararı karşılayacak nitelikte olmasıdır. İptal davası açmayan alacaklıların bu yönde bir talepleri bulunmadığından, sadece iptal davası açan alacaklıların alacaklarını teminat altına alacak oranda güvence gösterilmiş olması

<sup>145</sup> İmre/Erman, s. 374; Öztan, s. 403; Aysoy, s. 120; Helvacı, s. 216.

<sup>146</sup> Helvacı, s. 216; Baygın, s. 145.

<sup>147</sup> İnan/Ertaş/Albaş, s. 520. Aksi yöndeki görüş için bkz. Şahan, s. 14; Birinci Uzun, s. 145.

<sup>148</sup> Şahan, s. 16.

<sup>149</sup> Şahan, s. 16; Hoşlan, s. 319; Birinci Uzun, s. 146.

<sup>150</sup> İnan/Ertaş/Albaş, s. 520.

<sup>151</sup> Kılıçoğlu, s. 290; Helvacı, s. 217; Şahan, s. 17; Baygın, s. 147.

yeterlidir<sup>152</sup>. İflas durumunda, bütün alacaklıların alacakları için teminat verilmiş olması gerekir; alacaklıların sadece bir kısmına teminat verilmiş olması resmî tasfiyeyi engellemez<sup>153</sup>.

Güvencenin kimin tarafından verildiğinin bir önemi bulunmamaktadır; diğer mirasçılar tarafından verilebileceği gibi, üçüncü kişiler tarafından da verilebilir<sup>154</sup>.

Güvencenin ne zamana kadar verilmesi gerektiğine ilişkin bir süre öngörülmediğinden, reddin iptaline hükmedilinceye kadar güvence gösterilmesi mümkündür<sup>155</sup>. Mirasın reddinden önce mirasçının alacak için güvence vermesi durumunda da şartları gerçekleşmediği için reddin iptali davasının açılması mümkün değildir. Durum böyle olmakla birlikte, önceden verilen teminatın alacağı güvence altına almakta yetersiz kaldığı noktada, teminat yeterli düzeye çıkarılmadığı sürece, reddin iptali davasının açılacağı kabul edilmektedir<sup>156</sup>.

### c. Reddin iptali davasında hak düşürücü süre

Kendilerine zarar verme kastıyla mirası reddeden mirasçının alacaklıları ya da iflas idaresi, ret tarihinden itibaren altı ay içinde reddin iptalini talep edebilirler. 743 sayılı Medeni Kanun'da öngörülen üç aylık sürenin yetersiz görülmesi üzerine 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda hak düşürücü süre, altı ay olarak düzenlenmiştir<sup>157</sup>. Madde metninde de açıkça belirtildiği üzere, mirasın reddinin iptali için öngörülen hak düşürücü süre, alacaklılar reddi daha sonraki bir tarihte öğrenmiş olsalar dahi, mirasçının mirası reddettiği tarihten itibaren işlemeye başlar<sup>158</sup>.

<sup>152</sup> Hoşlan, s. 326; Birinci Uzun, s. 147.

<sup>153</sup> Aysoy, s. 120; Birinci Uzun, s. 147.

<sup>154</sup> Öztan, s. 403; Aysoy, s. 121; Helvacı, s. 218; Şener, *Şerh*, s. 291; Şahan, s. 17; Hoşlan, s. 326; Baygın, s. 147; Birinci Uzun, s. 146.

<sup>155</sup> Helvacı, s. 218; Şahan, s. 17.

<sup>156</sup> Helvacı, s. 218; Baygın, s. 147.

<sup>157</sup> TMK m. 617 gerekçesi: “...*Maddenin birinci fıkrasındaki reddin iptali davası için öngörülen üç aylık süre, kaynak Kanunda olduğu gibi altı aya çıkarılmıştır. Çünkü ret hâlinde, alacaklıların reddinden kişinin yerine geçen mirasçıları saptamaları ve gerekli güvencenin verilip verilmeyeceğini araştırmaları uzun zaman alabilecek ve yürürlükteki metinde öngörülen üç aylık süre de buna yeterli olamayacaktır.*”

<sup>158</sup> Reddeden mirasçının alacaklılarının mirasçının mirası ne zaman reddettiğini bilmesi ve takip etmesi mümkün olmadığı için öngörülen altı aylık sürenin çoğu zaman kaçırılması muhtemeldir. Bu nedenle hak düşürücü sürenin başlangıç tarihinin reddin öğrenildiği tarih

#### d. Reddin iptali davasının tarafları

**Madde hükmünden de açıkça anlaşıldığı üzere, reddin iptali davası açma hakkı, reddeden mirasçının alacaklılarına ve mirasçının iflası hâlinde iflas masasına tanınmıştır. Birden fazla alacaklının bulunduğu durumlarda, bunların hepsi birlikte dava açabileceği gibi, içlerinden biri tek başına da dava açabilir<sup>159</sup>. Reddin iptali isteminin kabulü sonucunda resmî tasfiyeye karar verileceği göz önünde bulundurulduğunda, dava sonucunda verilecek kararın talepte bulunmayan alacaklılar bakımından da geçerli olduğunu söylemek mümkündür. Buna karşılık, ödemeye öncelikle davacı alacaklılardan başlanacağından davacı sıfatına sahip olmak ödeme sırasında öncelik hakkını da beraberinde getirmektedir<sup>160</sup>. Alacak hakkı retten sonra doğan bir alacaklının ret sebebiyle zarara uğraması mümkün olmadığından, ancak alacakları retten önce doğmuş olan alacaklılar reddin iptali davası açabilirler<sup>161</sup>. Alacaklının, resmî tasfiyeyi talep eden bir mirasçı bulursa bile buna güvenerek talepte bulunmaktan kaçınmaması ve ayrıca talepte bulunup tedbirli olmasında yarar vardır<sup>162</sup>. Zira, resmî tasfiye talep eden mirasçı, tasfiye sürecinin tamamlanmasına kadar bu talebinden vazgeçip mirası kabul ederse, alacaklı bakımından o sırada talep süresi geçmiş olabilir<sup>163</sup>.**

Reddin iptali davasının kime karşı açılacağı hususunda doktrinde görüş birliği sağlanabilmiş değildir. Doktrindeki hâkim görüşe göre davalı sıfatını haiz olan taraf reddeden mirasçıdır. Diğer bir görüşe göre ise reddedenin mirasçılarının da davalı konumunda olması mümkündür<sup>164</sup>.

Doktrinde hâkim olan görüşe göre<sup>165</sup>, mirasın reddi beyanının geri

olarak düzenlenmesinin daha isabetli olacağı yönündeki görüş için bkz. Kılıçoğlu, s. 291.

<sup>159</sup> Hoşlan, s. 329; Baygın, s. 139.

<sup>160</sup> Hoşlan, s. 329; Baygın, s. 139.

<sup>161</sup> Helvacı, s. 220-221; Baygın, s. 139.

<sup>162</sup> Baygın, s. 86-87.

<sup>163</sup> Baygın, s. 86-87.

<sup>164</sup> Konuya ilişkin görüşler için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, *Miras*, s. 631; Aysoy, s. 121; Helvacı, s. 223; Oğuzman, s. 299; İnan/Ertas/Albaş, s. 520; Yarg. 14. HD. 05.11.2018 T. E. 2016/1663 K. 2018/7339: “Mirasın kayıtsız şartsız reddi kararının iptali davalı tüm mirasçılara yöneltilmelidir. Bu konuda açılacak dava herhangi bir süreye tabi değildir. Kanun koyucu mirası reddin iptali için altı aylık hak düşürücü süreyi mirasçılarının alacaklarının korunması için koymuştur.” Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi 27 Haziran 2022.

<sup>165</sup> Helvacı, s. 225; İmre/Erman, s. 375.

alınmıyor olması ve ret ile birlikte mirasçılık sıfatının sona ermesi, iptal davasının davalısının reddeden mirasçı olmasına engel değildir. Nitekim, mirasın reddi tek taraflı bir hukuki işlem olduğundan, mirasçılardan birinin ret beyanından diğer mirasçıların haberi olmayabilir. Durumdan habersiz bir kimsenin davalı konumunda bulunması ise isabetli görülmemektedir. Dahası, diğer mirasçıların, reddeden mirasçının kişisel borçlarına ilişkin bilgi sahibi olmadığı düşünülüğünde, hiçbir savunma imkanlarının bulunmadığını söylemek mümkündür.

Diğer görüşe göre ise<sup>166</sup> reddin iptali davası, hem reddeden mirasçı hem de bu retten yararlanan diğer mirasçılar aleyhine açılmalıdır. Zira, iptal davasının kabulü sonucunda terekenin resmî tasfiyesinden hak sahibi olan diğer mirasçıların da etkileneceği göz önünde bulundurulduğunda, bu kimselerin de davaya dahil edilmeleri gerekmektedir<sup>167</sup>. Ayrıca, TMK m. 617'nin gerekçesinde, reddeden mirasçının yerine geçen kimselerin tespitinin zaman alabileceği, üç aylık sürenin altı aya çıkarılmasının temel sebeplerinden biri olarak belirtilmiştir. Dolayısıyla davanın, reddeden mirasçının yerine geçenlere karşı açılmasının amaçlandığı zımni olarak anlaşılmaktadır<sup>168</sup>. Bunun yanı sıra, mirasçının zarar verme amacıyla mirası reddetmediğini ispatlayabilecek tek kişi yine mirasçının kendisidir. Tüm bu nedenlerle, iptal davasının, reddeden mirasçı ve bu retten faydalanan diğer mirasçılar aleyhine birlikte açılması gerekmektedir.

#### SONUÇ

Resmî tasfiye kurumu, miras hukukuna hâkim olan külli halefiyet ilkesinin istisnası olarak karşımıza çıkmaktadır. Resmî tasfiyenin temel amacı, tereke ile mirasçıların kişisel malvarlığının birbirine karışmasını önlemektir. Böylelikle mirasçılar, tereke borçlarından sorumlu olmazlar ve alacaklılar da tereke mevcudundan tatmin edilirler. Doktrinde resmî tasfiyenin hukuki niteliğine ilişkin çeşitli görüşler ileri sürülmektedir. Kanımızca, mirasın açılması ile birlikte mirasçılara tanınan seçimlik haklardan biri olan resmî tasfiye, kendine özgü bağımsız bir kurum olarak nitelendirilmelidir.

Resmî tasfiyenin olağan usul ve iflas usulü ile tasfiye olmak üzere iki türü bulunmaktadır. Olağan usul ile tasfiyede terekenin aktifi, pasifini

<sup>166</sup> Baygın, s. 144; Şahan, s. 24-25; Birinci Uzun, s. 140.

<sup>167</sup> Şahan, s. 25; Birinci Uzun, s. 140.

<sup>168</sup> Şahan, s.25; Birinci Uzun, s. 139-140.

karşılacak nitelikte olduğundan, alacaklıların alacaklarının tamamı ödenir. Buna karşılık iflas usulü ile tasfiyede terekenin aktif, pasifini karşılamaya yetmediğinden alacaklılar, alacaklarını payları oranında alırlar. Her iki tasfiye usulünde de alacaklarını terekeden elde edemeyen alacaklıların, mirasçılarının kişisel malvarlıklarına başvurma imkanları bulunmamaktadır.

Kanunda sayılan iki istisnai hâl dışında resmî tasfiye, ancak talep üzerine gerçekleştirilebilir. Resmî tasfiyeyi talep edebilecek olanlar ise mirasçılar ve kanunda sayılan şartların gerçekleşmesi hâlinde mirasbırakanın alacaklılarıdır. Buna karşılık, kanun koyucu, bazı hâllerde sulh mahkemesinin kendiliğinden resmen tasfiyeye hükmedebileceğini düzenlemiştir. Bu hâllerden ilki, TMK m. 612'de hükme bağlanan, mirasın en yakın yasal mirasçılarının tamamı tarafından reddidir. Buna göre, mirasın en yakın bütün yasal mirasçılar tarafından reddedilmesi durumunda mirasın iflas hükümlerine göre resmen tasfiyesine karar verilir. Kanun koyucu, söz konusu hükmün istisnası niteliğinde olmak üzere TMK m. 614'ü kaleme almıştır. Bu hüküm ile mirasçılarının, kendilerinden sonra gelen mirasçılarının mirası kabul edip etmeyeceklerinin sorulması şartıyla mirası reddetmeleri mümkün kılınmıştır. Talebe gerek olmaksızın kendiliğinden mirasın resmî tasfiyesine hükmedilmesi gereken hâllerden ikincisi ise, TMK m. 617'de düzenlenmiştir. Buna göre, madde hükmünde öngörülen şartların gerçekleşmesi durumunda, malvarlığı borçlarını karşılamaya yetmeyen mirasçı alacaklılarına zarar vermek amacıyla mirası reddederse, alacaklılara, reddin iptali davası açma imkânı tanınmıştır. Reddin iptaline karar verilmesi üzerine ise miras resmen tasfiye edilmektedir.

## KAYNAKÇA

- Antalya O G, *Miras Hukuku Cilt III*, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Ayan M, *Miras Hukuku*, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Ayiter N/ Kılıçoğlu A, *Miras Hukuku*, 2. Bası, Savaş Yayınları, 1991.
- Aysoy N A, *Tereke*, Ege Matbaası, 1957.
- Baygın C, *Türk Miras Hukukunda Alacaklıların Korunması*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2005.
- Berki Ş, “Türk Medeni Kanunu’nda Devletin Mirasçılığı”, *AÜHFD*, 20(1-3), 1963, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/632417>>, Erişim Tarihi 12 Ağustos 2022, s. 115-150.
- Berki Ş, “Türk Medeni Kanunu’nda Miras Hukukunun Esasları (III)”, *AÜHFD*, 31(1), 1971, s.199-221.
- Birinci Uzun T, *Mirasın Resmi Tasfiyesi*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Coquoz R (Çeviren: Güral J), “Mirasın Reddinin, Mirasın İntikali Üzerine Olan Tesirleri”, *AÜHFD*, 8(1), 1951, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/637530>>, Erişim Tarihi 22 Ağustos 2022, s.685-695.
- Dural M/Öz T, *Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku*, 17. Baskı, Filiz Kitabevi, 2021.
- Eren F/ Yücer Aktürk İ, *Türk Miras Hukuku*, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, 2021.
- Helvacı İ, *Mirasın Reddi*, 1. Baskı, Filiz Kitabevi, 2002.
- Hoşlan O, “Mirasçının Alacaklısının Mirasın Reddini İptal Ettirebilmesi Hakkı”, *YD*, 18(3), 1992, s. 318-335.
- İmre Z/ Erman H, *Miras Hukuku*, 15. Basım, Der Kitabevi, 2021.
- İnan A N/ Ertaş Ş/Albaş H, *Miras Hukuku*, 10. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Kılıç M, “Türk Hukukunda Mirasın Resmen Tasfiyesi”, *AÜHFD*, 62(3), 2013, s. 761-818.
- Kılıçoğlu A M, *Miras Hukuku*, 11. Bası, Turhan Kitabevi, 2021.
- Kocayusufpaşaoğlu N, *Miras Hukuku*, 3. Bası, Filiz Kitabevi, 1987.
- Kocayusufpaşaoğlu N, “En Yakın Kanuni Mirasçılarının Mirası Reddetmesi-



Mehaza Göre Tefsir”, *İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 1(1), 2011, s. 36-47.

Oğuzman M K, *Miras Hukuku*, 6. Bası, Filiz Kitabevi, 1995.

Özkan D, *Terekenin İflas Hükümlerine Göre Tasfiyesi*, 1. Bası, Yetkin Yayınları, 2022.

Öztan B, *Miras Hukuku*, 12. Bası, Yetkin Yayınları, 2021.

Rüzgaresen C/ Erdem M, “Terekenin İflas Hükümlerine Göre Tasfiye Usulü”, *10. Yıla Armağan İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, (22), 2012, <<https://ticaret.edu.tr/uploads/kutuphane/dergi/s22/313-335.pdf>>, Erişim Tarihi 15 Eylül 2022, s. 313-335.

Saatçioğlu F, “Mirasın Gerçek Reddi”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 1(1), 2012, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/155536>>, Erişim Tarihi 10 Ağustos 2022, s. 173-208.

Serozan R/ Engin B İ, *Miras Hukuku*, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021.

Şahan G, “Mirası Reddeden Mirasçının Alacaklılarının Korunması”, *EÜHFD*, 15(1), 2020, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1122113#:~:text=Miras%C4%B1n%20reddinin%20iptali%20TMK'n%C4%B1n,idaresi%2C%20miras%C4%B1n%20reddini%20iptal%20ettirebilirler>>, Erişim Tarihi 24 Ağustos 2022, s. 1-40.

Şahin M, “Borçların Nisbîliği İlkesi ve Türk Miras Hukuku Anlamında Mirasbırakanın Borçlarından Dolayı Mirasçılarının Sorumluluğu”, *AHBVÜ-HFD*, 25(2), 2021, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1755697>>, Erişim Tarihi 22 Ağustos 2022, s. 97-128.

Şener E, “Miras Hukukunda Alacaklıların Korunması”, *YD*, 3(1), 1977, s. 115-134.

Şener E, *Eski ve Yeni Miras Hukuku (Şerh)*, Seçkin Kitabevi, 1988.

Yavuz C/Açıkgöz O, “Mirasın Temsilci Aracılığıyla Reddedilmesi Hâlinde Özel Yetkinin Gerekli Olup Olmadığı Hususunun Öğretideki Görüşler ve Yargıtay Kararları Işığında Değerlendirilmesi”, *YÜHFD*, 18(2), 2021, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/2071046>>, Erişim Tarihi 12 Temmuz 2022, s.677-693.

Yenice Ceylan A Ö, “Mirasın Reddinin Diğer Mirasçılar Bakımından Sonuçları”, *GSÜHFD*, 18(2), 2019, s. 641-674.

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

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068  
Cilt / Volume XXVII Nisan / April 2023 Sayı / No. 2

**ROMA, İSLÂM VE TÜRK HUKUKLARINDA VASİYETTEN  
DÖNME\***

**REVOCATION OF TESTAMENT IN ROMAN, ISLAMIC  
AND TURKISH LAW**

*WIDERRUF DES TESTAMENTS IM RÖMISCHEN, ISLAMISCHEN UND  
TÜRKISCHEN RECHT*

**Emrah GÖKMEN\*\***  

**ÖZET**

[10.34246/ahbvuhfd.1203323](https://doi.org/10.34246/ahbvuhfd.1203323) 

Ölüme bağlı tasarruflar aracılığıyla mirasbırakan, ölümünden sonra mülkiyet hakkı üzerinde tasarruf edebilmektedir. Vasiyet, tarih boyunca birçok toplumda uygulaması olan bir müessesedir. Mirasbırakan, vasiyet yapmak suretiyle iradesini ortaya koymaktadır. Mirasbırakanın vasiyet yapması kadar yaptığı vasiyetten dönmesi ve hatta döndüğü vasiyetten de daha sonra dönmesi ölüme bağlı tasarruf çerçevesinde

\* Literatürde terminoloji hakkında bir birlik bulunmamaktadır. Kanun metninde ve doktrin in bir kısmında “vasiyetten dönme” ifadesi tercih edilmektedir. Biz de hem mevcut kanunun metninin bu şekilde olması hem de çalışmamızın Roma ve İslâm hukukuyla mukayeseli olması gerekçeleriyle bu hukuklarda da terminoloji bakımından daha yakın olan “vasiyetten dönme”yi tercih etmekteyiz. Ancak İslâm hukukundaki durum izah edilirken kaynaklardaki yerleşik kullanım olan “vasiyetten rücu” tercih edilmiştir. “Vasiyetten dönme” tercihiyle aynı yönde bkz. Mehmet Serkan Ergüne, *Vasiyetnamenin Yorumu*, 1. Baskı, On İki Levha Yayınları, 2011, s. 172-173; Doktrinde tek yanlı işlemlerin geri alınacağı, karşılık borç doğuran sözleşmelerden dönüleceği belirtilmektedir. Bkz. Rona Serozan/Baki İlkay Engin, *Miras Hukuku*, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2022, s. 318; Vasiyetname tek taraflı ve bağlayıcı olmayan bir tasarruf olduğu için “Widerruf” (geri alma) terimi daha uygundur. Ancak kanun metninde Fransız hukuk dilindeki rücu/dönme anlamına gelen “revocation” teriminin karşılığı esas alınmıştır. Bkz. Hüseyin Hatemi, *Miras Hukuku*, 8. Baskı, On İki Levha Yayınları, 2018, s. 111; Konuyla ilgili detaylı bilgi için ayrıca bkz. Sezer Çabri, *Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 495-574) Cilt-I*, 2. Baskı, On İki Levha Yayınları, 2022, s. 663.

\*\* **Arş. Gör.**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İslam Hukuku Anabilim Dalı / İSTANBUL, **e-posta:** emrahgokmeen@gmail.com, **ORCID:** 0000-0002-5470-2716 **DOI:** 10.34246/ahbvuhfd.1203323

\*\*\* **İntihal / Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / *This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.*



ihtimal dahilindedir. Mirasbırakanın bu gibi işlemleri gerçekleştirdiğinde iradesinin açık olması halinde herhangi bir problemle karşılaşmaz. Ancak mirasbırakanın iradesinin bu denli açık olmadığı hallerde farklı ihtimallerin gündeme geleceği görülür. Bu ihtimaller, yorum faaliyeti sonucunda vasiyet özelinde değerlendirilmeli, böylelikle bir sonuca varılmalıdır. Bu çalışmada, vasiyetten dönme ve vasiyetten dönmeden dönme konuları Roma, İslâm ve Türk hukukları üzerinden mukayeseli olarak ele alınmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Ölüme bağlı tasarruf, vasiyet, vasiyetten dönme, vasiyetten dönmeden dönme, mukayese.

### ABSTRACT

Through testamentary dispositions, the testator can dispose of the property right after the death of the heir. The testament is an institution that has been practised in many societies throughout history. The testator reveals his/her will by making a testament. As well as making a testament, it is possible for the testator to revoke the will he made and even to revoke the will he revoked clear when he carries out such transactions, no problem is encountered. However, in cases where the will of the testator is not so clear, different possibilities may arise. These possibilities should be evaluated in the context of the testament as a result of the interpretation later within the framework of the testamentary disposition. If the testator's will is activity, and thus a conclusion should be reached. In this study, the issues of revocation of a testament and revocation from revocation of a testament are discussed comparatively through Roman, Islamic and Turkish law.

**Keywords:** Testamentary disposition, testament, revocation of testament, revocation from revocation of testament, comparison.

### ZUSAMMENFASSUNG

Durch letztwillige Verfügungen kann der Erblasser unmittelbar nach dem Tod des Erben über das Vermögen verfügen. Das Testament ist eine Institution, die im Laufe der Geschichte in vielen Gesellschaften praktiziert wurde. Der Erblasser offenbart seinen Willen durch die Errichtung eines Testaments. Der Erblasser kann nicht nur ein Testament errichten, sondern auch das von ihm errichtete Testament widerrufen und sogar das Testament, das er später widerrufen hat, im Rahmen der letztwilligen Verfügung widerrufen. Wenn der Wille des Erblassers klar ist, wenn er solche Geschäfte tätigt, gibt es keine Probleme. In Fällen, in denen der Wille des Erblassers nicht so eindeutig ist, können sich jedoch andere Möglichkeiten ergeben. Diese Möglichkeiten sollten im Zusammenhang mit dem Willen als Ergebnis der Dolmetschertätigkeit bewertet werden, und so sollte eine Schlussfolgerung gezogen werden. In dieser Studie werden die Fragen des Testamentswiderrufs und des Widerrufs ohne Testamentswiderruf vergleichend anhand des römischen, islamischen und türkischen Rechts erörtert.

**Schlüsselwörter:** Testamentarische Verfügung, Testament, Widerruf des Testaments, Widerruf vom Widerruf des Testaments, Vergleich.

### EXTENDED ABSTRACT

Within the freedom of testamentary disposition, individuals may make testaments, revoke them and revoke from testament's revocation. The interpretation of the testator's will in cases of revocation and revocation from revocation constitutes one of the main issues in this field. In this study, this issue is analysed comparatively through Roman, Islamic and Turkish law.

In Roman law, in the presence of two different testaments, it was concluded that the first testament was automatically invalid. In the case of revocation from revocation of the testament, it can be accepted that the rules of legal inheritance will return to the rules of legal inheritance here, based on the understanding that in case of invalidity of the testament in general, the rules of legal inheritance will return to the rules of legal inheritance.

In Islamic law, testament is considered as a contract by the majority opinion. Since the testament is considered as a non-binding (gahyr al-lazim) contract, the testament can be invalidated through testament's revocation. There are three types of a testament's revocation: explicitly (sarâhaten), implicitly (delâlatan) and necessarily (zarûreten). In a case where two testaments make different dispositions on the same thing, it has been discussed whether this is a revocation of a testament or making two people partners in one thing. The dominant opinion is that in such a case, the will of the testator is to make two people partners in one thing. The general tendency in Islamic law is that both testaments are valid unless otherwise stated in case of testament's revocation. In Islamic law, there is no clear information on how to reach a conclusion in case of testament's revocation. Here, considering the principle of keeping the wills alive to the extent possible and together that we have reached in the case of testament's revocation, it is possible to say that the part that is not revoked testament remain in force, unless otherwise is clearly understood from the will of the heir.

In Turkish law, a testament, which is a testamentary disposition in the formal sense, is regulated under Articles 531 et seq. of the Turkish Code of Obligations (TCO). Revocation of a testament may be made by a subsequent testamentary disposition, annulment or a subsequent inter vivos disposition. In the case of revocation by a subsequent testamentary disposition, the interpretation of the will of the testator comes to the fore in case the will of the testator is not clear in the second testament. Three different types of relationship may arise between two testaments. These are that the testaments contain opposite provisions, the testaments complement each other, and these two issues cannot be determined. If the two wills contain opposite provisions, it is concluded that the second testament revokes the first testament. If the two testaments do not complement each other, both of them are applied together.

*If one of the contradiction or complementarity cannot be determined, it is concluded that the second will revocates the first one in accordance with the “presumption of revocation”. In the case of testament’s revocation, the interpretation is quite controversial. The Swiss Federal Court and the Supreme Court argue that if there is any doubt, the legal heirship shall come into play. In the Turkish legal doctrine, there are those who share the same opinion with these courts, while a considerable majority believe that in case of doubt, the first testament will shall take effect. In the Turkish legal doctrine, a criterion has been developed regarding the conclusion to be reached in case of revocation without testament’s revocation, according to whether the subsequent testament’s revocation contains other dispositions in addition to the first testament’s revocation. However, the doctrine defends the views that encompass all four possibilities in total, in cases where the subsequent revocation will contains different dispositions from the first testament and in cases where it does not.*

*Finally, testament’s revocation and revocation from a testament’s revocation can be made in Roman, Islamic and Turkish law. Each law has developed a different interpretation method for testament’s revocation. The automatic invalidity of the first testament in Roman law, keeping both wills alive together in Islamic law and the presumption of revocation in Roman law are accepted. In case of revocation from testament’s revocation, in Roman law, the rules of legal inheritance are subjected to, while in Islamic law, the first will is revived. Turkish legal doctrine has opinions in both directions and the issue is quite controversial. However, in any case, it will be tried to determine the will of the testator with the help of intestate and extra-testamentary facts.*

## GİRİŞ

Kişinin sağlararasında gerçekleştirdiği tasarrufların yanı sıra, vasiyet gibi ölüme bağlı tasarruflarla da öldükten sonra malvarlığı üzerinde tasarrufta bulunması mülkiyet hakkının doğal bir sonucudur. Vasiyet, pek çok toplumda var olagelmış farklı yer ve zamanlarda farklı şekillerde görülen ortak bir müessesedir. Ölüme bağlı tasarruf serbestisi dahilinde kişiler diledikleri şekilde vasiyette bulunabilecekleri gibi, vasiyetname hükümlerini ölümle birlikte doğurduğundan, daha önceki vasiyetlerinden sonraki vasiyetleriyle dönebilmektedirler. Mirasbırakan, daha önce yaptığı bir vasiyetten vasiyet ettiği kişiyle ilgili sonradan olumsuz kanaat edinmiş olması, vasiyetnameyi dalgınlıkla yapmış olması gibi çeşitli gerekçelerle dönmek isteyebilir. Mirasbırakanın dönme iradesini açıkça ortaya koyduğu hallerde herhangi bir sorunla karşılaşılmazken, mirasbırakanın iradesinin bu denli açık olmadığı hallerde mirasbırakanın iradesi dikkate alınarak iki farklı hukukî işlemin içeriğinin karşılaştırılması ve bir yorum faaliyetinde bulunulması

gerekmektedir. Yine mirasbırakanın, döndüğü vasiyetten de sonraki bir vasiyetle dönmesi hâlinde üç farklı vasiyetin bir arada değerlendirilerek bir sonuca varılması gerekmektedir. İşte bu gibi haller çözüme kavuşturulması gereken bir hukuki sorun teşkil etmektedir. Bu çalışmada vasiyetten dönme ve vasiyetten dönmeden dönme konuları Roma, İslâm ve Türk hukukları üzerinden mukayeseli olarak incelenmektedir.

## I. ROMA HUKUKUNDA

### A. Genel Olarak Vasiyet

Roma hukukunda şekli anlamda ölüme bağlı tasarruf olarak yalnızca vasiyetname (*testamentum*) kabul edilmiştir.<sup>1</sup> Roma hukukunda *testamentum*, mirasbırakanın son iradesini beyan eden, mirasçı atamasını içeren, şekle bağlı, tek taraflı ölüme bağlı bir tasarruftur.<sup>2</sup> Roma hukuku kaynaklarında vasiyete ilişkin “*testamentum est mentis nostrae iusta constestatio, in id sollemniter facta, ut post mortem nostram valeat* = vasiyet ölümümüzden sonra muteber olması için irademizin, şeklen tesbit edilmiş bir ifadesidir.” (*Ulpianus, Regulae* 20.1) ve “*testamentum est voluntatis nostrae iusta sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit* = vasiyet, ölümümüzden sonra yapılmasını istediğimiz irademizin hukukî bir şekilde ifadesidir.” (*Digesta*, 28.1.1) şeklinde tanımlar yer almaktadır.<sup>3</sup>

Roma hukukunda vasiyete ilişkin şartlarda, mirasbırakanın vasiyette bulunma ehliyetine (*testamenti factio*) sahip olması gerekmektedir.<sup>4</sup> Bu ehliyetin vasiyet yapma anında bulunması aranmaktaydı.<sup>5</sup> Ayrıca bir şeyin maliki olma ehliyeti ve fiil ehliyeti de aranan şartlar arasındaydı.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> Ziya Umur, “Roma Miras Hukukunun Ana Hatları”, *İÜHF*, (31)1-4, 1965, s. 167; Ömerhan Koca, *Roma Hukuku’nda ve Türk Hukuku’nda Ölüme Bağlı Tasarruflar*, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, 2018, s. 41.

<sup>2</sup> Erkan Küçükgüngör, *Roma Hukukunda Vasiyet (Testamentum)*, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, 2007, s. 100; Umur, “Ana Hatlar”, s. 167; Koca, s. 41; Paul Koschaker/Kudret Ayiter, *Modern Hususî Hukuka Giriş Olarak Roma Hususî Hukukunun Ana Hatları*, Sevinç Matbaası, 1971, s. 358; Ziya Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, 2. Basım, Beta Basım, 2010, s. 509; Ziya Umur, *Roma Hukuku Lügatı*, Fakülteler Matbaası, 1975, s. 205; Nadi Günel, “Roma Miras Hukuku’na Genel Bir Bakış ve Vasiyet Yolu ile Miras”, *AÜHF*, (44)1, 1995, s. 433.

<sup>3</sup> Salvatore Di Marzo, *Roma Hukuku*, çev. Ziya Umur, 2. Baskı, Sulhi Garan Matbaası, 1959, s. 512; Küçükgüngör, s. 99.

<sup>4</sup> Di Marzo, s. 514; Umur, *Ders Notları*, s. 509; Umur, *Lügat*, s. 205.

<sup>5</sup> Di Marzo, s. 516.

<sup>6</sup> Richard Honig, *Roma Hukuku*, çev. Şemseddin Talip, 2. Tabı, Matbaai Ebuzziya, 1938, s.

Vasiyetnamede taliki (geciktirici) şarta ve belirli vadeye yer verilebilirken, infisahi (bozucu) şarta ve belirsiz vadeye ise yer verilemezdi.<sup>7</sup> Roma hukukunda mirasçılar lehine vasiyet yapılamamaktaydı.<sup>8</sup> Bunlara ek olarak vasiyet mutlaka mirasçı nasbını içermeliydi.<sup>9</sup>

Vasiyetname şekilleri, Roma hukukunun klasik döneminde sulh zamanı kullanılan *testamentum calatis comitiis* ve savaş zamanı askerler tarafından kullanılan *testamentum in procinctu* olmak üzere ikiye ayrılmaktaydı.<sup>10</sup> *Testamentum calatis comitiis*, halk meclisleri önünde yılda iki kez merasim yapılması şeklindeydi. Burada mirasbırakan, ölümünden sonra yerine geçecek kişiye dair iradesini açıklamakta, bu irade halk meclisi ve rahipler tarafından onaylanarak vasiyetname tamamlanmaktaydı.<sup>11</sup> Olağandışı bir vasiyetname türü olan *testamentum in procinctu*'da ise savaşa katılan askerler, savaşa katılmaya karar vermelerinden hemen sonra birbirleri önünde ve hiçbir şekle tâbi olmadan sözlü olarak vasiyette bulunurlardı.<sup>12</sup> Daha sonraları vasiyetini henüz yapamamış ve ölüme yaklaşmış bir vasiyette *comitia calata*'nın toplanmasını bekleyemeyecek halde olanlar için *testamentum per aes et libram* (terazi ve külçe ile vasiyet) türü bunlara ilave edilmiştir.<sup>13</sup>

Klasik sonrası dönemde klasik dönemdeki *mancipatio* ile mülkiyetin devri yönteminin kaldırılmasıyla birlikte, yazılı vasiyetname (*per scripturam*) ile sözlü vasiyetname (*per nuncupationem*) olarak iki tür vasiyetname yer almıştır.<sup>14</sup> Yazılı vasiyetnamenin yedi baliğ Roma vatandaşından oluşan şahitlere okunması ve bunun mirasbırakana ait olduğunun belirlenmesi gerekmektedir.<sup>15</sup> Şahitler de vasiyetname üzerine eş zamanlı olarak mühür ve

imzalarını koyarlardı.<sup>16</sup> Eğer mirasbırakan yazı yazmayı bilmiyorsa, sekizinci bir şahide daha ihtiyaç vardı.<sup>17</sup> Sözlü vasiyetname de yedi şahit huzurunda son arzularına tanıklık edilen bir beyandan oluşmaktaydı.<sup>18</sup> *Iustinianus* hukukunda, bundan önceki dönemdeki vasiyetname türleri bir araya getirilmiş, şekle ilişkin mirasbırakanın yalnızca el yazısı yeterli görülmüştür.<sup>19</sup> Bu dönemde genel olarak yazılı, sözlü ve resmi vasiyetname türlerinden söz edilmektedir.<sup>20</sup>

## B. Vasiyetten Dönme

### 1. Genel Olarak

Roma hukukunda vasiyetnamenin hükümsüzlüğü başlangıç itibariyle hükümsüzlük ve sonradan hükümsüz hâle gelme olmak üzere iki türdür. Sonradan hükümsüz hâle gelme hallerinden biri de *testamentum ruptum* olarak bilinen mirasbırakanın iradesidir.<sup>21</sup> Bu hâlde mirasbırakan, yeni bir vasiyetname yaparak eskisini tamamen ortadan kaldırabilir.<sup>22</sup> Öyle ki Roma hukukunda “*Ambulatoria est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum* = insan iradesi son nefese kadar değişebilir” denilmiştir.<sup>23</sup>

Roma hukukunda vasiyetname bir ölüme bağlı tasarruf olduğu için daima geri alınabilirdi.<sup>24</sup> Ancak klasik dönemde vasiyetnamenin şekli bir tasarruf olması nedeniyle dönülmesi için de yeni bir şekli işlem yapılması gerektiği ifade edilmiştir.<sup>25</sup> Ancak bu anlayış Miladın 2. asrından itibaren etkisini yitirmiştir.<sup>26</sup> Bu tarihten itibaren fesih iradesini gösteren hareketlerle

<sup>16</sup> Di Marzo, s. 522-523.

<sup>17</sup> Küçükgüngör, s. 145; Di Marzo, s. 523.

<sup>18</sup> Küçükgüngör, s. 147; Di Marzo, s. 523.

<sup>19</sup> Kayak, s. 561.

<sup>20</sup> Detaylı bilgi için ayrıca bkz. Kayak, s. 562-563.

<sup>21</sup> Koschaker/Ayiter, s. 374.

<sup>22</sup> Honig, s. 382.

<sup>23</sup> Said Önen, *De La Revocation Des Testaments En Droit Suisse*, La Concorde, 1941, s. 43.

<sup>24</sup> Günal, s. 433; Koca, s. 43; Umur, *Ders Notları*, s. 509; Ömer Bağcı, *Vasiyetnamenin Geri Alınması*, Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2012, s. 17.

<sup>25</sup> Umur, “Ana Hatlar”, s. 167; Küçükgüngör, s. 150; Koca, s. 44; Di Marzo, s. 536; Umur, *Ders Notları*, s. 509.

<sup>26</sup> Di Marzo, s. 536; Umur, *Ders Notları*, s. 509; Küçükgüngör, s. 150.

374; Di Marzo, s. 509.

<sup>7</sup> Günal, s. 436; Di Marzo, s. 526; Umur, *Ders Notları*, s. 514.

<sup>8</sup> Günal, s. 437.

<sup>9</sup> Şakir Berki, “Romada Miras Hukuku”, *AÜHFD*, (10)1, 1953, s. 570; Günal, s. 433.

<sup>10</sup> Di Marzo, s. 518-519; Iustinianus, *Institutiones*, çev. Ziya Umur, Fakülteler Matbaası, 1968, s. 117, 119; Umur, *Ders Notları*, s. 510; Küçükgüngör, s. 123; Koca, s. 45-46.

<sup>11</sup> Sevgi Kayak, “Roma Hukukunda Vasiyetname Şekilleri”, *MÜHF-HAD*, (27)1, 2021, s. 548.

<sup>12</sup> Kayak, s. 552.

<sup>13</sup> Di Marzo, s. 519; Iustinianus, s. 119; Umur, *Ders Notları*, s. 510; Küçükgüngör, s. 125-127; Koca, s. 47-48; Detaylı bilgi için ayrıca bkz. Kayak, s. 555-559.

<sup>14</sup> Küçükgüngör, s. 144; Kayak, s. 560; Di Marzo, s. 522; Umur, *Ders Notları*, s. 512; Koca, s. 54.

<sup>15</sup> Di Marzo, s. 522.

de vasiyetnameye son verilebiliyordu.<sup>27</sup>

*Gaius, Institutiones* 2.151’de geçerli bir şekilde kurulan vasiyetin, vasiyeti yapan tarafından karşı yöndeki bir iradeyle geçersiz kılınabileceği geçmektedir. Yeni bir vasiyetle eski vasiyetin hükümsüz kılınması için yeni vasiyette herhangi bir mirasçının bulunması yeterliydi.<sup>28</sup>

## 2. Vasiyetten Dönme Şekilleri

Roma hukukunda klasik dönemde mirasbırakanın vasiyetnameyi yok etmesi, üzerini çizmesi, mühürleri kırması gibi hâller vasiyetnameden dönme kapsamında görülmezdi.<sup>29</sup> Bu gibi hâllerde *praetor*, vasiyetnameye dayalı olarak mirasçılara karşı *cum re* (tam hüküm ifade eden) olan bir *bonorum possessio intestati*<sup>30</sup> tanırды.<sup>31</sup>

Roma hukukunun İmparatorluk döneminde vasiyetten bir mektupla dahi dönülebileceği düzenlenmişti.<sup>32</sup> *Iustinianus* hukukunda her türlü tasarrufla vasiyetten dönülebileceği, söz gelimi *magistra* ve şahit önünde olmak kaydıyla sözlü olarak da vasiyetten dönülebileceği kabul edilmişti.<sup>33</sup>

Askerlere özgü vasiyetname (*testamentum militis*) türünde askerlere, onları işlerinde teşvik etmek için bazı avantajlı hükümler getirildiği görülmektedir. Bunlardan biri, vasiyetten dönülmesi için yeni bir vasiyette bulunulmasına gerek olmaksızın, vasiyetnameden yer alan yazının silinmesi veya başka bir şekilde irade beyanında bulunulması gibi yollarla da vasiyetten dönülebileceği öngörülmüştür.<sup>34</sup>

## 3. Vasiyetten Dönme Bağlamında Gündeme Gelen Farklı İhtimaller

Roma hukukunda vasiyetin bir kısmından dönülmesi mümkün değildi;

<sup>27</sup> Koca, s. 44.

<sup>28</sup> Küçükgüngör, s. 151.

<sup>29</sup> Koschaker/Ayiter, s. 374-375; Di Marzo, s. 536.

<sup>30</sup> Tanımı: “*Müteveffanın ab intestato, yani vasiyette bulunmadan ölmesi halinde, tereke mallarının tamamının veya bir kısmının zilyetliğini, praetor’un, ius civile’ye göre mirasçı olabilecek veya olamayacak olan, fakat ona kan hısımlığı ile (cognatio) bağlı bulunan bir şahsa temin etmesi.*” (Umur, *Lügat*, s. 29.)

<sup>31</sup> Koschaker/Ayiter, s. 375.

<sup>32</sup> Berki, “Miras Hukuku”, s. 549.

<sup>33</sup> Berki, “Miras Hukuku”, s. 549.

<sup>34</sup> Koca, s. 57.

yeni tarihli bir vasiyet yapıldığında sadece eski vasiyetle bağdaşmayan noktalar değil, eski vasiyet tamamen hükümsüz olmaktadır.<sup>35</sup> Başka bir deyişe, Roma hukukunda vasiyetten dönülmesi bağlamındaki cari sisteme göre farklı tarihli iki vasiyetin mevcudiyeti hâlinde ilk vasiyetin otomatik olarak geçersiz olduğu sonucuna varılmaktaydı.<sup>36</sup> Ayrıca ikinci vasiyet sonradan hükümsüz hâle gelse dahi birinci vasiyet geçerlilik kazanmazdı.<sup>37</sup>

*Gaius, Institutiones* 2.138-151 ve *Digesta*, 28.3’te “*Posteriore quoque testamento, quod iure perfectum est, superius rumpitur. Nec interest, an extiterit aliquis heres ex eo, an non extiterit: hoc enim solum spectatur, an aliquo casu existere potuerit* = Hukuken tam olan ikinci bir vasiyetname yapılırsa, evvelki vasiyetname bozulur. İkinci vasiyetnamede, bir mirasçı nasp edilmiş olup olmaması da ehemmiyeti haiz değildir: yeter ki bu takdirde bir mirasçının mevcut olması mümkün olabilsin.” şeklindeki ifadeyle bu durum somutlaştırılmaktadır. Devamındaki ifadeler meseleyi daha da netleştirmektedir: “*Sed si quis, priore testamento iure perfectio, posterius aequae iure fecerit, etiamsi ex certis rebus in eo heredem instituerit, superius testamentum sublatum esse divi Severus et Antoninus rescripserunt.* = Eğer bir kimse hukuken tamam olan bir vasiyetname tanzim ettikten sonra, yine hukuken tamam ikinci bir vasiyetname tanzim etse, ikinci vasiyetnamedeki mirasçıyı sadece bazı mallar hususunda mirasçı tayin etmiş olsa bile, ilâhi Severus ve Antoninus’un emirnamelerine göre, evvelkinden yine rücu edilmiş olur.”

Görüldüğü üzere, Roma hukukunda sonraki vasiyet hükümleri ile ilk vasiyetin hükümleri birbirlerini tamamlasa bile ilk vasiyetin geçersizliği sonucuna varılmaktadır.<sup>38</sup> Çünkü Roma hukukunda *testamentum*, malvarlığının tamamına ilişkin bir tasarruf olarak düşünülmekteydi; buna dayalı olarak, tek bir vasiyetnameyle mirasçı ataması yapılabilirdi.<sup>39</sup> Örneğin mirasbırakanın ilk vasiyetiyle malvarlığının yarısını A’ya, ikinci vasiyetiyle de diğer yarısını B’ye bırakması hâlinde, yalnızca B’nin mirasçı olacağı kabul edilmekteydi.

<sup>35</sup> Koschaker/Ayiter, s. 374.

<sup>36</sup> Küçükgüngör, s. 151-152; *Iustinianus*’un *Institutiones*’inin 2.17.2.’sinde bu durum şöyle geçmektedir: “Hukuken tam olan ikinci bir vasiyetname yapılırsa, evvelki vasiyetname bozulur.”; Koca, s. 56; İlhan Öztürk, *Tek Taraflı Ölüm Bağlı Tasarruflardan Rücu ve Vasiyetnamenin Ziyat*, Sevinç Matbaası, 1964, s. 61.

<sup>37</sup> Di Marzo, s. 536.

<sup>38</sup> Koca, s. 44.

<sup>39</sup> Koca, s. 44; Umur, *Ders Notları*, s. 509; Umur, “Ana Hatlar”, s. 167.



icap ve belirli mûsa lehten açık veya delâlet yoluyla yapılan kabulle kurulur.<sup>53</sup> Muris tarafından yapılan icabın vasiyet akdinin bir rûknü olduğu hususunda fukahâ müttefiktir.<sup>54</sup> Ancak mûsâlehten yapılan kabulün gerekli olup olmadığı hususunda İslâm hukuk doktrinindeki çoğunluk görüş bunun da bir rûkûn olduğu yönündedir.<sup>55</sup> Kabulün şart olduğunu ileri sürenler “*İnsan için sa’yinden başkası yoktur.*”<sup>56</sup> ayeti mucibince bir sa’y olarak kabulün gerekeceği ile mûsa ileyhin mutazzarrır olmaması daha açık bir ifadeyle, minnet altında kalmayı istemeyebileceğini gerekçe göstermektedir.<sup>57</sup> Bunlara ek olarak, mûsâbihin devrinin gerçekleşmesi için de kabul bir şart olarak görülmüştür.<sup>58</sup> Doktrinde aksi yönde görüş beyan eden Züfer’e göre ise kabul bir şart değildir; tek taraflı irade beyanıyla vasiyet gerçekleşir.<sup>59</sup> Çünkü mûsa leh vâris konumundadır; vârisin kabulüne ihtiyaç duyulmadığı gibi mûsa leh de kabulüne ihtiyaç duyulmamalıdır.<sup>60</sup> Bu görüşe göre vasiyet tek taraflı bir hukukî işlem vasfında olmaktadır.<sup>61</sup>

İslâm hukukunda vasiyet için bazı şartlar aranmaktadır. Sihat şartı mûsinin tasarrufa tam ehil olmasıdır.<sup>62</sup> Şekil şartı olarak yazılılık veya şahitler aranmaz. Uyuşmazlık çıkması hâlinde iki şahitle vasiyetin varlığı

ispat edilebilir.<sup>63</sup> Şahitler bir ispat şartıdır.<sup>64</sup> Nefâz şartı da 1/3 oranına riayet edilmesi ve vârise vasiyette bulunulmamasıdır.<sup>65</sup> Bunlara ek olarak vasiyet konusunun meşru bir şey (*mütekavvim*) olması da tabii bir zorunluluktur.<sup>66</sup>

İslâm hukukunda diğer hukuk sistemlerindeki farklı olarak, ölüme bağlı tasarruflarda şekil artı aranmamıştır.<sup>67</sup> Bunun nedeni olarak İslâm hukukunda vasiyetin bir teberru (bağış) olarak görülmesi, İslâm hukukunda sosyal yardımlaşmaya verilen önem<sup>68</sup> gibi hususlar gösterilebilir. Berki’ye göre bu husus, İslâm hukukunun muamelat ve tasarrufatı şekle tabi kılmayan genel temayülü ve kaidesiyle ilgilidir.<sup>69</sup>

## B. Vasiyetten Rücu

### 1. Genel Olarak

İslâm hukukunda vasiyetten rücu vasiyeti sona erdiren hallerden biridir.<sup>70</sup> Vasiyet edenin vasiyetinden rücu etmesi sahihtir çünkü vasiyet hibe gibi *teberru* (bağışlama) kabilindedir.<sup>71</sup> Vasiyetler birer akdi caiz olup *akdi*

çalışmasında vasiyeti tek taraflı hukukî işlem olarak değerlendirmiştir. Bkz. Emine Gümüş Böke, *İslâm Hukukunda Tek Taraflı Hukukî İşlemler*, 1. Baskı, Ensar Neşriyat, 2013, s. 204 vd.; Çeker de vasiyeti akit olarak değerlendirmiştir. Bkz. Çeker, s. 226-227; Aydın da vasiyeti tek taraflı hukukî işlem olarak değerlendirmiştir. Bkz. Mehmet Akif Aydın, *İslam ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları*, İz Yayıncılık, 1996, s. 222-223 Buna rağmen yazarın “Burada en azından belirli durumlarda vasiyetin tek taraflı bir hukukî işlem olarak kabul edildiği görülmektedir.” şeklindeki ifadesinden genel olarak vasiyetin kabule ihtiyaç duyan bir akit olduğunun çıkarılabileceği ifade edilebilir.

<sup>53</sup> Bilmen, s. 117; Koçak, s. 45.

<sup>54</sup> Koçak, s. 38.

<sup>55</sup> Koçak, s. 42; Ekrem Buğra Ekinci, “İslâm-Osmanlı Hukukunda Vasiyetin Şekli”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (1)1, 1997, s. 234.

<sup>56</sup> Necm suresi, 39. ayet.

<sup>57</sup> Bilmen, s. 118.

<sup>58</sup> Cin/Akgündüz, s. 132, 135.

<sup>59</sup> Bilmen, s. 117; Ekinci, s. 435; Koçak, s. 43; Ekinci, “Vasiyetin Şekli”, s. 234; Modern doktrinde Vehbe Zuhaylî de Züfer ile aynı kanaati paylaşmaktadır. Bkz. Zuhaylî, s. 140.

<sup>60</sup> Bilmen, s. 117; Koçak, s. 43.

<sup>61</sup> Ekinci, “Vasiyetin Şekli”, s. 241.

<sup>62</sup> Meydânî, s. 741; Ekinci, s. 435; Avcı, s. 414; Koçak, s. 54-55; Akgündüz, s. 47; Cin/Akgündüz, s. 133; Zuhaylî, s. 149.

<sup>63</sup> Ekinci, s. 436; Avcı, s. 415; Cin/Akgündüz, s. 135; Coşkun Üçok/Ahmet Mumcu, *Türk Hukuk Tarihi*, 5. Baskı, Savaş Yayınları, 1985, s. 115.

<sup>64</sup> Zuhaylî, s. 220-221.

<sup>65</sup> Ekinci, s. 436; Meydânî, s. 741; Koçak, s. 76, 98; Joseph Schacht, *İslam Hukukuna Giriş*, çev. Mehmet Dağ/Abdülkadir Şener, 1. Baskı, Otto Yayınları, 2018, s. 198; Bunun nedeni vârislerin birbirine düşman edilmemesidir. Vârisler mûsâleh olan varise yapılan vasiyete rıza gösterirlerse bu vasiyet geçerlidir. (Çeker, s. 226; Ali Himmet Berki, *Miras ve Tatbikat*, 2. Baskı, Türkiye Matbaacılık ve Gazetecilik, 1951, s. 167; Üçok/Mumcu, s. 115.)

<sup>66</sup> Avcı, s. 415; Meydânî, s. 741; Koçak, s. 90, 94; Akgündüz, s. 47.

<sup>67</sup> Koçak, s. 54; Şakir Berki, “Türk Hukukunda Vasiyet”, *AÜHFD* (8)3, 1951, s. 404; Fikret Eren/İpek Yücer Aktürk, *Türk Miras Hukuku*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, 2019, s. 108, 1 nolu dipnot; Akgündüz, s. 48; Cin/Akgündüz, s. 135; Üçok/Mumcu, s. 115.

<sup>68</sup> Vasiyetin bir sosyal güvenlik müessesesi olarak görülmesi hakkında ayrıca bkz. Servet Armağan, “İslâm Dininde Sosyal Güvenliğin Temel Müesseseleri”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, 14, 2009, s. 78-79.

<sup>69</sup> Berki, “Vasiyet”, s. 404.

<sup>70</sup> Arı, s. 554; Zekiyyüddin Şâban/Ahmed Gundur, *Ahkâmü'l-vasiyye ve'l-mîrâs ve'l-vakf fi şeriatü'l-İslâmiyye*, 2. Baskı, Mektebetü'l-Felah, 1989, s. 183.

<sup>71</sup> Meydânî, s. 748; Ebu'l-Hasen 'Alî b. Ebûbekr el-Ferğânî el-Merğînânî, *el-Hidâye fi Şerhi Bidâyeti'l-Mubtedî*, Dâru İhyâ'it-Turâsî'l-'Arabî, ts., IV, s. 516; Kemâluddîn Muḥammed b. 'Abdulvahid b. 'Abdilhamid b. es-Sivâsî İbnü'l-Humâm, *Fethü'l-Kâdir*, Dâru'l-Fikr, t.y., X, s. 436; Ebû'l-Me'âlî 'Abdumelik b. 'Abdullâh el-Cuveynî, *Nihâyetü'l-Maḥlab fi Dirâyeti'l-Mezhebe*, Dâru'l-Minhâc, 2007, s. 490; Ebu'l-'Abbâs Ahmed b. Muḥammed b. 'Alî İbn Hâcer el-Heytemî İbn Hâcer el-Heytemî, *Tuhfetu'l-Muhtâc fi Şerhi'l-Minhâc*, el-Mektebetü't-Ticâriyye, 1983, VII, s. 76; Enver Baytan, *İslâm'da Vasiyyet*, Felâh Kitabevi, t.y., s. 74;



*lazım* (bağlayıcı akit) olmadıklarından ve ölümle tamam olmaları hasebiyle mûsâlehe herhangi bir zarar da vermediklerinden, vasiyetlerden ölüncüye kadar rücu etmek mümkündür.<sup>72</sup> Mûris, önceki vasiyetnamesinden kısmen veya tamamen rücu edebilir.<sup>73</sup>

## 2. Vasiyetten Rücu Şekilleri

Vasiyetten rücu, sözle (kavlî rücu) veya rücuyla delâlet eden bir fiille (fiilî rücu) ya da zarûreten olabilir.<sup>74</sup>

### a. Sarâhaten rücu

Sarâhaten rücu, vasiyetten rücu etmeyi ifade eden sözlerle olur ki buna “rücü kavli” denir.<sup>75</sup> Örneğin mûsi, “Ben fülân kimseye yapmış olduğum vasiyetimden rücu ettim” veya “ben vasiyetimi terk ettim” veya “ettiğim her vasiyet bâtıldır” yahut “Zeyd için vasiyet ettiğim mal, Amr’indir” dese sarâhaten rücu etmiş olur.<sup>76</sup> Benzer biçimde “Zeyde yaptığım vasiyet, vârisim Amrindir” denilmesi de bir rücutur. Bu hâlde birinci mûsa lehten rücu edildiği için hak sahibi Amr olur.<sup>77</sup>

### b. Delâleten rücu

İlk vasiyetle bağdaştırılması mümkün olmayan fiil ve hareketler fiilî rücu kapsamındadır.<sup>78</sup> Örneğin muris, vasiyet ettiği kumaşı kesebilir veya

diktirebilir. Musabihi ismi değışecek şekilde tahvil etmek rücuyla delâlet eder.<sup>79</sup> Vasiyet edilen şeyin aslına onu teslimde engel olacak bir şey ilave yapmak (örneğin vasiyet edilen arsa üzerine bina yapmak) da fiilen rücutur.<sup>80</sup> Birisine vasiyet ettiği bir şeyi sonradan yemek, itlaf etmek, hibe etmek, tasadduk etmek, satmak gibi durumlar da buraya girer.<sup>81</sup>

Öte yandan vasiyet edilen şeyin tamamlayıcısı olan ve dolayısıyla ilk vasiyetle bağdaştırılabilen eylemler rücu sayılmaz. Örneğin muris vasiyet edilen evi boyatırsa, badana yaptırırsa bu vasiyetten rücu değildir. Yine muris, vasiyet ettiği elbiseyi yıkarsa bu da rücu anlamına gelmez.<sup>82</sup> Murisin “yaptığım vasiyeti erteledim” demesi de rücu anlamında değildir; erteleme vasiyeti ortadan kaldırmaz.<sup>83</sup> Bir başka durum mûsâbihin kiralanması ve ariyet verilmesi olup bunlarda yalnızca menfaatin temlikî söz konusu olduğu için vasiyetten rücu etme anlamı yoktur.<sup>84</sup> Murisin vasiyeti inkâr etmesi hâli Ebu Yusuf’a göre rücuken, Muhammed’e göre rücu değildir.<sup>85</sup>

### c. Zarûreten rücu

Zarûreten rücu, mûsâbihin kendi kendine değışmesi sonucu meydana gelen rücutur. Örneğin yumurtalardan kuluçka sonrası civciv çıkması böyledir.<sup>86</sup> Yine mûsâlehe bırakılan evin depremde yıkılması, arabanın yanması gibi Türk hukukunda sonradan objektif imkânsızlık halleri olarak da bilinen durumlarda zarûreten rücu hâlinin söz konusu olduğu söylenebilir.

## 3. Vasiyetten Rücu Bağlamında Gündeme Gelen Farklı İhtimaller

Fukahâ ilk vasiyetnameyle evini Muhammed’e vasiyet eden bir kişinin, daha sonra bu evi herhangi bir kayda yer vermeksizin (mutlak vasiyet) Ali’ye vasiyet ederse, murisin ilk vasiyetten rücu ettiği kabul edilerek ev Ali’nin mi olacak meselesi üzerinde ihtilaf etmişlerdir.<sup>87</sup> Bu konuda iki görüş vardır.

<sup>79</sup> Berki, *Vasiyyet ve Ölüme Bağlı Tasarruflar*, 22.

<sup>80</sup> Berki, *Vasiyyet ve Ölüme Bağlı Tasarruflar*, 22; Koçak, *İslâm Vasiyet Hukuku*, 151.

<sup>81</sup> Şemseddin, s. 145; Berki, *Ölüme Bağlı Tasarruflar*, s. 22.

<sup>82</sup> Baytan, s. 76; Şemseddin, s. 146.

<sup>83</sup> Koçak, s. 150; Zuhaylî, s. 214.

<sup>84</sup> Berki, *Ölüme Bağlı Tasarruflar*, s. 22.

<sup>85</sup> Cin/Akgündüz, s. 135; Hanefî mezhebinde müftabih görülen görüş Ebu Yusuf’un görüşüdür. (Zuhaylî, s. 172.)

<sup>86</sup> Koçak, s. 152.

<sup>87</sup> Şemseddin, s. 143.

Ekinci, s. 437.

<sup>72</sup> Bilmen, s. 145; Avcı, s. 414; Albayrak, s. 117; Saîd Muhammed Celidi, *Ahkâmü’l-mîrâs ve’l-vasiyye fî’ş-Şerîati’l-İslâmiyye*, Külliyyetü’d-Da’veti’l-İslâmiyye, t.y., s. 275; Şâban/Gundur, s. 183; Aktan, s. 71; Koçak, s. 149; Çeker, s. 227; Zuhaylî, s. 171, 214; Mustafa Ahmed ez-Zerka, *Çağdaş Yaklaşımla İslam Hukuku Cilt 1*, çev. Servet Armağan, Timaş Yayınları, 1993, s. 332.

<sup>73</sup> Şâban/Gundur, s. 183.

<sup>74</sup> Ali Himmet Berki, *Vasiyyet ve Ölüme Bağlı Tasarruflar*, 1. Baskı, Ege Matbaası, 1961, s. 21; Meydânî, s. 748-749; İbnu’l-Humâm, s. 436; Baytan, s. 74; Albayrak, s. 117; Şâban/Gundur, s. 184; Ebû’l-Velîd Suleymân b. Halef el-Bâcî, *el-Muntekâ Şerhu’l-Muvaftâ’*, Matba’atu’s-Sa’âde, 1914, VI, s. 148; Albayrak, s. 117; Zuhaylî, s. 172.

<sup>75</sup> Bilmen, s. 146; Zuhaylî, s. 214.

<sup>76</sup> Bilmen, s. 146; Şems ed-Dîn Muhammed b. Aḥmed eş-Şâfi’î el-Ḥaṭîb eş-Şîrbînî, *Muğni’l-Muhtâc ilâ Ma’rifeti Me’âni Elfâzi’l-Minhâc*, Dâru’l-Kutubi’l-İlmiyye, 1994, s. 112.

<sup>77</sup> Bilmen, *Hukukî İslâmiyye ve İstilahatı Fıkhiyye Kamusu*, V/146.

<sup>78</sup> Berki, *Vasiyyet ve Ölüme Bağlı Tasarruflar*, 22; Koçak, *İslâm Vasiyet Hukuku*, 151; Zuhaylî, *İslâm Fıkhu Ansiklopedisi*, 10/215.

Buna göre her iki vasiyete bakılarak ilk vasiyetinden rücu etmeyi mi yoksa teşrik (ortak kılma) kurmayı mı amaçladığı değerlendirilmelidir. İlk görüşe göre ev Ali'ninken, ikinci görüşe göre ev, her ikisi arasında ortaktır.<sup>88</sup> Dört mezhep ve Zeydiyye tarafından da benimsenen hâkim kanaat, böyle bir tasarrufun ilk mûsâleh ile ikinci mûsâleh arasında vasiyet edilen şeyde teşrik ifade ettiği yönündedir.<sup>89</sup> Hanbeliler'den *el-Muğni* eserinde geçtiği şekliyle bir kimse, malının tamamını birine vasiyet etse, daha sonraki bir vasiyetle de başka birine vasiyet etmesi veya malvarlığındaki belirli bir malı birisine vasiyet ettikten sonra yeni bir vasiyetle o malı başkasına vasiyet etmesi gibi durumlarda, ikisini ortak kıldığı yönünde yorumlanacağı belirtilmektedir.<sup>90</sup>

İslâm hukukunda birden fazla vasiyet yapılması durumunda öncekinden döndüğü belirtilmediği sürece her biri geçerlidir.<sup>91</sup> Zira vasiyetler, İslam hukuk mantığına göre yorumlanarak her zaman geçerli sayılmaya çalışılır.<sup>92</sup> Teşrik ifade eden ikinci bir vasiyetle ilk vasiyet geçersiz olmaz; bir mal iki şahsa vasiyet edilmiş gibi olur.<sup>93</sup> Buradan hareketle İslâm hukukunda aynı mûsâbihteki iki vasiyetin birlikte geçerli olduğu sonucuna varılabilir. Alman, Fransız, İtalyan ve Yunan Medenî Kanunlarında da benimsenen bu sisteme göre farklı tarihlerdeki vasiyetler birlikte geçerli kabul edilmektedir.<sup>94</sup> İslâm hukuku ile bu hukuklar, vasiyetten rücuda benimsenen tutum bakımından benzerlik göstermektedirler.

Vesayet ve vasiyet hukuki anlamda farklı şeyler olsalar da etimolojik köken itibariyle aynı kökten gelirler.<sup>95</sup> Vasiliğe ilişkin Fetâvâ-yı Ali Efendi'de geçen şu fetva, fetvanın içerdiği ana hatlar itibariyle sonuç çıkarma yöntemi bakımından vasiyete de uygulanabileceğini düşünmekteyiz: “4383. *Zeyd karındaşı Amr'ı evlad-ı siğârına vasi nasb edip Amr dahi kabul ettikten sonra bir müddet mürûrunda Zeyd hasta oldukda Bekir'e "Evlad-ı siğârıma*

<sup>88</sup> Şemseddin, s. 143.

<sup>89</sup> Şemseddin, s. 144.

<sup>90</sup> Şemseddin, s. 144.

<sup>91</sup> Nuri Kahveci/Halis Demir/Alpaslan Alkış/Adnan Algül/Alimcan Buğda/Mustafa Harun Kıyılık/Üzeyir Köse/İsmail Yılmaz, *İslam Hukuku (Şahıs-Aile-Miras) 2. Cilt*, 1. Baskı, Hikmetevi Yayınları, 2021, s. 349.

<sup>92</sup> Schacht, s. 198.

<sup>93</sup> Berki, *Ölüme Bağlı Tasarruflar*, s. 21.

<sup>94</sup> Öztrak, s. 62.

<sup>95</sup> Detaylı bilgi için ayrıca bkz. Arı, s. 552-553.

*seni vasi nasb ettim” deyip lakin Amr'ı ihraca delâlet eder nesne sudur etmeden Zeyd fevt olsa, Bekir Amr'a mücerred “Zeyd beni senden sonra vasi nasb etmekle ben vasi olmuş olurum” deyu Amr'ı vesayet men'e kâdir olur mu? el-Cevâb: Olmaz, ikisi de vasi olur.”*<sup>96</sup> Burada Zeyd'in kardeşi Amr'ı küçük çocuğuna vasi tayin etmesinin ardından daha sonra (Amr'a ilişkin vasilik tayinini geri almaksızın) Bekir'i de vasi tayin etmektedir. Bu durumda zaman itibariyle sonra vasi tayin edilen Bekir, önceki vasi olan Amr'a zamansal sonralık nedeniyle Amr'ın vasiliğinin sona erdiğini iddia etmektedir. Fetvanın cevabında zaman itibariyle sonra gelen Bekir'in böyle bir önceliğinin bulunmadığı, bilakis her ikisinin aynı anda vasi kabul edileceği belirtilmektedir. Tüm bu hususlar ışığında denilebilir ki vasiyette de benzer bir durum söz konusudur. Aynı şahıslar üzerinden yorumlarsak; Zeyd, önce Amr'a malvarlığının bir kısmını bıraksa, sonra da Bekir'e aynı şekilde malvarlığının bir kısmını bıraksa; her ikisinin de aynı anda mûsâleh olduğu sonucuna varılabilir.

#### 4. Vasiyetten Rücuda Rücu

İslâm hukukunda vasiyet ölüme bağlı bir tasarruf olup aynı zamanda gayri lazım bir akit olduğundan muris, ölüncüye kadar vasiyetinden rücu edebileceği gibi, ölüme bağlı tasarruf serbestisi çerçevesinde rücu ettiği vasiyetinden sonradan rücu edebilir. Bu sonuç ölüme bağlı tasarrufların murisin ölümüyle birlikte yürürlüğe girmelerinden de çıkan tabii bir sonuçtur. İslâm hukukunun klasik kaynaklarında vasiyetten rücu konusu üzerinde daha sık ve daha açık bir şekilde durulmuş olmasına rağmen, vasiyetten rücuda rücu meselesi üzerinde bu denli açıklıkta durulmadığı görülmektedir. Biz burada İslâm hukukunda vasiyetten rücuda rücu dair kısa teorik bir giriş yapmayı amaçlamaktayız.

İslâm hukukunda vasiyetten rücu bağlamında her iki vasiyetin de yaşatılmasına yönelik bir tutum benimsendiğinden bahsedilmişti. Buna dayalı olarak acaba vasiyetten rücuda rücu edildiğinde nasıl bir yol izlenmelidir? Örneğin A (mûsî), B'ye (mûsâleh) evini (mûsâbih) vasiyet etse, sonra da aynı evi C'ye vasiyet etmiş olsa her iki vasiyet de ayakta tutulacağından, B'nin 1/2, C'nin de 1/2 oranında ev üzerinde hak sahibi olduklarından söz edilir. Bir sonraki aşamada A, evini B'ye bıraktığı vasiyetinden rücu edip ardından bu rücuda da rücu ettiğinde nasıl bir sonuca varılacaktır? Kanaatimizce İslâm

<sup>96</sup> Şeyhülislam Çatalcalı Ali Efendi, *Fetâvâ-yı Ali Efendi*, 1. Basım, İSAR Yayınları, 2021, s. 771.

hukukunun vasiyetten rücuda benimsediği genel tutum dikkate alındığında, aksine yönelik herhangi bir yargıya vasiyet içeriğinden ulaşılamaması hâlinde, burada evin C'nin yanında B'ye de kaldığını söylemek daha isabetli gözükmektedir. Zira bu hâlde İslam hukukundaki genel yaklaşımdan çıkarılan, vasiyetlerin mümkün olduğu ölçüde ve birlikte yaşatılması anlayışı gereği burada iki eksinin bir artıya dönüşeceği, dolayısıyla da geriye kalan vasiyetin devam ettiği sonucuna varılabilir.

### III. TÜRK HUKUKUNDA

#### A. Genel Olarak Vasiyet

Türk hukukunda ölüme bağlı tasarruflar, temel olarak şeklî anlamda ölüme bağlı tasarruflar ve maddî anlamda ölüme bağlı tasarruflar olarak ikiye ayrılmaktadır.<sup>97</sup> Şeklî anlamda ölüme bağlı tasarruf, mirasbırakanın irade açıklamasında bulunurken seçtiği şekli ifade ederken, maddî anlamda ölüme bağlı tasarruf bu şeklî anlamdaki ölüme bağlı tasarrufun içeriğini ifade etmektedir.<sup>98</sup> Şeklî anlamda ölüme bağlı tasarruflar, vasiyet ve miras sözleşmesidir.<sup>99</sup> Maddî anlamda ölüme bağlı tasarruflar; mirasçı atama, belirli mal bırakma, yükleme gibi işlemlerdir.<sup>100</sup>

Şeklî anlamda ölüme bağlı bir tasarruf olan vasiyetname, TMK 531 ve devamı maddelerinde düzenlenmiş olup tek taraflı bir hukukî işlemidir.<sup>101</sup> Kanunda vasiyetname şekilleri olarak resmî vasiyetname (TMK m. 532-537), el yazılı vasiyetname (TMK m. 539) ve sözlü vasiyetname (TMK m. 539-541) düzenlenmiştir. Mirasbırakan bunlar içerisinden birini seçmekte kural olarak serbestse de sözlü vasiyetname ancak olağanüstü koşulların varlığı hâlinde yapılabilmektedir.<sup>102</sup>

Vasiyetname yapabilmek için ayırt etme gücüne sahip olmak ve on

<sup>97</sup> Mehmet Ayan, *Miras Hukuku*, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 93; Zahit İmre/Hasan Erman, *Miras Hukuku*, 14. Basım, Der Yayınları, 2018, s. 55.

<sup>98</sup> İmre/Erman, s. 55; Ayan, s. 94.

<sup>99</sup> Eren/Yücer Aktürk, s. 108; Ayan, s. 94; İmre/Erman, s. 55.

<sup>100</sup> Ayan, s. 95.

<sup>101</sup> Ayan, s. 103; O. Gökhan Antalya, *Miras Hukuku*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 159; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Miras Hukuku*, 10. Bası, Turhan Kitabevi, 2019, s. 106; Nüşin Ayiter, *Miras Hukuku*, 2. Baskı, Sevinç Matbaası, 1971, s. 43; İmre/Erman, s. 56; Ömer Uğur Gençcan, *Vasiyet Hukuku*, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, 2022, s. 57.

<sup>102</sup> Antalya, s. 161; Kılıçoğlu, s. 106; Berki, *Ölüme Bağlı Tasarruflar*, s. 404.

beş yaşını doldurmak gerekli ve yeterlidir.<sup>103</sup> Türk hukukunda da Roma hukukundaki gibi vasiyetname için sıkı şekil şartları öngörülmüştür. Bunun nedeni, vasiyetnamenin ölüme bağlı bir tasarruf olmasının sonucu olarak bunların hüküm ve sonuçlarını doğurduğu anda (mirasbırakanın ölümünde) arzu edilen hakkında bilgi verebilecek ağzın artık kapanmış bir vaziyette olmasıdır; iradenin anlaşılmasına imkân kalmamıştır.<sup>104</sup>

#### B. Vasiyetten Dönme

##### 1. Genel Olarak

Vasiyetten dönme, mirasbırakanın açık veya örtülü tek taraflı irade beyanıyla daha önceki ölüme bağlı bir tasarrufu kısmen veya tamamen hükümsüz bıraktığı ölüme bağlı bir tasarruftur.<sup>105</sup> Mirasbırakan asgari ehliyet koşullarını haiz olmak kaydıyla malvarlığı üzerinde ölüme bağlı tasarruf serbestisine sahiptir. Vasiyetten dönme de bu serbesti içerisindedir.<sup>106</sup> Vasiyetten dönmek için ölüme bağlı tasarrufta aranan ehliyet ve şekil şartlarına uyulmuş olması gerekir.<sup>107</sup> Mirasbırakanın vasiyetten dönmeyeceğini beyan etmesinin (feragat) hukuki bir değeri olmayıp böyle bir hukukî işlem vazgeçilemez haklara ilişkin olduğundan kesin hükümsüzdür.<sup>108</sup> Vasiyetten dönme şahsa bağlı bir haktır;

<sup>103</sup> Kılıçoğlu, s. 107; Ayiter, s. 40-41; Berki, "Vasiyet", s. 401; Vasiyetnamenin bizzat mirasbırakan tarafından yapılması gerektiği üçüncü bir şart olarak belirtilmektedir. Bkz. Gençcan, s. 140-143.

<sup>104</sup> Eren/Yücer Aktürk, s. 108.

<sup>105</sup> Öztrak, s. 16; Dilşah Büşra Kartal, "Vasiyetnamenin Geri Alınması", *TAAD*, 34, 2018, s. 318; Bağcı, s. 51; Bernhard Wilhelm Kerschjes, *Der Widerruf von Testamenten*, Paul Kerschgens, 1935, s. 8; Antalya, s. 181.

<sup>106</sup> Ayiter, s. 55; Mustafa Dural/Tufan Ögüz, *Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku*, 15. Bası, Filiz Kitabevi, 2020, s. 109; Erhan Günay, "Vasiyetten Dönme", *Terazi Hukuk Dergisi*, (15)162, 2020, s. 314; Lütfü Dalamanlı, *Miras Hukuku Tatbikatı*, Ünal Matbaası, 1975, s. 93; Serozan/Engin, s. 318; Çabri, s. 663; Hasan İşgüzar/Mehmet Demir/Süleyman Yılmaz, *Miras Hukuku*, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, 2019, s. 51; Canan Ruhi/Ahmet Cemal Ruhi, *Vasiyetname ve Miras Sözleşmesi*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2017, s. 34.

<sup>107</sup> Senai Olgaç, *Medenî Kanun Şerhi*, 3. Baskı, Olgaç Yayınları, 1975, s. 356; M. Kemal Oğuzman, *Miras Hukuku*, 4. Bası, Filiz Kitabevi, 1990, s. 204; "Sözü edilen ve rücuda ilişkin belge incelendiğinde, vasiyetten dönüşü belirten beyanın, resmi vasiyet yapılmasına ait şekle uyularak değil, sadece vasiyetçinin beyanının tespiti suretiyle teşvik edildiği görülmektedir. Şu durumda usulüne uygun olmak üzere vasiyetten dönülmediği halde açıklanan yönler gözetilmeden 18.7.1951 tarihli vasiyetin tenfizine ilişkin isteğin reddedilmiş olması ve kanuna aykırıdır." Yarg. 2. HD. E. 1982/8099 K. 1982/8586 T. 15.11.1982. <www.legalbank.net> Erişim Tarihi 11.10.2022.

<sup>108</sup> Ali Naim İnan/Şeref Ertaş/Hakan Albaş, *Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku*, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 197; Samim Gönensay/Kemaleddin Birsan, *Miras Hukuku*, 2.

yalnızca vasiyetnameyi hazırlayan kişi tarafından gerçekleştirilebilir.<sup>109</sup>

Vasiyetten dönme, daha sonraki bir ölüme bağlı tasarrufla olabileceği gibi, vasiyetnamenin yok edilmesi veya vasiyet edilen şeyde sağlararası bir tasarrufla bulunulması suretiyle (*ademptio legati*) de gerçekleştirilebilmektedir.<sup>110</sup> Vasiyetten dönme, açık veya örtülü olabilir.<sup>111</sup> Yine vasiyetten dönmenin şartlı veya şartsız olması mümkündür.<sup>112</sup>

Vasiyetten dönme tamamen veya kısmen olabilmektedir. Vasiyetten tamamen dönülmesi hâlinde önceki vasiyetin herhangi bir hükmü kalmazken, vasiyetten kısmen dönülmesi hâlinde kısmen dönülen tasarruflar hüküm ifade etmemekte ve kalan kısım geçerliliğini korumaktadır.<sup>113</sup> Örneğin bir Yargıtay kararında “vasiyet edilen mallardan bir kısmının başkasına satılmış olması, geriye kalanlar üzerindeki vasiyetten rücu anlamına gelmez.” denilerek bu durum somutlaştırılmıştır.<sup>114</sup> Kısmi dönmede dönülmeyen kısım tek başına hüküm ifade etmiyorsa, geri kalanın anlamsızlığı nedeniyle, vasiyetin tümünden dönülmüş kabul edilir.<sup>115</sup>

Vasiyetten kısmen dönülmesine ilişkin Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin

Bası, Ahmed Said Matbaası, 1963, s. 116; Öztrak, s. 15; Süleyman Yılmaz, *Medeni Hukuk Cilt IV Miras Hukuku*, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, 2022, s. 54; Esat Şener, *Eski ve Yeni Miras Hukuku (Şerh)*, Seçkin Kitabevi, 1988, s. 405; Çabri, s. 664; Mustafa Reşit Belgesay, *Türk Kanunu Medenisi Şerhi*, 2. Bası, Arkadaş Matbaası, 1933, s. 77; Oğuzman, s. 203; Ayan, s. 114; Bilge Öztan, *Miras Hukuku*, 10. Bası, Yetkin Yayınları, 2019, s. 209; İmre/Erman, s. 102; “Vasiyet tek taraflı bir hukuki işlemdir. Bu özelliği nedeniyle vasiyetten dönüş (rücu) hiç kimsenin muvafakatına tabi tutulmamıştır. Vasiyetçi dilediği zaman ve neden göstermesizin vasiyetinden dönebilir. Vasiyetnameden dönüş kişilik haklarından olduğu için, bu hakkın kullanılmasından başlangıçta vazgeçilemez.” Yarg. HGK E. 2002/2-874 K. 2002/893 T. 06.11.2002. <www.hukukturk.com> Erişim Tarihi 10.10.2022.

<sup>109</sup> İşgüzar/Demir/Yılmaz, s. 52.

<sup>110</sup> Dural/Öğüz, s. 109-110.

<sup>111</sup> Eren/Yücer Aktürk, s. 330-332; Belgesay, s. 77; Ayan, s. 114; İşgüzar/Demir/Yılmaz, s. 51.

<sup>112</sup> Gönensay/Birsen, s. 116; Öztrak, s. 81; Furkan Olgaç, *Resmî Vasiyetnamenin Hükümsüzleşmesi*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 20; Belgesay, s. 77.

<sup>113</sup> Günay, s. 315; Öztrak, s. 78; Gençcan, s. 452; Belgesay, s. 77; Oğuzman, s. 204; Ayan, s. 114; Ruhi/Ruhi, s. 34-35; “...her iki vasiyette çakışan kısımlar olup olmadığının tespit edilmesi, çakışan kısımlar var ise murisin 2000 tarihli vasiyetnamesi ile sadece o kısımlar yönünden vasiyetinden döndüğü ve kalan kısımlar yönünden 1991 tarihli vasiyetnamenin geçerliliğini koruyacağı dikkate alınarak...” Yarg. 3. HD. E. 2019/6170 K. 2020/1057 T. 10.2.2020. <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 15.10.2022.

<sup>114</sup> Yarg. 2. HD. 2.7.1933 T. 1547 (Senaî Olgaç, s. 356).

<sup>115</sup> Önen, s. 43; Dural/Öğüz, s. 110; Ergüne, s. 191.

2019/6170 esas, 2020/1057 karar numaralı ve 10.2.2020 tarihli kararında, “...yukarıda ayrıntılı şekilde ifade edilen her iki vasiyetname de dikkatlice incelendiğinde görüleceği üzere, murisin 2000 tarihli vasiyetnamesinde 1991 tarihli vasiyetnamesine de konu ettiği 2156 m<sup>2</sup>’lik taşınmaza ilişkin olarak 2000 tarihli vasiyetnamede ayrıntılı şekilde belirttiği sadece 120 m<sup>2</sup>’lik alan yönünden tasarrufla bulunduğu açıktır. Bu durumda, murisin 18.01.2000 tarihli vasiyetname ile 21.06.1991 tarihli vasiyetnamesinden tam olarak döndüğünden bahsedilemez.” denilmek suretiyle bu durum somutlaştırılmaktadır.

## 2. Vasiyetten Dönme Şekilleri

### a. Yeni tarihli ölüme bağlı tasarrufla dönme

Yeni vasiyetnameyle vasiyetten dönmeyi düzenleyen TMK’nın 542. maddesi şöyledir: “Mirasbırakan, vasiyetname için kanunda öngörülen şekillerden birine uymak suretiyle yeni bir vasiyetname yaparak önceki vasiyetnameden her zaman dönebilir. Vasiyetnamenin tamamından veya bir kısmından dönülebilir.”

Mirasbırakan, ölüme bağlı tasarruf şekillerinden birini kullanmak suretiyle eski vasiyetinden açıkça dönebilir; geri alınmak istenen vasiyetname şekline uyma zorunluluğu yoktur.<sup>116</sup> Örneğin resmi vasiyetnameden sözlü vasiyetle, önceki tarihli bir vasiyetnameden de bir miras sözleşmesiyle dönülebilir. Sonraki tarihli ölüme bağlı tasarrufun şekil şartlarına uygun olarak yapılması gerekir.<sup>117</sup> Aksi halde geçerlilik şartlarına aykırılık sebebiyle yapılan dönme geçerli olmaz.<sup>118</sup> Mirasbırakanın vasiyetten dönmek için seçeceği her

<sup>116</sup> Ayiter, s. 55; Dural/Öğüz, s. 110; Serozan/Engin, s. 319; Önen, s. 33; İnan/Ertaş/Albaş, s. 198; Gönensay/Birsen, s. 117; Şener, s. 97; Yılmaz, s. 55; A. Escher, *Medeni Kanun Şerhi Miras Hukuku*, çev. Sabri Şakir Ansay, 1. Baskı, Yeni Cezaevi Basımevi, 1949, s. 353; Berki, *Ölüme Bağlı Tasarruflar*, s. 96; Vito Picenoni, *Die Auslegung von Testament und Erbvertrag*, Polygraphischer Verlag Ag. Zürich, 1955, s. 80; Kersjes, s. 17; Furkan Olgaç, s. 18; Gençcan, s. 451; Belgesay, s. 77; Oğuzman, s. 203; İşgüzar/Demir/Yılmaz, s. 52; Ruhi/Ruhi, s. 34.

<sup>117</sup> Dural/Öğüz, s. 110; İmre/Erman, s. 103; Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, *Medeni Hukuk*, Gün Matbaası, 1969, s. 195; Oğuzman, s. 203; “Vasiyetçi, her ne kadar vasiyetname ile bağdaşmayan sağlararası bir tasarruf ile vasiyetten dönebilirse de, o tasarrufun hukuki sonuç doğurabilmesi, diğer bir ifade ile vasiyetnameyi ortadan kaldırabilmesi için sonradan yaptığı hukuki tasarruflar geçerli olması gerekir.” Yarg. 3. HD., E. 2019/759 K. 2020/342 T. 20.1.2020. <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 10.10.2022.

<sup>118</sup> Ergüne, s. 176. “Kanunda öngörülen bu hüküm, geçerlik şartı olduğundan aksine bir işlem hüküm ifade etmez. Yani vasiyeti ortadan kaldırmaz.” Yarg. 2. HD., E. 1982/8099 K. 1982/8586 T. 19.11.1982. <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 10.10.2022.

bir şekil, çeşitli yorum problemlerine gebedir.<sup>119</sup>

### b. Yok etmeyle dönme

Yok etmeyle vasiyetten dönme TMK m. 543'te düzenlenmiştir: “*Mirasbırakan, yok etmek suretiyle de vasiyetnameden dönebilir. Kaza sonucunda veya üçüncü kişinin kusuruyla yok olan ve içeriğinin aynen ve tamamen belirlenmesine olanak bulunmayan vasiyetname hükümsüz kalır. Tazminat isteme hakkı saklıdır.*”

Yok etmeyle vasiyetten dönme; vasiyetnamenin mirasbırakanın tarafından yırtılması, yakılması, karalanması, esaslı unsurlarının örneğin tarihinin ve imzanın üstünün çizilmesi gibi okunamaz hâle getirilmesi halleridir.<sup>120</sup> Bu hâllere dalgınlık ve hata sonucu olabilen hâller dahil değildir.<sup>121</sup> Öyleyse mirasbırakanın yok etme kastı (*animus revocandi, aufhebungsabsicht*) burada önem kazanmaktadır.<sup>122</sup> Yok etme ile vasiyetten dönmede, ölüme bağlı tasarrufu içeren nüshanın yok edilmesi fiilinden oluşan objektif unsur ile mirasbırakanın dönme niyetini ifade eden sübjektif unsur olmak üzere iki unsur bulunmaktadır.<sup>123</sup> Mirasbırakan, vasiyetnamenin bazı kısımlarını yok ederek de vasiyetten dönebilir. Bu durumda yorum önemlidir; bunun için mirasbırakanın iradesinin diğer kısımların geçerli olacağı yönünde olması ve kalan kısmın ifa edilebilir olması gerekmektedir.<sup>124</sup>

Vasiyetnamenin yok edilmesi maddî bir fiille gerçekleştirildiğinden ölüme bağlı tasarruflarda uygulanan temsil yasağı burada uygulanmaz; üçüncü kişi yalnızca bir araç mesafesindedir.<sup>125</sup>

Vasiyetname yok edilmişse, şüphe hâlinde hayatın olağan akışı gereği mirasbırakan tarafından yok edildiği sonucuna varılır. Aksini iddia eden hak sahipleri, mirasbırakanın bilgisi dışında vasiyetnamenin yok edildiğini ispatla

<sup>119</sup> Ergüne, s. 173.

<sup>120</sup> İmre/Erman, s. 109; Dural/Öğüz, s. 112; Serozan/Engin, s. 320; İnan/Ertaş/Albaş, s. 201; Gönensay/Birsen, s. 117; Şener, s. 88; Picononi, s. 82; Furkan Olgaç, s. 34; Ergüne, s. 186-187.

<sup>121</sup> Ayiter, s. 56; Olgaç, s. 357.

<sup>122</sup> İnan/Ertaş/Albaş, s. 201; Öztrak, s. 54-55; Şener, s. 91; Yılmaz, s. 58; Çabri, s. 674-675; Escher, s. 355; Picononi, s. 82; Kersjes, s. 21; Furkan Olgaç, s. 34; Ergüne, s. 186.

<sup>123</sup> Öztrak, s. 55.

<sup>124</sup> İmre/Erman, s. 109; Şener, s. 90; Çabri, s. 680.

<sup>125</sup> Ergüne, s. 188.

yükümlüdür.<sup>126</sup> Ayrıca üçüncü bir kişinin kusuruyla vasiyetname yok olmuşsa, bundan zarar görenler, vasiyetname içeriğinin tespiti ve mahkeme masraflarını bu kişiden tazmin edebilirler.<sup>127</sup>

Mirasbırakan haricinde deprem, yangın, sel gibi “kaza” ve üçüncü bir kişinin kasti veya kusura dayalı eylemi sonucunda da vasiyet yok edilmiş olabilir.<sup>128</sup> Bu gibi hâllerde vasiyetnamenin gerçek içeriğinin araştırılması ve böylelikle mirasbırakanın iradesinin ayakta tutmak üzere bir yorum yapılması yolu tutulmalıdır.<sup>129</sup> Burada vasiyet içeriği tespit edilebilirse geçerli bir vasiyetten söz edilir; aksi halde vasiyet hükümsüzdür.<sup>130</sup> Yargıtay da bu durumda tanıklarla vasiyetnamenin içeriğinin ispat edilebileceğini kabul etmektedir.<sup>131</sup>

Bir başka örnek mirasbırakanın ölümü hâlinde masasının üzerinde yırtılmış haldeki vasiyetname ile masanın gözünde bunun fotokopisinin bulunması hâlidir. Burada yok etme niteliğindeki eylemin mirasbırakan tarafından mı yoksa üçüncü bir kişi tarafından mı gerçekleştirildiği önemlidir. Eğer mirasbırakan yok etme eylemini gerçekleştirmişse vasiyetten döndüğü sonucuna varılır.<sup>132</sup> Yok etme eylemini üçüncü bir kişi gerçekleştirmiş veya kaza sonucu meydana gelmişse fotokopi vasıtasıyla içindekilerin tespit edilebilmesi hâlinde ölüme bağlı tasarruf hüküm ifade eder.<sup>133</sup>

Doktrinde vasiyetnamenin yırtılmaksızın buruşturularak çöp sepetine atılması hâlinde, bulunduğu da bunun yok edilmediği ve kaybolmadığı gerekçeleriyle geçerli olduğu ileri sürülmüştür.<sup>134</sup> Öte yandan belgenin kasıtlı biçimde buruşturulması hâlinde bunun vasiyetten dönme teşkil edebileceği

<sup>126</sup> Ergüne, s. 189.

<sup>127</sup> İmre/Erman, s. 110; Serozan/Engin, s. 322; İnan/Ertaş/Albaş, s. 203; Yılmaz, s. 59; Escher, s. 357; Sadece dava masraflarının istenebileceği şeklindeki aksi yöndeki görüş için bkz. Hatemi, s. 113.

<sup>128</sup> Günay, s. 315; İmre/Erman, s. 109.

<sup>129</sup> Günay, s. 315.

<sup>130</sup> İmre/Erman, s. 110.

<sup>131</sup> Yarg. 2. HD 10.2.1951 T. 4290/1115 (Senaî Olgaç, s. 357).

<sup>132</sup> Aksi yöndeki görüşe göre burada mirasbırakanın maksat ve niyeti araştırılarak bir sonuca varılmalıdır. Buna göre iki vasiyet nüshasından yalnızca birinin yırtılması vasiyetten dönme olarak kabul edilemez. Bkz. Gönensay/Birsen, s. 117-118.

<sup>133</sup> İmre/Erman, s. 108.

<sup>134</sup> İmre/Erman, s. 110; Şener, s. 91.

savunulabilir.<sup>135</sup>

Resmi vasiyetnamenin noterde bulunması nedeniyle nasıl geri alınacağı bir problem olarak karşımıza çıkabilir. Resmi vasiyetnamenin noter veya sulh hakiminden alınarak imha edilmesi mümkündür.<sup>136</sup> Ayrıca bununla ilgili olarak noterce düzenlenen zabıtla bu arzunun kaydedilerek zaptın noterdeki vasiyetnamenin yanına konulmasının bir dönme teşkil edebileceği ileri sürülmüştür.<sup>137</sup> Noter veya sulh hâkimi talep edilen vasiyetnameyi geri vermek zorundadırlar.<sup>138</sup> Ancak Noterlik Kanununu m. 84/II hükmüne göre noterler düzenledikleri iş kağıdının aslını noterde saklamakla yükümlüdür. Bu nedenle uygulamada resmi vasiyetnamenin nasıl yok edileceği açık değildir. Buna dayalı olarak noterdeki vasiyetten dönmenin kural olarak mümkün olmadığı ancak her nasılsa mirasbırakanın bunu elde ederek kendindeki nüshayla birlikte yok etmesi hâlinde bu dönmenin geçerli olduğu kabul edilmektedir.<sup>139</sup>

### c. Sonraki sağlararası tasarrufla dönme

Sonraki sağlararası tasarrufla dönme TMK m. 544'te şöyle düzenlenmiştir: “*Mirasbırakan, önceki vasiyetnamesini ortadan kaldırmaksızın yeni bir vasiyetname yaparsa, kuşkuyla yer bırakmayacak surette önceki vasiyetnameyi tamamlamadıkça, sonraki vasiyetname onun yerini alır. Belirli mal bırakma vasiyeti de, vasiyetnamede aksi belirtilmedikçe, mirasbırakanın sonradan o mal üzerinde bu vasiyetle bağdaşmayan başka bir tasarrufla bulunmasıyla ortadan kalkar.*”

Bu yolla vasiyetten dönme için sağlararası kazandırmanın geçerli bir satışa

dayanması gerekir.<sup>140</sup> Mirasbırakanın aksini öngörmemiş olması da aranır.<sup>141</sup> Ayrıca bu yolda yapılan sağlararası kazandırma vasiyetle bağdaşmamalıdır.<sup>142</sup>

Sonraki sağlararası bir tasarrufla dönme örnek olarak mirasbırakanın, A'ya evini vasiyet etmesi karşısında, hayattayken aynı evi B'ye bağışlaması verilebilir. Yine mirasbırakan vasiyetinde A'ya bıraktığı saatini B'ye hibe edebilir. Bu hal doktrinde “*Ademptio Legati*” olarak bilinir.<sup>143</sup> Öte yandan, kiraya vermek veya rehin olarak vermek gibi vasiyet olunan şeyin mülkiyetini zedelemeyen tasarruflar vasiyetten dönme sayılmaz.<sup>144</sup>

Kural olarak öncekiyle bağdaşmayan sonraki tasarrufların etkisi vasiyetnameden dönme olmakla birlikte, mirasbırakanın iradesinden ölüme bağlı tasarrufla lehine vasiyet yapılan kişiye verilmesini istediği anlaşılabilirse, söz konusu şey TMK m. 544/II hükmü uyarınca vasiyet alacaklına verilir.<sup>145</sup> TMK m. 544/II hükmü parça borçlarında uygulanırken cins borçlarında uygulanmaz.<sup>146</sup>

Sonraki sağlararası tasarrufla vasiyetten dönme somutlaştıran Yargıtay'ın bir kararı “*Olayda miras bırakan 1.10.1986 günlü vasiyetnamede, taşınmazını kızı Rahmiye'ye vasiyet ettikten sonra, aynı taşınmazı 24.2.1987 gününde yine kızı Rahmiye'ye satmış, tapuda mülkiyeti ona devir etmiştir. Miras bırakan bu davranışı ile, ölümü halinde bu malın, terekesinde bulunması*

<sup>140</sup> İnan/Ertaş/Albaş, s. 199-200; Öztrak, s. 91-92; Çabri, s. 692; Yarg. HGK E. 2002/2-874 K. 893 T. 06.11.2002; Yarg. HGK E. 2012/3-235 K. 600 T. 19.09.2011; Sağlararası kazandırmanın geçerli bir satışa dayanmadığı hâllere örnek olarak mirasbırakanın muvazaası özelinde bir değerlendirme için ayrıca bkz. Yarg. 3. HD E. 2013/7594 K. 2013/8560 T. 28.05.2013 <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 11.10.2022; “*Vasiyetçi her ne kadar vasiyetnameden, vasiyetname ile bağdaşmayan bir tasarrufla rücu edebilirse de, o tasarrufların hukuki sonucu doğurması, daha açık bir anlatımla vasiyetnameyi ortadan kaldırılabilmesi için sonradan yaptığı hukuki tasarrufların geçerli olması gerekir.*” Yarg. 3. HD E. 2014/4147 K. 2014/12521 T. 25.09.2014. <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 11.10.2022.

<sup>141</sup> Çabri, s. 691.

<sup>142</sup> Ergüne, s. 197; “*Mirasbırakan, vasiyette bulduktan sonra, vasiyeti ile bağdaşmayacak nitelikte olmak üzere ve ölüme bağlı olmayan bir tasarrufla, vasiyete konu şey üzerinde bir tasarrufla bulunursa, bu davranış ilk vasiyetten rücu anlamını taşır.*” Yarg. 3. HD E. 2013/7594 K. 2013/8560 T. 28.05.2013. <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 11.10.2022.

<sup>143</sup> Ayiter, s. 57; İmre/Erman, s. 107.

<sup>144</sup> Berki, s. 98.

<sup>145</sup> Dural/Öğüz, s. 114.

<sup>146</sup> İnan/Ertaş/Albaş, s. 200; Furkan Olgaç, s. 49.

<sup>135</sup> Bkz. Kersjes, s. 23.

<sup>136</sup> Şener, s. 89.

<sup>137</sup> İnan/Ertaş/Albaş, s. 202.

<sup>138</sup> Şener, s. 89.

<sup>139</sup> Çabri, s. 679.

*imkânını ortadan kaldırmıştır.”* şeklindedir.<sup>147</sup>

### 3. Vasiyetten Dönülmesi Bağlamında Gündeme Gelen Farklı İhtimaller

#### a. Genel olarak

Dönme iradesi açıkça iki vasiyet arasında yorum yapmaya ihtiyaç kalmaz ve mirasbırakanın önceki vasiyetinden döndüğü sonucuna varılır.<sup>148</sup> Ancak dönme iradesi örtülü ise birden fazla vasiyet hakkında son vasiyetin ilkinin ortadan kaldırma amacına yönelip yönelmediği problemiyle karşılaşılır. Bu durum “vasiyetlerin taaddüdü” (vasiyetlerin birden çok olması) olarak bilinir<sup>149</sup> ve bunun tespiti yorumla mümkündür.<sup>150</sup> Bu durumda farklı tarihli iki vasiyet karşılaştırılarak, vasiyet içi ve dışı unsurlardan yardım alarak mirasbırakanın gerçek niyet ve arzusunun tespit edilmesi gerekmektedir.<sup>151</sup> Bu kapsamdaki yorum ihtiyacı, özellikle iki vasiyetin değindikleri yani kapsamaları itibarıyla birbiriyle bağdaşmadığı durumlarda gündeme gelir: “Acaba sonraki vasiyetnamesi ile vasiyetçi öncekinden dönmek mi istemiştir, yoksa bunu tamamlamak maksadını mı gütmüştür?”<sup>152</sup> Örneğin mirasbırakan, 2010 yılında yaptığı vasiyetnameyle tüm malvarlığını A’ya bıraktığını beyan etmiş, 2012 yılındaki vasiyetnameyle de B’yi mirasçı atamıştır. Böyle bir

<sup>147</sup> Yarg. 2. HD., E. 1989/3178 K. 1989/4929 T. 22.05.1989. <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 11.10.2022.

<sup>148</sup> Dural/Öğüz, s. 110.

<sup>149</sup> Senaî Olgaç, s. 357.

<sup>150</sup> “Vasiyetnamenin yorumu, mirasbırakanın gerçek iradesinin anlaşılmadığı, irade beyanının anlamı üzerinde uyumsuzluk çıktığı hâllerde başvurulacak bir yöntemdir.” (Ergüne, s. 34); “Bir irade beyanının anlamı onun yorumlanması ile tesbit edilebilir. Genel olarak hukukî muamelelerde güven prensibi (principe de la confiance) uyarınca bir irade beyanının anlamını, muhatabın, dürüstlük kuralına göre vereceği anlam teşkil ettiği halde, tek taraflı ve yöneltimesi gerekli olmayan irade beyanı ile yapılan ve ölüncüye kadar her zaman serbestçe geri alınabilen bir hukukî muamele olan vasiyetnamelerde, güven prensibinin değil vasiyetçinin gerçek arzusunun araştırılması esasının (irade prensibi) uygulanması kabul edilmektedir.” (Oğuzman, s. 196); Konumuz özelinde TMK m. 544/1 hükmü TMK’deki özel yorum kurallarından biridir. Buradaki özel kurallar her ne kadar emredici nitelikte görünseler de uygulanmaları bakımından mirasbırakanın iradesine ve somut olaya uygun değillerse bu kurallar, mirasbırakanın farazi iradesiyle uygulanma imkanını yitiren “yedek yorum kuralları” olarak değerlendirilmelidir. (Şamil Demir, “Ölüme Bağlı Tasarrufların Yorumu”, *TAAD*, 14, 2013, s. 1166-1167.)

<sup>151</sup> Ergüne, s. 179.

<sup>152</sup> İmre/Erman, s. 104; Bu durum Roma hukukunda daha basit bir şekilde çözüme kavuşturulmuştu. Sonraki ölüme bağlı tasarruf herhangi bir yoruma gerek duyulmaksızın birincisinden döndüğü anlamına gelirdi. Bkz. İmre/Erman, s. 104-105.

durumda A ve B’nin her ikisi de mirasçı mıdır, yoksa sadece B mi mirasçıdır? Burada vasiyetlerin zıt hükümleri içermesi ve birbirini tamamlaması ve bu iki hususun tespit edilememesi ihtimalleri mevcuttur. Vasiyet içeriklerinin tamamen ayrı olduğu ihtimalde, her iki vasiyet de geçerli olduğu için bu durumda vasiyetten dönme gündeme gelmez.<sup>153</sup>

#### b. Vasiyetlerin birbirleriyle zıt hüküm(ler) içermesi

Bu gibi hâllerde zıt içerik bakımından sonraki tarihli vasiyet dikkate alınır. Çünkü “...kuşkuyla yer bırakmayacak surette önceki vasiyetnameyi tamamlamadıkça, sonraki vasiyetname onun yerini alır.” Böylece bu hüküm bakımından önceki vasiyetten döndüğü sonucuna varılır.<sup>154</sup> Örneğin mirasbırakan; düzenlediği ilk vasiyetle A’yı, ikinci vasiyetle B’yi, üçüncü vasiyetle de C’yi tek başına mirasçı olarak atarsa mirasbırakanın mirasçısı C olacaktır. Her ne kadar burada A, B ve C’nin 1/3 oranlarında birlikte mirasçı olmaları ihtimali akıllara gelirse de söylenmesi gereken yerde söz söylenmediği için son vasiyetle öncekilerden döndüğü kabul edilir.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi’nin 22.04.2008 tarih 2007/12833 esas ve 2007/5834 karar sayılı ilamında “Mahkemeye; bozmaya uyulmuş, uyulan bozmaya uygun araştırma ve inceleme yapılmıştır. Bozmadan sonra yapılan araştırma ve incelemede 31.07.2006 tarihli bilirkişi raporunda da belirtildiği gibi, mirasbırakanlar I. K. D. ile mirasbırakan M. V. D.’nin terekeleri belirlenmiş, 24.11.1998, 11.01.1999 ve 6.12.1999 tarihli muayyen mal vasiyetleriyle yapılan tasarruflardan sonra, terekede bir mal, hak ve alacağın kalmadığı tespit edilmiştir. Bu durumda, vasiyetçi Hayriye sonraki tarihli bu vasiyetnameleriyle, 18.03.1969 tarihli 8237 yevmiye numaralı vasiyetten rücu etmiştir. (TKM.md.491/1) O halde, birleştirilen davaların kabulü gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.”<sup>155</sup> denilerek sonraki tarihli vasiyetnamelerle önceki tarihli vasiyetnamenin çatışması sonucu ilk vasiyetten zımnen döndüğü sonucuna varılmıştır.

<sup>153</sup> Şener, s. 93; Ruhi/Ruhi, s. 35.

<sup>154</sup> İmre/Erman, s. 104; Yılmaz, s. 56; Hatemi, s. 114; Furkan Olgaç, s. 29; Belgesay, s. 79; Oğuzman, s. 208; Ayan, s. 115; Hasan Özkan, *Türk Medeni Yasası ve Uygulaması*, 1. Baskı, Legal Yayıncılık, 2017, 5, s. 3005; İşgüzar/Demir/Yılmaz, s. 53.

<sup>155</sup> Şuradan alınmıştır: Özkan, s. 3001.

### c. Vasiyetlerin birbirlerini tamamlamaları

Bu ihtimalde her iki vasiyet de uygulama alanı bulur.<sup>156</sup> Vasiyetlerin birlikte geçerli oldukları hususunun sonraki vasiyetten anlaşılması gerekir; bu mümkün değilse vasiyet dışı araç ve belgelerle de ispat edilebilir.<sup>157</sup> Örneğin bir Yargıtay kararına göre “vasiyet edilen taşınmaz malın sonradan ipotek edilmesi, vasiyetle uyuşturulması kabil olmayan tasarruflardan, olmadığından, vasiyetin borçtan artan miktar hakkında tenfizi gerekir.”<sup>158</sup>

Yargıtay 3. Hukuk Dairesi’nin E. 2019/6170, K. 2020/1057 ve 10.2.2020 tarihli kararında sonraki tarihli (2000 tarihli) vasiyetle önceki tarihli (1991 tarihli) vasiyetten eylemli olarak dönüldüğü sonucuna varılmış, ilk derece mahkemesi kararı bozulmasına gerekçe olarak mirasbırakanın vasiyetine konu ettiği 2156 m<sup>2</sup>’lik taşınmaz üzerinde sonradan düzenlenen vasiyetle yalnızca 120 m<sup>2</sup>’lik kısmı için tasarrufta bulunduğu gösterilmiştir.<sup>159</sup> Yargıtay’ın bu

<sup>156</sup> Günay, s. 316; İmre/Erman, s. 104; İnan/Ertas/Albaş, s. 199; Gönensay/Birsan, s. 118; Şener, s. 93; Senaî Olgaç, s. 357; Gençcan, s. 457; Belgesay, s. 79; Kılıçoğlu, s. 128; Öztan, s. 211; Berki, “Vasiyet”, s. 413.

<sup>157</sup> İmre/Erman, s. 106; Cem Baygın, “Ölüme Bağlı Tasarruflarda Yorum”, *AÜEHFD*, (4)1-2, 2000, s. 572.

<sup>158</sup> Yarg. 2. HD., 26.2.1947 T. 3701/1160 (Senaî Olgaç, s. 358).

<sup>159</sup> “Somut olayda; tarafların murisi K9’nun dosya kapsamında yer alan 21.06.1991 tarihli düzenleme şeklindeki vasiyetnamesi incelendiğinde»sahibi bulunduğu Sinop ili,Türkeli ilçesi,Helaldi Köyü,Çerkezköy altı mevkiinde tapuda:parsel 11072,pafta:14›te kayıtlı 2100 m<sup>2</sup>’lik tarlamı eşim İbrahim ile Zeliha›dan olma 1330 doğumlu Cemile Kocabaşoğlu›na(yaklaşık değeri 5.000.000 TL) (beş milyon TL);yine Sinop ili,Türkeli ilçesi,Helaldi köyü,Yalı(Düzler)mevkiinde tapuda kütük sayfa no:40›da adıma kayıtlı olan 2156 m<sup>2</sup>’lik gayrimenkul üzerindeki iki katlı kargir ev ile arkasındaki duvar içindeki bahçeyi(yaklaşık değeri 5.000.000 TL) (beş milyon TL) oğlum 1940 doğumlu K12›na,yine aynı tapulu gayrimenkul üzerinde bulunan iki katlı ev ile arkasındaki duvar içindeki bahçeyi tahmini değeri 5.000.000 TL (beş milyon TL) olan gayrimenkulümü 1944 doğumlu oğlum K13›na ve yine tahmini değeri 2.000.000 TL(iki milyon TL) olan aynı arsa üzerindeki üçüncü bina olan iki katlı ahşap evimi (diğer oğullarım K12 ile K13›nun hisseleri kadar olmak üzere) ve arkasındaki bahçeyi 1937 doğumlu K7›na ayrıca kızım K10›ın oturmakta olduğu iki katlı ev ile arsasını,bunların haricinde kalan yerler ise üç oğlum K7,K12 ile K13›na eşit ve müsavi olmak üzere paylaştırılmak şartıyla temlik ve vasiyet ediyorum»şeklinde olduğu,murise ait İstanbul 22.Noterliği›nce düzenlenen 18.01.2000 tarihli düzenleme şeklindeki vasiyetnamesi incelendiğinde ise»Sinop ili,Türkeli ilçesi,Helaldi mahalle/köyü,Yalı(Düzler) sokak/mevkii,40 kütük sayfa,13 pafta,40 parsel sayılardaki 2156 m<sup>2</sup> yüzölçümlü iki katlı kargir ev ve bahçe cinsindeki taşınmaz benim mülkümdür.Taşınmaz üzerinde iki adet bina bulunmaktadır.Ekli krokide gösterildiği üzere köşedeki mevcut binanın bitişiğinde 8x7,5 m.(sekiz x yedi buçuk metre) boyutlarındaki bu parçayı Niyazi oğlu K14›a,onun yanındaki 8x7,5 metre(sekiz x yedi buçuk metre) ebatındaki ikinci parçayı K12 kızı K15›a bırakıyorum.Her birine bırakılan alan 60(altmış metrekare) m<sup>2</sup> olup,iki kişinin toplam alanı 120 m<sup>2</sup>(yüz yirmi metre kare)›dir. Bu bırakılan parçalar üzerinde diğer mirasçılarımın mahfuz hisse dahil olmak üzere hiçbir

kararında 120 m<sup>2</sup>’lik kısımda yapılan tasarrufun diğer tasarrufla alan itibariyle çakışan bir kısmının olup olmadığının detaylı bir şekilde incelenmesinden sonra bir karar verilmesi gerektiği; söz gelimi, çakışan kısımlar bakımından mirasbırakanın önceki tarihli vasiyetnamesinden döndüğünün kabul edilmesi, kalan kısımlara ise önceki tarihli vasiyetnamenin bütünleyicisi olarak geçerlilik tanınması gerektiği belirtilmektedir.

### d. Her iki durumun da tespit edilememesi

Bu iki hâl tespit edilemediğinde, yani birden fazla vasiyetin birbiriyle zıtlık arz ettiği veya birbirini tamamladıkları hususunda şüpheye düşülürse; mirasbırakanın sonraki tarihli vasiyetiyle önceki tarihli vasiyetinden döndüğü kabul edilir (dönme karinesi).<sup>160</sup> Bu durum şöyle ifade edilir: *lex posterior derogat priori!*<sup>161</sup> (daha yeni olan önceliklidir) Aksini iddia eden, mirasbırakanın iradesinin her iki vasiyetin geçerli olması yönünde olduğunu; eş deyişle, ikinci vasiyetin birinciyi şüphe götürmez şekilde tamamladığını ispatla mükelleftir.<sup>162</sup> İspat faaliyetinde vasiyette dayanağı bulunmak şartıyla vasiyet dışı unsurlardan yararlanılabilmektedir.<sup>163</sup> Dönme karinesi vasiyetin ifası mümkünse uygulanmaz.<sup>164</sup>

*hakları bulunmayacak, belirtilen parçalar olduğu gibi adı geçen kişilere kalacaktır.” düzenlemesine yer verdiği görülmektedir.”* <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 11.10.2022.

<sup>160</sup> Azra Arkan Serim, “Vasiyetnameden Dönme”, *Legal Hukuk Dergisi*, 14(162), 2016, s. 2993-3003 <www.legalbank.net/2262/belge/vasiyetnameden-donme/3213342/vasiyettedonme> Erişim Tarihi 25.10.2022; Dural/Öğüz, s. 112; İmre/Erman, s. 105; Peter Tuor, *Berner Kommentar Band III Das Erbrecht*, Verlag Stampli & Cie, 1964, s. 345; Serozan/Engin, s. 322; İnan/Ertas/Albaş, s. 199; Çabri, s. 687; Berki, *Ölüme Bağlı Tasarruflar*, s. 97; Oğuzman, s. 207; “Yasa burada en yeni tarihli vasiyetin mirasbırakanın son arzusu olduğunu öngörmüştür.” (Kılıçoğlu, s. 128; Öztan, s. 211.); Dönme karinesinin mirasbırakanın iradesini ipotek altına alan talihsiz bir kaide olduğu yönünde olduğu, bu karineyi mekanik biçimde uygulamak yerine birbirini takip eden vasiyetnameleri birlikte yaşatmak üzere yorum yapılması gerektiği yönünde ayrıca bkz. Serozan/Engin, s. 322. İsviçre ve Türk hukuklarının aksine olarak Fransız ve Alman hukuklarında dönme karinesi kabul edilmemiş ve şüphe hâlinde her iki vasiyetnamenin de geçerli kabul edilmesi esası benimsenmiştir. (Birlikte geçerlilik karinesi) Bkz. İmre/Erman, s. 105. Her iki vasiyetnamenin de geçerli kabul edilmesi gerektiği yönünde bkz. Çabri, s. 688; “Mirasbırakan, vasiyette bulunduktan sonra, vasiyeti ile bağdaşmayacak nitelikte olmak üzere ve ölüme bağlı olmayan bir tasarrufla, vasiyete konu şey üzerinde bir tasarrufta bulunursa, bu davranış ilk vasiyetten rücu anlamını taşır.” Yarg. 3., HD., E. 2013/7594 K. 2013/8560 T. 28.05.2013. <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 11.10.2022.

<sup>161</sup> Picononi, s. 85.

<sup>162</sup> İmre/Erman, s. 105; İnan/Ertas/Albaş, s. 199; Çabri, s. 689; Oğuzman, s. 207; Önen, s. 42.

<sup>163</sup> Oğuzman, s. 207-208.

<sup>164</sup> Dural/Öğüz, s. 114.



#### 4. Vasiyetten Dönmeden Dönme

Vasiyetname ölüme bağlı tek taraflı bir hukukî işlem olduğu için dönülmüş bir vasiyetten sonraki bir vasiyetle dönme mümkündür.<sup>165</sup> “Dönmeden dönme kanunda öngörülen vasiyetname şekillerinden biriyle yapıldığında, acaba dönülen tasarruf dirilir mi yoksa yasal mirasçılık mı devreye girer?” sorusunun cevabı tartışmalıdır.<sup>166</sup>

İsviçre Federal Mahkemesine göre şüphe hâlinde yasal mirasçılığın devreye girdiği kabul edilmelidir.<sup>167</sup> Yargıtay da bir kararında mirasbırakanın vasiyetinden dönmeden dönmesi hâlinde mirasbırakanın iradesinin yasal mirasçılık rejimine dönme yönünde olduğu sonucuna varmıştır.<sup>168</sup> Doktrinde Dural/Öğüz de aynı kanaati paylaşmaktadır.<sup>169</sup> Doktrindeki aksi yöndeki görüşe göre ise şüphe hâlinde ilk vasiyetnamenin ihya edildiği kabul edilmelidir.<sup>170</sup> Türk hukukundaki hâkim görüşe göre burada hakim üç nüshayı da bir arada değerlendirerek mirasbırakanın iradesi beyanlarına uygun düşecek şekilde mana ve kapsamı tayin etmesi gerekmektedir.<sup>171</sup> Mirasbırakan, ilk vasiyetnamesini ihya etmeyi veya buna engel olmayı istemiş ya da işi yoruma bırakmış olabilir.<sup>172</sup> Burada mirasbırakanı ikinci vasiyetinden dönmeye sevk eden nedenler dikkate alınmalıdır.<sup>173</sup>

Doktrindeki bir görüş, mirasbırakanın sonuncu vasiyetinde dönme haricinde herhangi başka bir tasarruf bulunmuyorsa mirasbırakanın ikinci vasiyetinden dönerek ilk vasiyetinin hüküm ifade etmesini istediği yönünde

<sup>165</sup> İşgüzar/Demir/Yılmaz, s. 52.

<sup>166</sup> Eren/Yücer Aktürk, s. 132; Dural/Öğüz, s. 110; Serozan/Engin, s. 325; Görüşler hakkında detaylı bilgi için bkz. Bağcı, s. 309-319.

<sup>167</sup> Eren/Yücer Aktürk, s. 132.

<sup>168</sup> Yarg. 2. HD. E. 2003/601 K. 2003/3742 T. 18.03.2003. <www.legalbank.net> Erişim Tarihi 11.10.2022.

<sup>169</sup> Dural/Öğüz, s. 111.

<sup>170</sup> Serozan/Engin, s. 326; İnan/Ertuş/Albaş, s. 198; Gönensay/Bjrsen, s. 116; Escher, s. 353; Picenoni, s. 81; Kersjes, s. 17; Ergüne, s. 177; Belgesay, s. 77; İşgüzar/Demir/Yılmaz, s. 52.

<sup>171</sup> Öztrak, s. 96; Oğuzman, s. 204; Çabri, s. 668; Zafer Kahraman, “Önceki Vasiyetnamenin Geri Alınması Beyanı İçeren İkinci Vasiyetnamenin Sonradan Üçüncü Bir Vasiyetname İle Geri Alınması”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (6)4, 2015, s. 951; Ergüne, s. 176; Öztan, s. 210; İşgüzar/Demir/Yılmaz, s. 54.

<sup>172</sup> Şener, s. 98.

<sup>173</sup> Önen, s. 50.

görüş beyan etmektedir.<sup>174</sup> Aksi yöndeki diğer görüş ise dönme tasarrufu şekli anlamda bir dönme ise, yani sadece önceki tasarruftan dönülmüş olup maddî anlamda bir değişiklik yapılmamışsa mirasbırakanın dönme iradesinin yasal mirasçılık lehine olduğunu düşünmektedir.<sup>175</sup>

Eğer sonraki dönme (dönmeden dönme) vasiyetinde, ilk vasiyetten dönme dışında başka tasarruflar da varsa mirasbırakanın iradesinin ilk iki vasiyeti hükümsüz kılarak yasal paylaşım kurallarını geçerli kılmak olduğu sonucuna varılır.<sup>176</sup> Eren ve Aktürk’e göre dönme tasarrufu maddî anlamda bir dönmeyse yani, mirasbırakan birinci dönme tasarrufu ile bir başka kimseyi mirasçı atamış veya ona belirli bir mal vasiyet etmişse, ikinci dönme birinci dönmeyi ortadan kaldırır ve ilk ölüme bağlı tasarruf canlanır, geçerli hâle gelir.<sup>177</sup>

#### SONUÇ

Bu çalışmada Roma, İslâm ve Türk hukuklarında vasiyetten dönme ve vasiyetten dönmeden dönme konuları üzerinde mukayeseli olarak durulmuştur. Çalışmamızla vardığımız sonuçları şu şekilde sıralayabiliriz:

1. Roma ve İslâm hukukunda ölüme bağlı tasarruf olarak yalnızca vasiyetin tanındığı görülmektedir. Türk hukukunda ise şekle bağlı ölüme bağlı tasarruflar vasiyetname ve miras sözleşmesinden oluşmaktadır.

2. Vasiyet Roma ve Türk hukuklarında tek taraflı bir hukukî işlem olarak görülmüştür. İslâm hukuk doktrininde vasiyetin hukuki niteliği tartışmalı olmakla birlikte baskın görüşe göre bu bir akittir.

3. Roma ve Türk hukuklarında vasiyet sıkı şekil şartlarına tabi kılınmıştır. İslâm hukukunda ise vasiyet herhangi bir şekil şartına tabi değildir. Bu farklılığın arka planında farklı saiklerin etkili olduğunu belirtmek mümkündür. Roma ve Türk hukuklarında mirasbırakanın ölümüyle birlikte mirasbırakanın ağzının kapandığı için ne demek istediği doğrudan tespit edilemeyeceğinden sıkı şekil şartlarıyla yapılabildiği ölçüde mirasbırakanın iradesinde netlik sağlamak hedeflenmiştir. İslâm hukukunda ise genel olarak

<sup>174</sup> Önen, s. 46; Oğuzman, s. 204.

<sup>175</sup> Eren/Yücer Aktürk, s. 132; Öztan, s. 210.

<sup>176</sup> Ergüne, s. 177; Oğuzman, s. 205; Önen, iki farklı tasarrufun birbirini tamamlamadığı yerde dönme karinesinin devreye girdiğini ve dolayısıyla bu ihtimal bakımından buna başvurulabileceğini ifade etmektedir. Bkz. Önen, s. 51.

<sup>177</sup> Eren/Yücer Aktürk, s. 133.

muamalat ve tasarrufatı şekle tabi tutmama eğiliminin yanı sıra, vasiyetin toplumsal yardımlaşma ve dini açıdan teşvik edilmesi gibi gerekçelerle vasiyetin sıkı şekil şartlarına tabi tutulmayarak vasiyette bulunmanın önünün açılmasının hedeflendiği ifade edilebilir.

4. Roma ve İslâm hukuklarında mirasçılar lehine vasiyet yapılması kabul görmezken, Türk hukukunda bu mümkündür.

5. Roma, İslâm ve Türk hukuklarında vasiyet bir ölüme bağlı tasarruf olduğu ve hükümlerini mirasbırakanın ölümü anında doğurduğu dikkate alınarak vasiyetten dönmenin mümkün olduğu kabul edilmiştir. İslâm hukukunda baskın kanaate göre vasiyetin bir akit olarak görülmesi dikkate alınarak vasiyetten dönmenin İslâm hukukunda mümkün olmadığına dair bir şüphe ilk etapta hatıra gelebilir. Ancak İslâm hukukunda akitlerin lazım (bağlayıcı) ve gayri lazım (bağlayıcı olmayan) şeklindeki ayrımı bağlamında vasiyet gayri lazım bir akit olduğu için vasiyetten dönülebilmektedir.

6. Vasiyetten dönme şekilleri bakımından Roma hukukunun daha katı bir tutum benimsediği söylenebilir. Çünkü mühürlerin bozulması, tabletin karalanması gibi hususlar İslâm ve Türk hukuklarında birer zımni dönme beyanı olarak kabul edilmişken Roma'da aksi yönde bir tavır geliştirildiği görülmektedir. Roma hukukunda vasiyet yapma gibi vasiyetten dönmenin de şekle tabi tutulması bu görüşü destekleyen başka bir husustur. Vasiyetten dönme şekillerinde İslâm ve Türk hukuklarında açık veya örtülü bir şekilde vasiyetten dönülebildiği görülmüştür. Roma hukukunda da açık bir şekilde geçmemekle birlikte benzer bir tutum zaman içerisinde gelişmiştir.

7. Vasiyetten dönme hâlinde gündeme gelen yorum sürecine ilişkin olarak her bir hukukun farklı bir yaklaşım tarzı benimsediği görülmektedir. Roma hukukunda iki farklı vasiyet varsa otomatik bir şekilde ilkinin geçersiz olduğu sonucuna varılmaktadır. İslâm hukukunda her iki vasiyetin de bir arada yaşatılması prensibi benimsenmiştir. Türk hukukunda ise menşe İsviçre hukukuyla paralel biçimde dönme karinesi benimsenmiştir. Dönme karinesinde Roma hukukundaki kadar katı bir tutumda olmaksızın iki vasiyeti karşılaştırarak birbirlerini tamamlamayanlardan dönüldüğü sonucuna varılmaktadır.

8. Vasiyetten dönmeden dönme bakımından Roma, İslâm ve Türk hukuklarında yine ölüme bağlı tasarruf serbestisi çerçevesinde bunun mümkün olduğu görülmektedir. Öte yandan vasiyetten dönmeden dönmenin sonucu hakkında bu hukukların farklı yaklaşımlara sahip olduğu belirtilebilir.

Vasiyetten dönmeden dönme hâlinde Roma hukukunun genel yaklaşımından çıkan sonuç yasal mirasçılık kurallarına dönülmesi, İslâm hukukunun genel yaklaşımından çıkan sonuç ilk vasiyetin ihya edilmesi yönündedir. Türk hukukunda konuyla ilgili doktrinde oldukça farklı görüşler ileri sürülmüştür. İlk vasiyetin ihya edileceğini söyleyenler bulunduğu gibi, kanunî mirasçılık hükümlerine dönüldüğü şeklinde yorumlanabileceğini ifade edenler de bulunmaktadır. Burada nihai olarak mirasbırakanın iradesinin vasiyet içi ve vasiyet dışı olgular yardımıyla mümkün olduğunca tespitine çalışılarak iradesinin hangi yönde olduğunun ortaya çıkarılmaya çalışılacağı söylenebilir.

**KAYNAKÇA**

- Akgündüz A, *İslâm ve Osmanlı Hukûku Külliyyâtı Özel Hukuk-II (Miras-Borçlar-Eşya-Ticâret ve Devletler Hususi Hukuku) Üçüncü Cild*, OSAV Yayınları, 2012.
- Aktan H, *Mukayeseli İslâm Miras Hukuku*, 2. Baskı, Işık Akademi Yayınları, 2008.
- Albayrak A, *İslam Hukukunda Vasiyet*, Bozok Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2017.
- Ali Efendi Ş Ç, *Fetâvâ-yı Ali Efendi*, 1. Basım, İSAR Yayınları, 2021.
- Antalya O G, *Miras Hukuku*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Arı A, “Vasiyet” C. 42, TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi, 2012.
- Arkan Serim A, “Vasiyetnameden Dönme”, *Legal Hukuk Dergisi*, (14)162, 2016, s. 2993-3003.
- Armağan S, “İslâm Dininde Sosyal Güvenliğin Temel Müesseseleri”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, 14, 2009, s. 67-84.
- Avcı M, *Türk Hukuk Tarihi*, 9. Bası, Atlas Akademi, 2020.
- Ayan M, *Miras Hukuku*, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Aydın M A, *İslam ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları*, İz Yayıncılık, 1996.
- Ayiter N, *Miras Hukuku*, 2. Baskı, Sevinç Matbaası, 1971.
- Bâcî E, *el-Muntekâ Şerhu'l-Muvattâ'*, I-VII Cilt, Matba'atu's-Sa'âde, 1914.
- Bağcı Ö, *Vasiyetnamenin Geri Alınması*, Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2012.
- Baygın C, “Ölüme Bağlı Tasarruflarda Yorum”, *AÜEHFD*, (4)1-2, 2000, s. 567-594.
- Baytan E, *İslâm'da Vasiyyet*, Felâh Kitabevi, t.y.
- Belgesay M R, *Türk Kanunu Medenisi Şerhi*, 2. Bası, Arkadaş Matbaası, 1933.
- Berki A H, *Miras ve Tatbikat*, 2. Baskı, Türkiye Matbaacılık ve Gazetecilik, 1951. (Tatbikat)
- Berki A H, *Vasiyyet ve Ölüme Bağlı Tasarruflar*, 1. Baskı, Ege Matbaası, 1961. (Ölüme Bağlı Tasarruflar)

- Berki Ş, “Romada Miras Hukuku”, *AÜHFD*, (10)1, 1953, s. 542-576. (Miras Hukuku)
- Berki Ş, “Türk Hukukunda Vasiyet”, *AÜHFD*, (8)3, 1951, s. 400-434. (Vasiyet)
- Bilmen Ö N, *Hukuku İslâmiyye ve Istılahatı Fıkhiyye Kamusu*, Bilmen Basım ve Yayınevi, 1985.
- Celidi S M, *Ahkâmü'l-mîrâs ve'l-vasiyye fi's-Şerîati'l-İslâmiyye*, Külliyyetü'd-Da'veti'l-İslâmiyye, t.y.
- Cin H / Akgündüz A, *Türk Hukuk Tarihi 2. Cilt Özel Hukuk*, OSAV Yayınları, 1996.
- Cuveynî E, *Nihâyetü'l-Matlab fi Dirâyeti'l-Mezheb*, Dârü'l-Minhâc, 2007.
- Çabri S, *Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 495-574) Cilt-I*, 2. Baskı, On İki Levha Yayınları, 2022.
- Çeker O, *İslâm Hukukunda Akidler*, 1. Baskı, Tekin Kitabevi, 2014.
- Dalamanlı L, *Miras Hukuku Tatbikatı*, Ünal Matbaası, 1975.
- Demir Ş, “Ölüme Bağlı Tasarrufların Yorumu”, *TAAD*, 14, 2013, s. 1151-1173.
- Di Marzo S, *Roma Hukuku*, çev. Ziya Umur, 2. Baskı, Sulhi Garan Matbaası, 1959.
- Dural M / Ögüz T, *Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku*, 15. Bası, Filiz Kitabevi, 2020.
- Ekinci E B, *İslâm Hukuku Umûmî ve Husûsî Hükümler*, 3. Basım, Arı Sanat Yayınevi, 2018.
- Ekinci E B, “İslâm-Osmanlı Hukukunda Vasiyetin Şekli”. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (1)1, 1997, s. 229-241. (Vasiyetin Şekli)
- Erdoğan M, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, 7. Baskı, Ensar Yayınları, 2019.
- Eren F / Yücer Aktürk İ, *Türk Miras Hukuku*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, 2019.
- Ergüne M S, *Vasiyetnamenin Yorumu*, 1. Baskı, On İki Levha Yayınları, 2011.
- Escher A, *Medeni Kanun Şerhi Miras Hukuku*, çev. Sabri Şakir Ansay, 1. Baskı, Yeni Cezaevi Basımevi, 1949.
- Gençcan Ö U, *Vasiyet Hukuku*, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, 2022.

- Gönensay S / Birsen K, *Miras Hukuku*, 2. Bası, Ahmed Said Matbaası, 1963.
- Gümüş Böke E, *İslâm Hukukunda Tek Taraflı Hukukî İşlemler*, 1. Baskı, Ensar Neşriyat, 2013.
- Günel N, “Roma Miras Hukuku’na Genel Bir Bakış ve Vasiyet Yolu ile Miras”, *AÜHFD*, (44)1, 1995, s. 425-442.
- Günay E, “Vasiyetten Dönme”, *Terazi Hukuk Dergisi*, (15)162, 2020, s. 314-319.
- Hatemi H, *Miras Hukuku*, 8. Bası, On İki Levha Yayınları, 2018.
- Honig R, *Roma Hukuku*, çev. Şemseddin Talip, 2. Tabı, Matbaai Ebüzziya, 1938.
- Iustinianus, *Institutiones*, çev. Ziya Umur, Fakülteler Matbaası, 1968.
- İbn Hacer el-Heytemî E, *Tuhfetü'l-Muhtâc fî Şerhi'l-Minhâc*, el-Mektebetü't-Ticâriyye, 1983.
- İbnu'l-Humâm K, *Fethu'l-Kadîr*, Dâru'l-Fikr, t.y.
- İmre Z / Erman H, *Miras Hukuku*, 14. Basım, Der Yayınları, 2018.
- İnan A N / Şeref E / Alpaş H, *Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku*, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2019.
- İşgüzar H / Demir M / Yılmaz S, *Miras Hukuku*, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, 2019.
- Kahraman Z, “Önceki Vasiyetnamenin Geri Alınması Beyanı İçeren İkinci Vasiyetnamenin Sonradan Üçüncü Bir Vasiyetname İle Geri Alınması”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (6)4, 2015, s. 945-964.
- Kahveci N / Demir H / Alpaslan A / Algül A / Buğda A / Kıyık MH / Üzeyir K / Yılmaz İ, *İslam Hukuku (Şahıs-Aile-Miras) 2. Cilt*, 1. Baskı, Hikmetevi Yayınları, 2021.
- Kartal D B, “Vasiyetnamenin Geri Alınması”, *TAAD*, 34, 2018, s. 317-339.
- Kayak S, “Roma Hukukunda Vasiyetname Şekilleri”, *MÜHF-HAD*, (27)1, 2021, s. 543-565.
- Kersjes B W, *Der Widerruf von Testamenten*, Paul Kerschgens, 1935.
- Kılıçoğlu A M, *Miras Hukuku*, 10. Bası, Turhan Kitabevi, 2019.
- Koca Ö, *Roma Hukuku'nda ve Türk Hukuku'nda Ölümüne Bağlı Tasarruflar*, 1.

Baskı, Yetkin Yayınları, 2018.

- Koçak M, *İslâm Vasiyet Hukuku*, Eser Matbaası, 1991.
- Koschaker P / Ayiter K, *Modern Hususî Hukuka Giriş Olarak Roma Hususî Hukukunun Ana Hatları*, Sevinç Matbaası, 1971.
- Küçükgüngör E, *Roma Hukukunda Vasiyet (Testamentum)*, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, 2007.
- Mergînânî E, *el-Hidâye fî Şerhi Bidâyeti'l-Mubtedî*, Dâru İhyâ'î't-Turâşî'l-'Arabî, t.y.
- Meydânî A, *el-Lübâb fî Şerhi'-Kitâb*, 1. Baskı, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 2015.
- Oğuzman M K, *Miras Hukuku*, 4. Bası, Filiz Kitabevi, 1990.
- Olgaç F, *Resmî Vasiyetnamenin Hükümsüzleşmesi*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021. (Furkan Olgaç)
- Olgaç S, *Medenî Kanun Şerhi*, 3. Baskı, Olgaç Yayınları, 1975. (Senaî Olgaç)
- Önen S, *De La Revocation Des Testaments En Droit Suisse*, La Concorde, 1941.
- Özdirek R, *İslâm Hukukunda Akdin Sınırları*, 1. Baskı, Yedirenk, 2010.
- Özkan H, *Türk Medeni Yasası ve Uygulaması*, 1. Baskı, Legal Yayıncılık, 2017.
- Öztan B, *Miras Hukuku*, 10. Bası, Yetkin Yayınları, 2019.
- Öztrak İ, *Tek Taraflı Ölümüne Bağlı Tasarruflardan Rücu ve Vasiyetnamenin Ziyai*, Sevinç Matbaası, 1964.
- Picenoni V, *Die Auslegung von Testament und Erbvertrag*, Polygraphischer Verlag Ag. Zürich, 1955.
- Ruhi C / Ruhi A C, *Vasiyetname ve Miras Sözleşmesi*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2017.
- Schacht J, *İslam Hukukuna Giriş*, çev. Mehmet Dağ / Abdülkadir Şener, 1. Baskı, Otto Yayınları, 2018.
- Serozan R / Engin B İ, *Miras Hukuku*, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Şâban Z / Gundur A, *Ahkâmü'l-vasiyye ve'l-mîrâs ve'l-vakf fî şerîati'l-İslâmiyye*, 2. Baskı, Mektebetü'l-Felah, 1989.

- Şemseddin M C, *el-Vasiyye ve ahkâmuha fi'l-fikhi'l-İslâmî*, 2. Baskı, Dârü't-Teâruf li'l-Matbuât, 1985.
- Şener E, *Eski ve Yeni Miras Hukuku (Şerh)*, Seçkin Kitabevi, 1988.
- Şener E, *Vasiyet Hukuku*, Seçkin Yayınevi, 1995.
- Şerif M İ, *Fi ahkâmi't-terikât: el-mîrâs ve'l-vasiyye: dirâse mukârene*, 2. Baskı, Darü's-Sekafeti'l-Arabîyye, 1998.
- Şirbînî Ş, *Muğnî'l-Muhtâc ilâ Ma'rifeti Me'ânî Elfâzi'l-Minhâc*, Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye, 1994.
- Tuor P, *Berner Kommentar Band III Das Erbrecht*, Verlag Stampfli & Cie, 1964.
- Umur Z, *Roma Hukuku Ders Notları*, 2. Basım, Beta Basım, 2010. (Ders Notları)
- Umur Z, *Roma Hukuku Lügatı*, Fakülteler Matbaası, 1975. (Lügat)
- Umur Z, "Roma Miras Hukukunun Ana Hatları", *İÜHF* (31)1-4, 1965, s. 159-195. (Ana Hatlar)
- Üçok C / Mumcu A, *Türk Hukuk Tarihi*, 5. Bası, Savaş Yayınları, 1985.
- Velidedeoğlu H V, *Medenî Hukuk*, Gün Matbaası, 1969.
- Yılmaz S, *Medeni Hukuk Cilt IV Miras Hukuku*, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, 2022.
- Zerka M A, *Çağdaş Yaklaşımla İslam Hukuku Cilt 1*, çev. Servet Armağan, Timaş Yayınları, 1993.
- Zuhaylî V, *İslâm Fıkhi Ansiklopedisi*, 2. Baskı, Risale Yayınları, 1992.

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

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068  
Cilt / Volume XXVII Nisan / April 2023 Sayı / No. 2

**SİGORTA TAHKİM YARGILAMASINDA SÜRE UZATIMA  
TARAF LARDAN BİRİNİN MUVAFAKAT VERMEMESİ HALİNDE  
KARŞILAŞILAN SORUNLAR**

PROBLEMS ARISING IN CASE OF ONE PARTY'S NOT CONSENTING  
TO PROLONGING PERIOD DURING INSURANCE ARBITRATION

**Fatma Tülay PARLAK\*\*** 

**ÖZET**

[-10.34246/ahbvuhfd.1213766](https://doi.org/10.34246/ahbvuhfd.1213766) 

5684 Sayılı Sigortacılık Kanunu m.30/f.16 hükmü gereği uyuşmazlık hakem yargılaması süresi dört aydır ve bu süresinin uzaması, tarafların açık ve yazılı muvafakat vermesiyle mümkündür. Aksi halde, uyuşmazlık, mahkeme nezdinde çözümlenecektir. Sigorta itiraz tahkim yargılama süresinin uzaması hususunda ise, özel bir düzenleme bulunmadığından aynı hüküm, uygulamada, itiraz tahkimi yargılama süresinin uzatılmasında da uygulanmaktadır. Ancak; işaret edilen düzenlemenin uygulamasında, aleyhe başvuru yapılan sigorta şirketleri genellikle haklı bir gerekçe belirtmeksizin yargılama süresinin uzamasına muvafakat vermediğinden hakemler tarafından genellikle dosyadan el çekme kararı verilmektedir. Bu kararlar, başvurusunun kusuru olmaksızın zaman ve maliyet açısından zarara uğrayarak davasını mahkeme nezdinde açmak zorunda kalmasına sebep olmaktadır. Bu sebeple, çalışmamızın amacı, sigorta tahkim yargılamasının uygulamada karşılaşılan bu sorununun, sebep ve sonuçlarıyla ortaya koyulması ve bahsi geçen düzenlemenin ıslahı için konunun

\* Bu makale, İstanbul Ticaret Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Doktora Programında 2022-2023 Eğitim Öğretim Yılında, Prof. Dr. Vural Seven'in danışmanlığında savunulacak olan "Türkiye'de Sigorta Tahkim ve Usul Hukuku Açısından Değerlendirilmesi" adlı Doktora tezi çalışmasından türetilmiştir.

\*\* **Avukat, Sigorta İtiraz Hakemi**, İstanbul Barosu / İSTANBUL, **e-posta:** tulay-parlak@yandex.com, **ORCID:** 0000-0001-8307-1717 **DOI:** 10.34246/ahbvuhfd.1213766

\*\*\* **İntihal / Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.



tartışmaya açılmasıdır. Ampirik yöntemin uygulandığı çalışmamızda kurumsal tahkimdeki düzenlemenin benzerinin sigorta tahkim için de getirilmesiyle veya Türk Medeni Kanunu 2. maddenin uygulanmasıyla sorunu çözebileceği önerilmektedir. Çalışmamızın birinci bölümünde, sigorta tahkim yargılama süresi ve sürenin uzatılmasına ilişkin Sigortacılık Kanunu m.30/f.16 hükmü, uygulama alanlarına göre sınıflandırılarak anlatılacak; ikinci bölümünde, düzenlemenin ortaya çıkarttığı sorun ve yasal düzenlemenin nasıl uygulandığına; üçüncü bölümünde ise, çözüm önerilerine yer verilecektir.

**Anahtar Kelimeler:** Sigorta Tahkim, Sigorta Tahkim Yargılaması, Sigortacılık Kanunu, Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Hakkın Kötüye Kullanılması.

### ABSTRACT

Subject of the study are the problems created by the arrangement in paragraph 16, Article 30 of the Insurance Business Law and purpose of the study is to reveal those problems with their causes and effects and open the issue to discussion for the rehabilitation of the mentioned arrangement. In this study, where empirical method is applied, it is recommended that the problem can be solved with the introduction of an arrangement similar to that which is applicable for corporate arbitration or with the implementation of Article 2 of Turkish Civil Code. In the first section of our study, the framework of arrangement will be stated, the emerging problems will be explained and the reason for such problems will be determined; while in the second section, the effects caused by the problem in the implementation will be specified and in the third section, our solution proposal will be explained.

**Keywords:** Insurance Arbitration, Insurance Arbitration Proceedings, Insurance Act, Code of Civil Procedure, Abuse of Right.

### EXTENDED SUMMARY

In insurance arbitration proceedings, the duration of dispute arbitration proceedings is four months according to Article No. 30/f.16 of the Insurance Law (SK) No. 5684. This time limit may be extended with the explicit and written consent of the parties in accordance with the aforementioned regulation.

On the other hand, the appeal arbitration proceedings period is two months according to Article No. 30/f.12 of the Insurance Law, and there is no provision in the Insurance Law regarding the extension of this time limit. However, in practice, the provision regarding the extension of the dispute arbitration proceedings period is also applied to the appeal arbitration proceedings. According to Article No. 30/f.32 of the Insurance Law, in cases where there is no provision in the Insurance Law regarding the handling of the case, the provisions outlined in the Code of Civil Procedure (HMK) No. 6100 shall apply by analogy. Therefore, since there is no provision in the Insurance Law regarding the extension of the appeal arbitration proceedings period, Article No. 427 of the HMK No. 6100 may be applicable. According to the aforementioned regulation,

the duration of ad hoc arbitration proceedings is one year, and in the event that the parties cannot mutually agree on the extension of the arbitration period, the arbitration period may be extended by the court upon the application of one of the parties, and the decision of the court shall be considered final. However, the implementation of this provision in practice shall lead to other problems since it shall also take time for the court to issue a decision for the extension of the appeal proceedings period, and as the appeal proceedings period of two months is too short, it may not be possible for the court to issue a court decision within the two-month period. Therefore, it is seen that there is a gap in the provision regarding the extension of the appeal arbitration proceedings period, and if the gap is eliminated by analogy, it is likely to lead to other problems in practice. The same is valid when the decisions of the appeal arbitration committee are appealed against, when the Supreme Court of Appeals reverses the decision and returns the case, and when the duration of the proceedings is being determined and extended. This is because there are no provisions set forth in the Insurance Law in relation to these cases.

Another problem encountered in practice regarding the extension of time limits in insurance arbitration proceedings is the lack of explicit and written consent of the parties for the extension of the time limits in the arbitration proceedings, pursuant to Article No. 30/f.16 of the Insurance Law. Indeed, in practice, it is often observed that the insurance companies against whom the application is made do not consent to the extension of the arbitration proceeding periods. In this case, some problems arise in practice. Since there is no clear and obvious provision in the legislation on the aforementioned issue, the question of what happens if the insurance company does not consent to the extension of the arbitration proceedings period is one of the issues that cause disagreement among the arbitrators.

In practice, if the insurance company does not consent to the extension of the insurance arbitration proceedings period, some arbitrators decide to withdraw from the file on the grounds that the arbitration period may only be extended with the explicit and written consent of the parties pursuant to Article No. 30/f.16 of the Insurance Law. Once the decision to withdraw from the case is rendered, the applicant has to file a lawsuit before the court. In other words, the applicant loses the right to resort to the insurance arbitration committee instead of a court, even though no fault can be attributed to them. This has negative consequences for the applicant in terms of loss of time and costs incurred while applying to the insurance arbitration committee. Another negative and unfair situation that arises in the event of a withdrawal decision is that the applicants may file a complaint before the prosecutor's office against the arbitrators who rendered the decision. The arbitrators, in turn, may face the possibility of being accused of neglect of duty due to no fault of their own.

In cases where insurance companies refuse to extend the duration of the insurance arbitration proceedings, some arbitrators are of the opinion that the application should be dismissed procedurally because they do not find it appropriate to make

*a decision to withdraw from the file in the light of Supreme Court decisions. If the number of arbitrators in the panel with this view is high, the application shall be procedurally dismissed.*

*Another problem encountered in insurance arbitration proceedings is the lack of explicit and written consent of the parties for the extension of time limits, as required by Article No. 30/f.16 of the Insurance Law. It is often witnessed in practice that insurance companies do not consent to the extension of the arbitration periods, causing disputes among arbitrators.*

*When the insurance company does not consent to the extension, some arbitrators decide to withdraw from the case, arguing that the arbitration period can only be extended with the explicit and written consent of the parties. In such cases, the applicant must file a lawsuit before the court, losing the right to resort to the insurance arbitration committee. This results in negative consequences for the applicant in terms of time and costs, while the arbitrators may face accusations of neglect of duty due to no fault of their own.*

*Some arbitrators suggest that Article No. 427 of the HMK No. 6100 can be applied to continue the proceedings if the court grants an extension of the time limit. Others argue that the insurance company's refusal to consent to the extension should be taken into consideration under Article No. 2 of the Turkish Civil Code (TMK). If the applicant is an insurance company and yet does not consent to the extension, it may be abusing its rights. If there are no faults attributable to the applicant and no justifiable reason for the insurance company's refusal to consent, the insurance company may also be abusing its rights.*

*The main problem causing disagreement among arbitrators is the inadequacy of the regulation on the extension of the duration of insurance arbitration proceedings, particularly regarding appeal arbitration proceedings and cases reversed by the Supreme Court of Appeals. The regulation is also ambiguous in dispute arbitration proceedings, causing numerous problems in practice.*

*To solve this problem, Article No. 30 of the Insurance Law should be amended to empower the commission, as in institutional arbitration, or the arbitrators, as in European arbitration proceedings, to extend the time limit when the parties cannot agree. Until this amendment takes effect, Article No. 2 of the TMK should be actively enforced. Additionally, Article No. 424 of the HMK No. 6100 may also be enforced during the implementation phase due to the "reference by analogy" referred to in Article No. 30/f.23 of the Insurance Law.*

## GİRİŞ

Orhan Gazi'nin "Sonunda hüküm isabetli olsa da, adalet zulümdür." sözü ile Walter Savage Landor'un "Geç kalan adalet, adaletsizliktir." sözünün, 500 yıl farkla ve iki ayrı kültürde söylenmiş olması, adaletin tecellisindeki gecikme sorununun yüzyıllarca ve farklı kültürlerde devam ettiğini göstermektedir.

Hukukun amacı olan adalet, sadece tarafsızlık ve hakkaniyete uygun olması açısından değil, uyumsuzluğun makul sürede çözümlenmesini de içermektedir. Nitekim, modern hukukta adil yargılanma hakkının unsurlarından birisi de makul süredir.

Mahkemelerin iş yüklerinden kaynaklanan olumsuz etkileri bertaraf edebilmek adına Batı toplumlarında, uyuşmazlıkların daha hızlı, daha etkin şekilde ve daha az maliyetle çözümlenmesi için mahkeme dışında çözüm yollarıyla bu ihtiyaçlar giderilmeye çalışılmıştır. Dolayısıyla, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinin (ADR) temel amacı, bireylerin uyuşmazlıklarının mahkeme dışında hızlı, az maliyetle ve uzamanlar eliyle çözümlenmesi sağlanmasıdır. Bu amaçla, 1950'lerden itibaren ilk olarak ABD ve daha sonra Anglo-Sakson ülkelerinde uygulanmaya başlayıp daha sonra Avrupa ülkelerine sirayet eden arabuluculuk kurumu ihdâs edilmiştir. Buna ilaveten, aynı dönemde Avrupa'da ombudsmanlık uygulamaları da bir diğer mahkeme dışı çözüm yolları arasında yer almıştır. Mahkeme dışındaki uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden birisi de tahkimdir.

Sigorta hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar açısından mahkeme dışında çözüm yolu arayışında, 1970'lerden itibaren İsveç başta olmak üzere birçok AB'ye üye ülkesinde, İngiltere'de ve en son 2001'den itibaren Almanya'da, bünyesinde arabuluculuk uygulamalarına da yer verilmek suretiyle sigorta ombudsmanlığı yoğunlukla kullanılmaya başlanmıştır.

Türkiye'de sigorta hukukuna ilişkin uyuşmazlıkların mahkeme dışında çözümlenmesi için ilk düzenleme, 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu<sup>1</sup> (SK) 30. madde ile kurulmuş ve çalışmalarına 14.02.2008 tarihinde başlamış<sup>2</sup> olan Sigorta Tahkim Komisyonu (STK), 2009 yılının Ağustos ayında faaliyete geçmiştir.

<sup>1</sup> RG: 26552 – 14.06.2007.

<sup>2</sup> <[http://www.sigortatahkim.org.tr/files/FaaliyetRaporu\\_2020.pdf](http://www.sigortatahkim.org.tr/files/FaaliyetRaporu_2020.pdf)> Erişim Tarihi 17 Kasım 2021.



Sigorta tahkim, Türkiye’de uygulanan kurumsal tahkim ve ad hoc tahkimden, hatta model alındığı Avrupa’daki sigorta ombudsmanlığından farklılıklar arz etmektedir. Başka bir deyişle, kurumsal tahkim ve ad hoc tahkimde uygulanan usul kuralları, hakemlerin belirlenmesi, itiraz yolu gibi yönleriyle farklılıkları olduğu için Türkiye’deki sigorta tahkim sistemi, *sui generis*’tir.

Zirâ, Sigorta Tahkim Komisyonu, 6100 sayılı HMK’da düzenlenen ad hoc tahkimden ve kurumsal tahkimden; ekonomik bağımsızlığı, hakemlerin atanması, tahkim yargılaması prosedürü, uygulanan usul kuralları açısından karakteristik nitelikte birçok farklılık göstermektedir. En büyük farklılık ise, ad hoc tahkim ve kurumsal tahkimdeki taraf iradesi ilkesinin, sigorta tahkimde yer almamasıdır. Aynı şekilde, model alınan AB ülkelerinde uygulanan sigorta ombudsmanlığından da farklılıkları bulunmaktadır<sup>3</sup>. Nitekim, Sigortacılık Kanunu 30. maddenin gerekçe kısmında da, uluslararası uygulamalarda var olan “*Ombudsman Sistemi*”nin işleyişinin esas alındığı, ülkemiz hukuk sistemi ile paralellik sağlaması adına 6100 s. HMK’da yer alan ad hoc tahkim sisteminin temel esas ve usulleri çerçevesinde sistemin şekillendirildiği belirtilmiştir<sup>4</sup>. Bu çerçevede, iç hukukta sigorta tahkimi, isimlendirilmesi “tahkim” olarak adlandırılmışsa da, özünde özel hukuk alanında uygulanan ombudsmanlık sistemini temel alarak iç hukuktaki ad hoc tahkim özellikleri

<sup>3</sup> AB ülkelerindeki sigorta ombudsmanlığı uygulamalarının ortak özellikleri arasında; ağırlıklı olarak kararların bağlayıcı olmama özelliğinin ağır bastığı söylenebilir. Ayrıca, sigorta ombudsmanlığının finansmanın sigorta şirketleri tarafından karşılandığı fakat buna rağmen bağımsız şekilde ve tüketici menfaati ön planda bir prosedür ve uygulama işletildiği gözlenmiştir. Başvuruların ücretsiz olması, başvuruların internet üzerinden yapılması, başvuru sonrasında arabuluculuk faaliyetini öncelikli olarak kullanılması, sigorta ombudsmanlığına başvurudan önce sigorta şirketine başvurunun ön şart olarak yer alması, yargılama usulünde esnekliğin uygulanması ve zayıf olan tüketicinin korunması felsefesi ile hareket edildiği hususları da diğer ortak özellikler arasındadır. Verilen kararlarda, özellikle başvuru açısından kararın bağlayıcı olmadığı yönündeki uygulamanın altında da, zayıf olanın korunması saikinin yattığını düşünmekteyiz. (Sigorta ombudsmanlığı hakkında detaylı bilgi için bkz.: Mehmet Özdamar, “Alman Hukukunda Sigorta Ombudsmanlığı”, *BATIDER*, 24(3), 2008, s. 311-318; Ferhat Yıldırım, “Alman Sigorta Hukukunda Ombudsmanlık”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 12(155-156), 2017, s. 5-13; Ferhat Yıldırım, “Alman Sigorta Ombudsmanlığı Prosedürü Yönetmeliği (VOMVO)”, *Hukuk Köprüsü*, 6(12), 2017, s. 227-234.

Sigorta ombudsmanlığının, kurumsal tahkim müessesinden farkları ise esas olarak, kurumsal tahkimin aksine, uygulanacak olan maddi hukuk ve usul hukuku belirlemede taraf iradesinin, irade özerkliğinin olmaması, verilen kararların ilam niteliğinde olmaması noktalarında toplandığı söylenebilir.

<sup>4</sup> Mehmet Özdamar, “Sigorta Hukukunda Uyuşmazlıkların Çözümünde Tahkim Sistemi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 27(1-2), 2013, s. 835, dn.13.

ile bazı kurumsal tahkim özelliklerini birleştirilerek *sui generis* bir tahkim / ombudsmanlık sisteminin kurgulandığı, işaret edilen madde gerekçesinde de ifade edilmiştir.

Türkiye’deki sigorta tahkim sisteminin işleyişinde uygulanacak usul hukuku açısından; Sigortacılık Kanunu 30. maddenin 12, 13, 14, 15 ve 16. fıkralardaki düzenleme ile Sigortacılıkta Tahkime İlişkin Yönetmelik (STİY) 16, 16A, 16B ve 17. madde dışında bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple, sigorta tahkimde uygulanan usulî kurallar, SK m.30/ f. 23 hükmünün 6100 sayılı HMK<sup>5</sup>’ya yaptığı kıyasen atıf ile HMK hükümleridir. Ancak; sigorta tahkim, *sui generis* bir yapıda olduğu için uygulamada yetersiz kalmakta, 6100 sayılı HMK’nın ad hoc tahkim ve mahkeme yargılaması için düzenlenmiş olan hükümleri ile uyumsuzluklar bulunmaktadır. Bu sebeplerle, sigorta tahkim yargılamasında birçok karar, oyçokluğu ile verilmektedir. Bu durum da aynı konumdaki kişiler için farklı kararların verilmesine yol açmaktadır ki bu durum da hukuk güvenliğini zedeleyebilmektedir.

Sigorta tahkim yargılamasına ilişkin düzenlemelerin yetersiz olmasından dolayı uygulamada görüş ayrılıklarının olduğu usul hukukuna ilişkin konulardan birisi de sigorta tahkim yargılaması süresinin uzatılmasına ilişkindir.

Dolayısıyla, çalışmamızın konusu, Sigortacılık Kanunu m.30/f. 16 hükmündeki düzenlemenin uygulamada yarattığı sorunlardır. Amacımız da, bu sorunların, sebep ve sonuçlarıyla beraber tespit edilmesi ve çözüm önerilerinin tartışmaya açılmasıdır. Çalışmamızın önemi, işaret edilen düzenlemenin ıslahı ile sigorta tahkimin fonksiyonunun yerine getirilmesi ve başvuru sahiplerinin haksız yere zarar görmesinin önlenmesine katkı sunulması çabasıdır. Ampirik yöntemin ve literatür taraması yönteminin kullanıldığı çalışmamızın bir diğer önemi de, itiraz hakemlerinin oyçokluğu ile karar verdiği usul hukukuna ilişkin konulardan birisinin tespitidir. Zirâ, bu durum da hukuk güvenliği ile doğrudan bağlantılıdır. Çalışmamızın birinci bölümünde, sigorta tahkim yargılama süresi ve uzatılmasına ilişkin Sigortacılık Kanunu m.30/f.16 hükmü, uygulama alanlarına göre sınıflandırılarak anlatılacak; ikinci bölümünde, düzenlemenin ortaya çıkarttığı sorun ve yasal düzenlemenin nasıl uygulandığına; üçüncü bölümünde ise, çözüm önerilerine yer verilecektir.

<sup>5</sup> RG: 04.02.20211 – 27836.

## I. SİGORTA TAHKİM YARGILAMA SÜRESİ İLE SÜRENİN UZATILMASINA İLİŞKİN DÜZENLEME VE UYGULAMA ALANLARI

5684 sayılı Sigortacılık Kanunu 30. maddenin gerekçesinde<sup>6</sup>, sigorta tahkime olan ihtiyaç ve sigorta tahkimin kurulma sebebi açıklanırken, mahkeme nezdindeki yargılama süresinin uzun olmamasına işaret edilmiştir. SK m. 30 / f. 16 hükmü ile f. 12 hükmündeki sigorta tahkim sürelerinin belirlenmesinde, işaret edilen hususlar nazara alınarak, ad hoc tahkim veya kurumsal tahkime göre daha kısa süreler halinde düzenlenmiştir. Ancak, uygulamada sürelerin uzatılmasının gerektiği durumlar söz konusu olabilmektedir. Bu durumda yasal düzenlemeler yetersiz kalmaktadır. Aşağıda, işaret edilen düzenleme, sigorta tahkim yargılaması sırasındaki uygulama alanları ile birlikte anlatılacaktır.

### A. Uyuşmazlık Hakemi Yargılama Süresi ve Sürenin Uzatılmasına İlişkin Düzenleme

Sigorta tahkime yapılan başvuru neticesinde raportör tarafından yapılan ön incelemeden neticesinde başvurunun kabul edilebilir olduğunun tespiti halinde, STK nezdindeki hakem listesi üzerinden sıra usulüne göre uyuşmazlık hakemi<sup>7</sup> görevlendirilmektedir. Mevzuatta, hakemin görevlendirilme süresine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. SK m. 30 / f. 23 hükmündeki kıyasen atf ile 6100 sayılı HMK'daki ad hoc tahkim hükümlerinde ise, hakemlerin seçimi taraflarca yapıldığı için sigorta tahkim yargılamasında uygulama alanı bulunmamaktadır. Bu sebeple, raportör tarafından incelemenin tamamlanmasından sonra hakem görevlendirmesinin ne kadar süre içinde yapılacağı hususunda mevzuatta boşluk bulunmaktadır.

<sup>6</sup> "...sigortacılık alanında ihtisas mahkemelerinin olmaması, yargı sürecinin uzun zaman alması ve masraflı olması, sigortalıların mağduriyetine neden olmakta ve zararın telafisi uzun zaman aldığından sigortanın var olma amacına aykırılık teşkil etmektedir. Bu nedenle, sigortalılar, bazı uyuşmazlıklarda, riski üstlenen tarafların haksız da olsa önerdikleri tazminatı kabul etmek durumunda kalmaktadır. Bu durum, sigortacılık sektörüne duyulan güveni sarsan bir faktör olarak karşımıza çıkmaktadır..."

<sup>7</sup> SK m.30'un 12. fıkrası gereği, SEDDK tarafından hazırlanan ve 28.02.2023 tarihli 32118 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan "Sigortacılık Kanunu 30. Maddesinin 12. ve 15. Fıkralarında Yer Alan Parasal Sınırların Arttırılmasına İlişkin Tebliğ" gereği müddeabihin 15.000.-TL ve üzerinde olması (01.05.2022 tarihinden itibaren yapılan başvurularda 24.000.-TL, 28.02.2023 tarihinden sonra verilen kararlar yönünden 50.000.-TL) halinde 3 kişilik hakem heyeti görevlendirilmektedir.

Sigorta tahkimde uyuşmazlık hakemi tarafından yargılama süreci, SK m.30/ f. 16 hükmü gereği, hakemlerin görevlendirildikleri<sup>8</sup> tarihten itibaren 4 ay içinde tamamlanması gerekmektedir.

Ad hoc tahkimde sürecin tamamlanması gerektiği süre, 6100 sayılı HMK 427. madde gereği, aksi kararlaştırılmamışsa, 1 yıldır. Kurumsal tahkim cephesinde bu süreler, İTOTAM'de ve TOBB tahkimde 1 yıl, İSTAC'da 6 ay ve fakat tek hakemle yapılan seri tahkim kuralları kabul edilirse 3 aydır. AB ülkelerinde sigorta ombudsmanlarının karar verme süreleri, ülkeden ülkeye 1 ay ile 6 ay arasında değişmektedir.

Sigorta hakem yargılamasındaki sürenin uzatılması hususunda, Sigortacılık Kanunu m. 30. / f. 16 hükmü, "*Ancak bu süre tarafların açık ve yazılı muvafakatleriyle uzatılabilir.*" şeklindedir. Ayrıca, birden fazla kez süre uzatım mümkündür<sup>9</sup>.

Kurumsal tahkimde, dosyanın sonuçlandırılması bakımından sürenin uzatılması hususunda Divan'a yetki verilmiştir. İTOTAM nezdindeki süre uzatım, hakem heyetinin gerekçe belirterek hazırladığı yazılı talebi üzerine veya re'sen Divan tarafından yapılmaktadır<sup>10</sup>. İSTAC nezdindeki başvurularda, dosyanın sonuçlandırılma süresinin uzamasında tarafların mutabık kalamaması halinde, hakemin /hakem heyetinin talebi üzerine veya gerekli görülen hallerde re'sen Divan tarafından süre uzatılmaktadır.

Hollanda'da, genel olarak tahkim yargılama süresi, hakemlerin takdirine bırakılmıştır ve hakemler tarafından süre serbestçe belirlenebilmektedir<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> Yargıtay 11. HD 29.03.2021 tarih ve E.2020/2016, K. 2021/3024 sayılı kararda, somut olay STK tarafında 22.06.2019 tarihinde hakeme görevlendirilme yapıldığı için dosyada karar verme süresinin 22.10.2019 tarihinde sonra erdiği belirtilerek oyçokluğuyla karar verilmiştir. Muhalefet şerhi veren hâkimin ayrı oy şerhinde ise, hakemin dosya atamasıyla birlikte bu tarih itibarıyla hakeme ve taraflara bildirim yapıldığı ve tarafların 5 iş günü içinde hakemi reddetme hakkı olduğu, bu süre içinde hakemlerin dosyayı fiziken veya dijital ortamda göremedikleri, bu sebeple; lafsi yorum değil, kanunun ruhuna uygun yorum yapılarak, 4 aylık sürenin başlangıcı için esas alınan görevlendirme tarihinin, hakemin dosyada tasarruf edebildiği tarih olan dosya linkinin aktif hâle geldiği tarihin esas alınması gerektiği belirtilmiştir. (Işıl Ulaş, *Sigortacılıkta Tahkim Hukuku*, Turhan Kitabevi, 2022, s.31-33).

<sup>9</sup> Işıl Ulaş, "Sigortacılıkta Tahkim", *BATİDER*, 24(2), 2007, s.258.

<sup>10</sup> Vural Seven, "Covid -19 Salgını Sebebiyle Yapılan Kanuni Düzenlemenin Sigorta Tahkim Hukuku Alanındaki Sürelere Etkisi", *Lexpera Blog*, 21.05.2021, <<https://blog.lexpera.com.tr/covid-19-salgini-sebebiyle-yapilan-kanuni-duzenlemenin-sigorta-tahkim-hukuku-alanindaki-surelere-etkisi/>>, Erişim Tarihi 19 Kasım 2021, dn. 10.

<sup>11</sup> Çiğdem Yazıcı, "Tahkim Süresi", *Legal Hukuk Dergisi*, 19(220), 2021, s. 1689.

Fransız Hukukunda ise, tahkim yargılamasında süre, taraflarca zımnen verilecek olan izinle de uzatılabilmektedir<sup>12</sup>.

### 1. İtiraz Hakemi Yargılama Süresi ve Sürenin Uzatılması Hususu

İtiraz Hakem Heyeti nezdindeki sürecin tamamlanma süresi, SK m.30/ f. 12. hükmü gereği, işin heyete intikalinden itibaren 2 aydır.

Ancak, itiraz hakemi nezdinde yapılan yargılamanın tamamlanma süresi olan 2 aylık sürenin uzatılmasına yönelik bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla beraber, uygulamada hakem yargılamasına ilişkin SK m. 30/f. 16 hükmü, itiraz hakem yargılamaması süresinin uzatımında da uygulanmaktadır.

Tarafların, süre uzatıma açık ve yazılı bir şekilde onay vermesi halinde, uzatılan sürenin belli bir süreye bağlanması gerekmektedir. Aksi halde Yargıtay içtihatlarına göre bahsi geçen durum, bir bozma sebebidir<sup>13</sup>.

### 2. Yargıtay'ın Bozma Kararı Vererek STK'ya İade Ettiği Dosyalarda Yargılama Süresi

Yargıtay tarafından bozma kararı verilerek STK'ya iade edilen dosyaların, SK m.30/ f. 16 hükmüne istinaden hakem yargılama süresi olan 4 ay ve SK m.30/ f. 12 hükmüne istinaden itiraz hakem yargılama süresi olan 2 ay içinde tamamlanması gerekip gerekmediği sorunu bulunmaktadır. Zirâ, Yargıtay tarafından bozma kararı verilerek STK'ya iade edilen dosyalardaki yargılamanın süresi hakkında herhangi bir özel düzenleme bulunmamaktadır.

<sup>12</sup> Bilgehan Yeşilova, *Millîterarası "Ticari" Tahkimde Nihai Kararlardan Önce Mahkemelerin Yardım ve Denetimi*, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İzmir, 2007, s.296.

<sup>13</sup> Ulaş, *Sigortacılıkta Tahkim*, s.258; Emsal Karar: Yargıtay 11. HD 20.05.2019 tarihli ve E. 2019/1735, K. 2019/3874 sayılı karar gerekçesi, "...bunun üzerine davalı vekilinin 11.04.2017 tarihli e-posta ile gönderdiği dilekçesinde tahkim süresinin makûl bir süre uzatılmasına muvafakat ettiğini bildirdiği, aynı şekilde davacı şirketçe de bu hususta muvafakat verildiği, her iki taraf vekillerinin de tahkim süresinin uzatılmasına ilişkin dilekçe verdikleri, ancak uzatma süresini göstermedikleri, sürenin belli bir tarihe kadar uzatılmasına dair birlikte imzaladıkları bir belge bulunmadığı, akabinde yargılamaya devam olunduğu ve nihai kararın 06.07.2018 tarihinde verildiği, tahkim süresi tarafların anlaşmasıyla uzatılabilir ise de, bu uzatmanın belirli bir süreye bağlanmış olması gerektiği, aksi takdirde uzatma anlaşmasının geçersiz olacağı, hakemlerin kararını tahkim süresi içinde vermeleri gerektiği, bu hususun kamu düzenine ilişkin olup mahkeme tarafından da resen dikkate alınacağı.....," <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/11-hukuk-dairesi-e-2019-1735-k-2019-3874-t-20-5-2019>>, Erişim Tarihi 20 Kasım 2021.

Bununla beraber, STK'nın 31.12.2021 tarihli Duyuru'sunda<sup>14</sup> STK Başkanlığı'nın 15.12.2021 tarihli toplantısında alınan kararlardan biri, Yargıtay'dan bozularak Komisyon'a gönderilen dosyalarda, SK 30. maddenin 12. ve 16. fıkralarındaki sürelerle uyularak karar verilmesi ve işlem yapılmasına ilişkindir. Bahsi geçen düzenleme, idari bir karar olup yasal zeminin kanun kuvvetinde olması gerektiği için konuyu, mevzuata göre değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Kanaatimizce, temyizden bozularak gelen dosyaların yargılama süresi açısından Sigortacılık Kanun'unda açık bir düzenleme bulunmadığı için, SK m.30/ f. 23 hükmündeki kıyasen atıf uygulanarak 6100 s. HMK m. 427/ f. 1 hükmü uygulama alanı bulabilecektir. Bahsi geçen düzenlemeye göre, yargılama süresi 1 yıldır.

### B. Sigorta Tahkim Yargılama Süresinin Hesaplanması

Sigorta tahkimde yargılamadaki sürelerin adli tatilde de işleyip işlememesi hususunda SK 30. maddede düzenlenmediği için SK m.30/ f. 23 hükmündeki kıyasen atıf nedeniyle HMK'daki ad hoc tahkim hükümleri incelendiğinde, tahkim yargılamasında süreler, adli tatilde de işlemektedir<sup>15</sup>.

Sigorta tahkim yargılamasında işleyen süreler açısından tatil günleri de hesaba katılmaktadır. Oysaki STK Hakem Çalışma Rehberi 4.3. maddeye göre, akşam, hafta sonu, resmi tâtiller vb. mesai saatleri dışında gönderilen ara karar ve diğer bildirimlerin süre başlangıcının ilk iş günü olarak kabul edildiğine dair düzenleme bulunmaktadır. Ancak, hakemlerin karar vermesi gereken 4 ay ve itiraz hakemlerinin karar vermesi için gereken 2 aylık süreler açısından bahsi geçen süreler hesaplamaya dâhil edilmektedir. Zirâ, SK m.30/ f. 23 hükmünün atfı nedeniyle taraflar için HMK 90. madde uygulama alanı bulabilecektir. Bununla birlikte, hakemler / itiraz hakemleri için HMK'da da bu yönde açık bir düzenleme olmadığından uygulamada 6100 sayılı HMK 90. madde, hakemlerin / itiraz hakemlerinin inceleme süreleri için uygulanmamaktadır. Bu durum, hakemlerin / itiraz hakemlerinin hafta sonu, resmi tatil, bayram tatillerinde de çalışmaları sonucunu doğurmasının yanı sıra tesis edilen ara karar ile taraflara verilen süreler açısından hafta sonları ve resmi tatillerin, bayram tatillerinin nazara alınması halinde yargılamayı bitirmeleri gereken

<sup>14</sup> <<http://www.sigortatahkim.org/>> Erişim Tarihi 29 Ocak 2022.

<sup>15</sup> Müberra Ayan, *6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanun'una Göre Tahkim*, İstanbul Kemerburgaz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2017, s.74.

süreler açısından kayıp olmaktadır. Dosya yoğunluğu nazara alındığından hakemler / itiraz hakemleri için bir gün bile zaman kaybına neden olacağı için yargılama süreci içindeki sürelerin uyumunun sağlanması açısından taraf vekillerine uygulanan 6100 sayılı HMK 90. maddenin, uyuşmazlık hakemi ve itiraz hakem yargılama süreleri için de uygulanması gerektiği kanaatindeyiz.

## II. SİGORTACILIK KANUNU 30. MADDE / 16. FIKRANIN UYGULANMASI VE ORTAYA ÇIKAN SORUNLAR

SK m.30/ f.16 hükmünde, tarafların açık ve yazılı muvafakati ile yargılama süresinin uzatılması belirtildiği için uyuşmazlık hakemleri ve itiraz hakemleri, yargılama süresinin uzatılması hususunda tarafların görüşlerini e-mail yoluyla sormaktadırlar. Ancak, uygulamada, sıklıkla, aleyhine başvuru yapılan sigorta şirketlerinin, cevap vermeyerek suskun kaldığı veya kabul etmediklerini beyan ettikleri görülmektedir. Sigorta şirketleri tarafından, sigorta tahkim yargılama süresinin uzatılmasına muvafakat verilmemesinin sebebi izah edilmemektedir.

SK m. 30 / f. 16 hükmünün, sigorta tahkim yargılama süresinin uzatılmasına taraflardan birisinin onay vermemesi halinde hukuki sonuç hakkında düzenleme içermediğinden bahsi geçen sorun, hukuken farklı yorumlarla, dolayısıyla, aynı somut olaylar için farklı kararlar verilerek çözümlenmektedir.

Aleyhine başvuruda bulunulan sigorta şirketinin, sigorta tahkim yargılamasına ilişkin sürelerin uzatılmasına onay vermemesi halinde, genellikle, SK m. 30 / f. 16 hükmü, dosyadan el çekme kararı<sup>16</sup> verilerek uygulanmaktadır.

Uygulamada uyuşmazlık hakemlerinin ve itiraz hakemlerinin bir kısmı, başvuru yapanın, mahkemeye yerine sigorta tahkimi seçmelerine karşın mahkemeye başvurmasının zorunlu kılmamak için dosyadan el çekme kararı yerine, usulden red kararı verilmesi yönünde de rey kullanabilmektedirler.

Azınlıkta kalan uyuşmazlık hakemi ve itiraz hakemi ise, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu<sup>17</sup> (TMK) 2. maddeye göre değerlendirme yapmaktadır.

<sup>16</sup> İstanbul BAM 9. HD 2019/3692 E., 2019/4154 K. sayılı 30.12.2019 tarihli kararında, STK nezdindeki yargılamada davalının süre uzatıma onay vermemesinde dolayı İtiraz Hakem Heyeti tarafından verilen dosyadan el çekme kararının hukuka uygun olduğunu ifade etmiştir. <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/bolge-adliye-mahkemesi/istanbul-bam9-hd-e-2019-3692-k-2019-4154-t-30-12-2019>>, Erişim Tarihi 20 Aralık 2021.

<sup>17</sup> RG: 08.12.2001 – 24607.

Bazı uyuşmazlık hakemi ve itiraz hakemi de 6100 sayılı HMK 427. madde uyarınca, taraflardan birisinin mahkemeden süre uzatım için başvurarak mahkeme kararının sunulması halinde, sigorta tahkim yargılama süresinin uzatılabileceğini ileri sürmektedir.

### A. Dosyadan El Çekme Kararının Verilmesinin Değerlendirilmesi

Uyuşmazlık hakemleri ve itiraz hakemlerinin çoğunluğu, taraflardan birinin –ki uygulamada sigorta şirketlerinin- sigorta tahkim yargılama süresinin uzatılmasına onay vermediği veya cevap vermediği durumlarda, SK m. 30 / f. 16 hükmünde, tarafların açık ve yazılı muvafakati olmadığı gerekçesiyle dosyadan el çekme kararı verilmesi yönünde rey kullanmaktadır.

Dosyadan el çekme kararının verilmesi üzerine, başvuru yapanın uyuşmazlıklarını mahkeme nezdinde çözmeleri gerekmektedir. Zirâ, SK m.30/ f. 16 hükmünde, dosyanın süresi içinde sonuçlandırılmaması halinde uyuşmazlığın yetkili mahkeme tarafından çözümleneceği düzenlenmiştir. Dolayısıyla, başvuru yapanın, mahkemelerdeki yargılama süresinin uzun ve daha maliyetli olmasından dolayı mahkeme yerine sigorta tahkim yargılamasını seçtiği halde, dosyadan el çekme kararı verildiğinde, zorunlu olarak mahkeme nezdinde dava açmak zorunda kalmaktadır. Bu durum, sigorta tahkimin zamandan ve maliyetten tasarruf etme ve ihtisas mahkemeleri olmadığı için uyuşmazlığın sigortacılık ve sigorta hukukunda uzmanlaşmış kişiler tarafından çözümlenmesi avantajlarının yerine getirilmesini de engellemektedir. Ayrıca, başvuru yapanın, sigorta tahkim yargılaması sırasında geçen süresi ve yapılan masrafi açısından da zarara uğramaktadır.

Dosyadan el çekme kararı verildiği için ortaya çıkan bir diğer haksız ve olumsuz sonuç da, uyuşmazlık hakemleri / itiraz hakem heyeti ve Sigorta Tahkim komisyonu yetkilileri aleyhine, görevi kötüye kullanma suçunun unsurlarının oluştuğu iddiası ve suç isnadı ile savcılığa şikâyet edilmesidir. Kurumsal tahkimde, hakemlerin sınırlı sorumluluğu söz konusuysa sigorta hakemleri için bu konuda özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Sigortacılık Kanunu 30. Maddede özel düzenleme olmadığı için SK m. 30 / f. 23 hükmündeki kıyasen atıf neticesinde 6100 sayılı HMK 419. maddenin<sup>18</sup> uygulama alanı olduğu söylenebilir. Ancak, tazminat sorumluluğu olan bu düzenlemede dahi, hakemin haklı bir sebep olmaksızın görevinin yerine

<sup>18</sup> HMK 419. madde: “Taraflarca aksi kararlaştırılmamışsa, tahkim yargılamasında görevi kabul eden hakem, haklı bir neden olmaksızın görevini yerine getirmekten kaçındığı takdirde, tarafların bu nedenle uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür”.laş

getirmemesi gerekmektedir. Başka bir deyişle, uyuşmazlık hakemleri / itiraz hakem heyetleri, SK m. 30 / f. 16 hükmünde açıklık olmadığı için verilen bir karar hakkında, tazminat sorumluluğu dahi bulunmazken cezai sorumluluk için cezai soruşturma geçirebilmektedirler. Ayrıca, hakemlerin, avukat ve hâkim gibi soruşturma için bağlı olunan Bakanlıktan ön izne tâbi olduğuna dair bir hüküm de olmadığından, hakemler, verdikleri karardan dolayı ceza hukukuna kapsamında suç isnadı ile karşı karşıya kalınmaktadır.

### B. 4721 Sayılı TMK 2. Maddeye Göre Değerlendirme

Sigorta tahkim yargılama süresinin uzatılması ihtiyacı, uygulamada genellikle, maluliyet tazminatı talepli olarak yapılan başvurularda, dosyaya sunulan maluliyet raporunun hüküm kurmaya elverişli olup olmamasına dayanmaktadır. Maluliyet raporunun temini dışında yargılama süresinin uzatılması ihtiyacına ilişkin diğer sebepler de genellikle, başvurucuya izafe edilemeyecek olan sebeplerdir. Bu noktada, SK m. 30 / f. 16 hükmünde yer alan, tarafların açık ve yazılı muvafakati ile sürenin uzatılması hususunda, tarafların vereceği muvafakati kullanmanın ne ölçüde olacağı, bu hakkın sınırının olup olmadığı önem kazanmaktadır. Konu, başvurucunun muvafakati ve aleyhine başvuru yapılan sigorta şirketinin muvafakati alt başlıkları ile değerlendirilecektir.

#### 1. Aleyhine Başvuruda Bulunulan Sigorta Şirketinin Süre Uzatıma Muvafakatının Olmaması

SK m. 30 / f. 16 hükmüne göre, sigorta tahkim yargılama süresinin, tarafların açık ve yazılı muvafakati ile uzatılmasında, itiraz eden tarafın, itiraz ettiği halde yargılama süresinin uzatılmasına muvafakat vermemesi, işaret edilen düzenlemedeki hakkın sınırının olup olmadığı sorunu ortaya çıkartmaktadır.

Yargıtay, uzun bir süre, işaret edilen hususu irdelemeksizin SK m. 30 / f. 16 hükmünü sadece lafzî yorumla uygulamış ve muvafakat verme hakkın sınırlarını TMK 2. maddeye göre değerlendirmeksizin hangi taraf olursa olsun muvafakat verilmemesi halinde sigorta tahkim yargılama süresinin uzamayacağı yönünden kararlarlar vermekteydi. Yargıtay 4. HD 31.05.2021 tarih ve E. 2021/2458, K. 2021/1988 sayılı kararı ise, sigorta şirketinin, sigorta tahkim yargılama süresinin uzatılması hususunda muvafakat vermemesine ilişkin olan bir konuda ilk kez TMK 2. maddeye göre değerlendirme yapmış olması açısından önemli bir karardır.

Bahsi geçen kararın gerekçesi aşağıdaki gibidir:

*“İHH tarafından davacının bu raporu tek yanlı olarak (mahkeme ya da savcılık görevlendirmesi olmadan) aldığı ve raporu davalının kabul etmediği; raporun, yönetmelikteki şekli şartlara uymadığı; İHH'nin karar verme süresi olan 2 ay içinde eksikliğin tamamlanmadığı ve davalı vekilinin süre uzatımına muvafakat etmediği gerekçesiyle dosyadan el çekilmiştir. Her ne kadar 5684 sayılı Kanun'un 30/12. maddesi gereği, İHH dosyanın kendisine intikalinden itibaren 2 ay içinde kararını vermek zorunda ise de, bu sürenin tarafların muvafakati ile uzatılmasına yasal bir engel bulunmadığı; ancak, davalının itiraz ettiği maluliyet raporundaki eksikliğin tamamlanmasına ilişkin usuli işlemlerin yapılmasına muvafakat vermeyişinin TMK madde 2'deki iyiniyet kurallarına uygun düşmeyeceği ve korunmayacağı hususları da gözetilerek inceleme yapılması gereklidir.”<sup>19</sup>*

Yargıtay'ın son dönem kararlarında da<sup>20</sup>, süre uzatıma muvafakat etmeyen tarafın itiraz eden olup olmadığına göre bir ayrıma gittiği görülmektedir. Bu kararlara göre, itiraz edenin başvurucu olması halinde, TMK 2. maddenin uygulamayacağı ve fakat itiraz edenin sigorta şirketi olması halinde, sigorta şirketinin muvafakat vermemesinin, TMK 2. maddeye göre değerlendirilebileceği şeklindedir.

#### 2. Başvurucunun Süre Uzatıma Muvafakat Vermemesi

İtiraz hakemlerin çoğunluğu, taraflardan birisinin SK m.30/ f. 16 hükmünde belirtildiği üzere açık ve yazılı bir muvafakat vermediği takdirde, dosyada el çekme kararı verilmesi gerektiğini düşünmekle beraber, bizim de katıldığımız azınlıkta kalan diğer görüş ise, TMK 2. madde gereği sigorta şirketinin hakkını kötüye kullandığı gerekçesiyle dosyada re'sen işlemlere devam kararı alınması gerektiğini şeklindedir.

<sup>19</sup> Yargıtay 4. HD 26.05.2021 tarih ve E. 2021/2608, K. 2021/1170 sayılı ve Yargıtay 4. HD. E. 2021/14916, K.2021/7381 sayılı kararlarında, davalının maluliyet raporuna itiraz ettiği halde, maluliyet raporundaki eksikliğin tamamlanmasına ilişkin usuli eksikliklerin yapılmasına muvafakat verilmemesinin TMK 2. maddedeki iyiniyet kuralına uygun düşmediğini belirterek TMK 2. maddenin nazara alınmayarak davalının süre uzatım için muvafakat vermemesinde dolayı dosyadan el çekme kararı verilmesinin hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle İtiraz Hakem Heyeti kararının bozulmasına karar verilmiştir. <<https://karararama.yargitay.gov.tr>> Erişim Tarihi 20 Kasım 2021.

<sup>20</sup> Yargıtay 4. HD 31.05.2021 tarih ve E. 2021/2458, K. 2021/1988 sayılı kararı <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/4-hukuk-dairesi-e-2021-2458-k-2021-1988-t-31-5-2021>>, Erişim Tarihi 20 Kasım 2021.

Nitekim, HMK 427. maddenin hükümet gerekçesinde de kötünietli yaklaşımın değerlendirilmesine dikkat çekilmiş ve tahkim yargılamasındaki sürenin uzatılması için taraflardan birinin mahkemeye başvurmasında, mahkemenin, bu sürenin geçirilmesin amacı açısından değerlendirme yaparak kötünietli bir yaklaşım olup olmadığını da değerlendirmesi gerektiği ifade edilmiştir<sup>21</sup>.

Ayrıca, SK m. 30/ f. 16 hükmünde, sigorta tahkim yargılama süresini uzatılmasına muvafakat verilmesine yönelik hakkın sınırları belirtilmediğinden SK m. 30 / f. 23 hükmünün kıyasen atfı ile HMK 29. madde de uygulama alanı bulacaktır. Bahsi geçen düzenleme de, usul hukukuna ilişkin kurallarda tarafların, dürüstlük kuralına uygun davranması gerektiği belirtilmektedir.

Bu çerçevede, gerek HMK 29. madde ve gerekse ilke kuralı olmasından dolayı hukuken her konuda uygulanması gerektiği için TMK 2. madde, SK m. 30 /f. 16 hükmündeki, sigorta tahkim yargılama süresinin uzatılmasına muvafakat verilmesindeki hakkın sınırlarını oluşturduğu kanaatindeyiz.

Bu sebeple, başvuru veya sigorta şirketi ayrımı yapılmaksızın muvafakat vermeyen tarafın, haklı bir gerekçeye dayanması, diğer tarafın yargılama süresinin uzatılması ihtiyacının doğmasına sebebiyet vermemesi ve iki taraf için de hak kaybına sebep olmaması hususları nazara alınarak, hakkın keyfi olarak kullanılmamasına sebebiyet verilmemesi için, TMK 2. madde ve 6100 s. HMK 29. madde kapsamında değerlendirmeye tâbi tutulması gerektiğini düşünmekteyiz.

### C. 6100 Sayılı HMK 427. Maddeye Göre Değerlendirilmesi

Sigorta tahkim yargılama süresine ilişkin olarak SK 30. maddede düzenlenmemiş olan iki durum bulunmaktadır. Bunlardan birisi, itiraz hakem yargılaması süresinin uzatılmasına ilişkin durumdur. Diğer ise, hakem yargılaması sürecinde SK m.30/ f. 16 hükmündeki düzenlemesi kapsamında taraflardan birisinin yargılama süresinin uzatımı için onay vermemesidir.

Uyuşmazlık hakem yargılama süresine ilişkin olarak düzenlenen SK m.30/ f. 16 hükmünde, itiraz hakem yargılamasına ilişkin bir süre uzatım

<sup>21</sup> Tuğba Semerci Vuraloğlu, “5684 sayılı Sigortacılık Kanun’unda Yer Alan Tahkim Hükümlerini ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanun’undaki Tahkim Hükümlerinin Karşılaştırılması”, *Yeditepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 13(2), 2016, s.292’den aktarma; Ali Cem Budak, *Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, İsviçre Medeni Usul Kanunu ve Alman Medeni Usul Kanunu ile Karşılaştırmalı Hukuk Muhakemeleri Kanunu*, 7. Bası, 2014, s. 592.

hükmü bulunmadığı için SK m. 30/ f. 23 hükmünün kıyasen atfı ile 6100 s. HMK hükümleri değerlendirilecektir. 6100 s. HMK’nın ad hoc tahkime ilişkin hükümleri arasında, 6100 s. HMK 427. maddede, taraflarca aksi kararlaştırılmadığı sürece, karar verme süresinin 1 yıl olduğu, sürenin uzatılması hususunda tarafların anlaşamaması halinde, taraflardan birinin, “tahkim süresi sona ermeden önce”<sup>22</sup> başvurusu üzerine, mahkemenin vereceği karar ile sürenin uzatılabileceği ve mahkeme kararının kesin olduğu düzenlenmiştir. Bu çerçevede, itiraz hakem yargılamasında, HMK m. 427/ f. 2 hükmü gereği taraflardan birisinin mahkemeye başvurması ile sürenin uzatılabileceği söylenebilir.

Uyuşmazlık hakem yargılamasındaki sürenin uzatımı açısından ise, doktrinde bir görüş, SK m. 30/ f. 23 hükmü gereği, 6100 s. HMK hükümlerine yaptığı atıftan dolayı, taraflardan birinin süre uzatıma muvafakat vermediği durumlarda, süre uzatım talep eden tarafın, mahkeme yerine Komisyon’dan talep edebileceğini belirtmiştir<sup>23</sup>. Diğer bir kısım yazar ise, kanun Komisyon’a açıkça bir yetki vermediği için taraflar mutabık kalsa dahi HMK 427. maddeyi uygulayarak mahkemeye başvurulması<sup>24</sup> gerektiğini ileri sürmektedir<sup>25</sup>.

Doktrindeki üçüncü bir görüş ise, SK m. 30/ f. 16 hükmüne göre, bahsi geçen düzenlemenin “*Ancak bu süre tarafların açık ve yazılı muvafakatleriyle uzatılabilir.*” şeklinde olduğu, bahsi geçen düzenlemede “ancak” kelimesinin, sadece anlamında kullanıldığı ve bu sebeple, süre uzatım yetkisinin sadece taraflara verildiğini, Sigorta Tahkim Komisyon’unun da bu yönde bir yetkisinin olmadığı ve SK m.30/ f. 16 hükmü gereği 6100 s. HMK m. 427/ f. 2 hükmün

<sup>22</sup> İzzet Karadağ, *Ulusal (İç) Tahkim*, Adalet Yayınevi, 2013, s.195.

<sup>23</sup> Ayşe Elçin Kozanhan, “Sigortacılıkta Tahkimde Yargılama Usulü”, Kadir Has Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2019, s. 99’dan aktarma; Serdar Kale ve Müjgan Tunç Yücel, “Sigortacılık Kanun’unda Tahkim”, *Haluk Konuralp Anısına Armağan*, Yetkin Kitabevi, 2009, s.469.

<sup>24</sup> Emsal Karar: Mersin 2. Asliye Ticaret Mahkemesi 19.03.2019 tarih ve 2019/E177 Değişik İş, 2019/177 K. sayılı kararında, Sigorta Tahkimde itiraz sürecindeki dosyada, 2 ay içinde sürecin tamamlanamayacağı için 2 ay süre uzatım talep edilmiş ve Mahkeme, HMK m.427/2. fıkraya istinaden, talebi kabul ederek sigorta tahkim süresinin 2 ay uzatılmasına kesin olarak karar vermiştir.

<sup>25</sup> Kozanhan, ss.98-99; Rauf Karasu, *Yargıtay ve Sigorta Tahkim Komisyonu Kararları Işığında Karayolları Zorunlu Mâli Sorumluluk Sigortası*, Yetkin Yayınevi, 2016, s. 146; Ecehan Yeşilova Aras ve Bilgehan Yeşilova, “Sigortacılık Tahkimi – Sigortacılık Tahkim Usulü ve Ayırıcı Özellikleri”, *Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 8(Özel Sayı), İzmir, 2013, s.348-349; Nesibe Konca Kurt, “Sigorta Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü”, *Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan*, 1(2010), s. 1362; Semerci Vuraloğlu, s.292.

uygulama alanı olmadığını, dolayısıyla, mahkemeye de başvurulamayacağını ileri sürmektedir<sup>26</sup>.

Kanaatimizce, 6100 sayılı HMK 427. maddenin uygulanması, sorunun çözümü açısından yeterli değildir. Şöyle ki, 6100 sayılı HMK 427. madde gereği taraflardan birinin mahkemeye başvurabileceğinin kabul edildiğinde, uygulanabilirliği bakımından başka sorunlar meydana gelmektedir. Zirâ, uyuşmazlık hakemleri için 4 ay, itiraz hakemleri için 2 ay olan yargılamayı sonuçlandırma süreleri, mahkemeden süre uzatıldığına ilişkin kararın beklenmesi açısından kısa kalmaktadır.

### III. ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

SK m.30/ f. 16 hükmünün uygulanmasında, sigorta tahkim yargılamasının *sui generis* yapısı ile uyuşmayan ve sigorta şirketlerinin hakkın kötüye kullanılmasına sebep veren haller ortaya çıkmaktadır. Bu sorunun çözümlenmesinde doktrinde farklı görüşler yer almaktadır.

Doktrinde bir görüş, Sigortacılık Kanun’unda yapılacak bir değişiklik, tarafların süre uzatım konusunda anlaşamaması halinde, taraflardan birinin talebi üzerine veya hakemin re’sen Sigorta Tahkim Komisyonu’na süreyi uzatma yetkisinin verilmesi gerektiğini önermektedir<sup>27</sup>.

Doktrinde bir yazar, dosyanın incelenmesi ve karar verilmesi hakemler tarafından yapıldığı için süre uzatımda da yetkili olması gerektiğini ileri sürmektedir<sup>28</sup>.

Sigorta Tahkim Komisyonu Eski Müdürü İbrahim Taşbaşı, SEDDK’ya verilecek bir yetki ile hakeme / hakem heyetine gerekli hallerde 1 ay ek süre verilebileceğini ifade etmiştir.

Kanaatimizce, kurumsal tahkimdeki gibi uyuşmazlık hakemlerine / itiraz hakem heyetine veya Sigorta Tahkim Komisyonu’na, süre uzatım hususunda yetki verilmesi için açık yasal düzenlemenin yapılması gerekmektedir. Ancak, yasa değişiklikleri zaman alacağı için mağduriyetlerin söz konusu olmaması için SK m. 30 / f. 16 hükmünün uygulanmasında öncelikle TMK 2. maddenin

<sup>26</sup> Seven, dn. 10.

<sup>27</sup> Karasu, s.146.

<sup>28</sup> Yusuf Enes Beggi, *Sigorta Hukukundan Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Sigorta Tahkim Komisyonu Nezdinde Çözümlemesi*, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi,, 2022, s.99.

nazara alınması gerekmektedir. TMK 2. madde, somut olayda gerekçesi belirtilmek kaydıyla ve hukuk güvenliğini ortadan kaldırmamak kaydıyla re’sen<sup>29</sup> nazara alınması gereken bir madde olduğunu ve dolayısıyla, taraflarca talep edilmeksizin nazara alınabileceğini düşünmekteyiz.

Ayrıca, kanaatimizce, SK 30. maddede, sigorta tahkim yargılama süresinin uzatılmasına taraflardan birisinin onay vermemesi halinde hangi hukuki sonucun uygulanacağı hususunda bir düzenleme olmadığından SK m. 30 / f. 23 hükmünün 6100 sayılı HMK’ya yaptığı kıyasen atıfla da çözümlenebilecektir. Zirâ, 6100 sayılı HMK 407- 444. maddeleri arasında düzenlenmiş olan ad hoc tahkim hükümlerinden 6100 sayılı HMK 424. maddede, yargılamaya ilişkin usul kurallarının taraflarca serbestçe kararlaştırılabileceği ve fakat taraflarca bu yönde bir anlaşmanın olmaması halinde, hakem / hakem kurulunun yürüteceği bir konu olduğu belirtilmiştir. Buna ilaveten, 6100 sayılı HMK 444. maddeye göre, ad hoc tahkime ilişkin düzenlemenin olduğu konularda, 6100 sayılı HMK’daki diğer hükümler uygulanmayacaktır. Bu çerçevede, sigorta tahkim yargılamasında, ad hoc tahkimdeki gibi usul kurallarının belirlenmesine yönelik bir anlaşma olmasına ilişkin uygulama olmadığı için 6100 sayılı HMK 424. maddeye istinaden, uyuşmazlık hakemi tarafından 6100 sayılı HMK’daki genel hükümlere bağlı kalmaksızın usul kurallarının belirleyebileceği söylenebilir. Bu durumda, görevlendirilen uyuşmazlık hakemi tarafından, sigorta tahkim yargılaması sırasında uygulanacak olan usul kurallarının tek tek yazılıp taraflara iletilmesinden sonra taraflara verilen süre içinde itiraz gelmediği takdirde bu kurallara göre yargılamaya devam edilebilecektir. Dolayısıyla, bu usul kuralları arasında, uyuşmazlık hakemine ve itiraz halinde, itiraz hakem heyetine, sigorta tahkim yargılama süresinin, re’sen uzatılabileceğine ilişkin bir usul kuralına yer verilerek bu kuralların taraflara iletilmesi halinde, taraflarca itiraz edilmediği takdirde, 6100 sayılı HMK 424. madde gereği, uyuşmazlık hakeminin yargılama süresinin re’sen uzatılabileceğine ilişkin kuralın somut olayda uygulanması söz konusu olabilecektir.

### SONUÇ

Sigorta tahkim müessesinin getiriliş sebeplerinden birisi, mahkemelerde süren uzun yargılama sürecinden dolayı âdil yargılanma hakkının zedelenmesini önlemek ve hakka daha çabuk kavuşulmasının sağlanmasıdır.

<sup>29</sup> Kemal Oğuzman / Nami Barlas, *Medeni Hukuk*, 23. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2017, s. 317 ve s. 320.

Bu sebeple, sigorta tahkim yargılama süresi, 6100 sayılı ad hoc tahkim ve Türkiye’de uygulanan kurumsal tahkim sürelerine göre çok daha kısa olarak düzenlenmiştir. Ancak, uygulamada, özellikle maluliyet tazminatı talepli başvurular açısından maluliyet raporunun hüküm kurmaya elverişli olup olmaması hususunda görüş ayrılıklarının olduğu bir konu olduğu için başvurucudan yeniden maluliyet raporu talep edilmesi gereken durumlar olabilmektedir. Nitekim, trafik kazasından kaynaklı maluliyet oranının tespiti için hazırlanmış olan spesifik bir Yönetmelik bulunmamaktadır. Bu nedenle, başvurucu tarafından ibraz edilen maluliyet raporlarını hüküm kurmaya elverişliliği konusu; diğer haksız fiil sebeplerinden kaynaklı maluliyetlerin oranlarının tespiti için yürürlükte olan Yönetmelik’lerden hangisinin trafik kazasından kaynaklanan maluliyet oranının tespiti için uygulanacağı ve hatta uygulanacak olan Yönetmelik açısından hangi tarihin (kaza tarihi veya sigorta poliçesi tanzim tarihi) esas alınarak Yönetmeliğin tespit edileceği ve maluliyet raporunu tanzim eden kurum açısından görüş ayrılıkları bulunmaktadır.

Bu sebeplerle, Sigortacılık Kanunu m. 30 / 16. fıkra hükmündeki uyuşmazlık hakem yargılama süresi olan dört ay ve itiraz hakem heyeti yargılama süresi olan iki aylık süreler, uygulamada bazen kifâyetsiz kalmaktadır. Bu durumlarda, uyuşmazlık hakemleri veya itiraz hakem heyeti tarafından taraflara, SK m. 30 / f. 16 hükmü gereği sigorta tahkim yargılama süresinin uzatılması için onay verilmesi hususundaki görüşleri sorulduğunda, genellikle aleyhine başvuru yapılan sigorta şirketlerinin cevap vermemesi veya gerekçe belirtmeksizin kabul etmemesi söz konusu olmaktadır.

Ayrıca, itiraz hakem heyeti yargılama süresi SK m. 30 / f. 12 hükmü gereği iki ay olduğu halde, itiraz hakem yargılama süresinin uzatılmasına ilişkin SK 30. maddede özel bir düzenleme olmadığı için SK m. 30 / f. 23 hükmündeki kıyasen atıf gereği 6100 sayılı HMK m. 427 / f. 2 hükmü uygulama alanı olduğu halde, uygulamada SK m.30 / f. 16 hükmündeki uyuşmazlık hakem yargılama süresinin uzatılması hükümleri uygulanmaktadır.

Bununla beraber, itiraz hakem heyeti yargılama süresinin uzatılması hususunda mevzuatta bir düzenleme olmadığı için SK m. 30 / f. 23 hükmündeki kıyasen atıf gereği 6100 sayılı HMK m. 427 / f. 1 hükmü uygulama alanı bulunduğu halde, uygulamada SK m. 30 / f. 12 hükmündeki iki aylık yargılama süresi ve SK m.30 / f. 16 hükmündeki uyuşmazlık hakem yargılama süresinin uzatılması hükümlerinin uygulandığı görülmektedir.

SK m. 30 / f. 16 hükmünde, taraflardan birinin açık ve yazılı muvafakatının olmaması hakkında, nasıl bir hukuki sonuç doğacağına dair

düzenleme olmadığı için sigorta tahkim yargılamasında görüş ayrılıkları olan ve bu sebeple, oyçokluğu ile karar verilen konulardan birisidir.

Uygulamada, uyuşmazlık hakem yargılama süresi ile itiraz hakem yargılama sürelerinin uzatılmasında SK m. 30 / f. 16 hükmü gereği, aleyhine başvuru yapılan sigorta şirketinin muvafakat vermemesi halinde, uyuşmazlık hakemlerinin / itiraz hakemlerinin çoğunluğu dosyanı el çekme kararı verilmesi gerektiği görüşündedir. Bir kısım hakem, dosyadan el çekme kararının olumsuz etkilerini bertaraf etmek için başvurunun usulden reddine karar verilmesi yönünde oy kullanmaktadır.

SK m. 30 / f. 16 hükmünün uygulanmasında, bir kısım hakem ise, her somut olayın TMK 2. maddeye göre yorumlanması gerektiğini ileri sürmektedir. Bu görüşteki itiraz hakemlerden bir kısmı ise, TMK 2. maddenin, sadece sigorta şirketi tarafından itiraz yoluna başvurulduğu zaman uygulama alanı olabileceğini savunmaktadır.

Uyuşmazlık hakemleri ve itiraz hakemlerinin bir kısmı ise, SK m. 30 / f. 16 hükmünün uygulanmasında, taraflardan birisinin sigorta tahkim yargılama süresinin uzatılmasına onay vermemesi halinde, SK m. 30 / f. 23 hükmündeki kıyasen atıf gereği 6100 sayılı HMK m. 427 / f. 2 hükmünün uygulanarak taraflardan birisinin mahkemeye başvurarak mahkemenin vereceği süre uzatım kararı ile sigorta tahkim yargılamasına devam edilebileceği görüşündedir.

Kanaatimizce, öncelikle, itiraz hakem yargılama süresinin uzatılması ve Yargıtay’dan bozma kararı ile STK’ya iade edilen dosyaların yargılama süresi hakkında yasal düzenleme yapılması gerekmektedir.

Buna ilaveten, kanaatimizce, yine SK 30. maddede, sigorta tahkim yargılama süresinin uzatılmasında taraflardan birisinin muvafakat vermemesi halinde, bu muvafakatın verilmemesinin değerlendirme yetkisinin uyuşmazlığa bakan hakem / hakem heyetine verilerek hakemler tarafından karar verilmesi ve verilen bu kararın nihai kararlarla birlikte itiraz yoluna veya temyiz yoluna başvurulabilmesi şeklinde bir düzenleme yapılması gerekmektedir.

İşaret edilen yasal düzenleme yapılana kadar, her somut olayda TMK 2. maddenin ve HMK 29. maddenin uygulanabileceği kanaatindeyiz. Zirâ, sigorta tahkim yargılama süresinin uzatılması ihtiyacının başvurucuya isnat edilen bir kusur olmaması, sigorta şirketi aleyhine bir zararın meydana gelmeyecek olması halinde sigorta şirketinin haklı bir gerekçe belirtmeden muvafakat vermemesi, TMK 2. madde kapsamında hakkın kötüye kullanımıdır ve HMK



29. maddeye göre dürüstlük kuralına aykırı davranmaktır. Özetle, SK m. 30/ f. 16 hükümde yer alan sigorta tahkim yargılama süresinin uzatılmasına tarafların muvafakat vermesine ilişkin düzenlenen hakkın sınırını, TMK 2. madde ile HMK 29. maddenin oluşturduğu kanaatindeyiz.

Bununla beraber, SK m. 30 / f. 23 hükmünün kıyasen atfı ile 6100 sayılı HMK 424. maddenin de uygulama alanı olduğunu düşünmekteyiz.

## KAYNAKÇA

- Ayhan M, *6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanun'una Göre Tahkim*, İstanbul Kemerburgaz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2017.
- Beggi Y E, *Sigorta Hukukundan Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Sigorta Tahkim Komisyonu Nezdinde Çözümlemesi*, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2022.
- Karadaş İ, *6100 Sayılı HMK'da Düzenlenen Ulusal (İç) Tahkim*, Beta Yayınevi, 2013.
- Karasu R, *Yargıtay ve Sigorta Tahkim Komisyonu Kararları Işığında Karayolları Zorunlu Mâli Sorumluluk Sigortası*, Yetkin Yayınevi, 2016.
- Konca Kurt N, “Sigorta Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü”, *Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan*, 1(2010), ss.1343-1365.
- Kozanhan A E, *Sigortacılıkta Tahkimde Yargılama Usulü*, Kadir Has Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2019.
- Oğuzman K / Barlas N, *Medeni Hukuk*, 23. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2017.
- Özdamar M, “Sigorta Hukukunda Uyuşmazlıkların Çözümünde Tahkim Sistemi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 17(1-2), 2013, s. 831-855.
- Özdamar M, “Alman Hukukunda Sigorta Ombudsmanlığı”, *BATIDER*, 14(3), 2008, ss.309-327.
- Seven V, “Covid -19 Salgını Sebebiyle Yapılan Kanuni Düzenlemenin Sigorta Tahkim Hukuku Alanındaki Sürelere Etkisi”, *Lexpera Blog*, 21.05.2021 <<https://blog.lexpera.com.tr/covid-19-salgini-sebebiyle-yapilan-kanuni-duzenlemenin-sigorta-tahkim-hukuku-alanindaki-surelere-etkisi/>> Erişim Tarihi 19 Kasım 2021.
- Vuraloğlu Semerci T, “5684 Sayılı Sigortacılık Kanun'una Yer Alan Tahkim Hükümleri ile 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanun'undaki Tahkim Hükümlerinin Karşılaştırılması”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 13(2), 2016, s. 269-312.

Ulaş I, *Sigortacılıkta Tahkim Hukuku*, Turhan Kitabevi, 2022.

Ulaş I, “Sigortacılıkta Tahkim”, *BATİDER*, 24(2), 2007, s. 239-266.  
(“Sigortacılıkta Tahkim”)

Yazıcı Ç, “Tahkim Süresi”, *Legal Hukuk Dergisi*, 19(220), 2021, s. 1677-1746.

Yeşilova B, *Milletlerarası “Ticari” Tahkimde Nihai Kararlardan Önce Mahkemelerin Yardım ve Denetimi*, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2007.

Yeşilova Aras E /Yeşilova B, “Sigortacılık Tahkimi – Sigortacılık Tahkim Usulü ve Ayırddedici Özellikleri”, *Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 8(Özel Sayı), 2013, s. 275-379.

Yıldırım F, “Alman Sigorta Hukukunda Ombudsmanlık”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 12(155-156), 2017, s.77-95.

Yıldırım F, “Alman Sigorta Ombudsmanlığı Prosedürü (Çeviri)Yönetmeliği (VOMVO)”, *Hukuk Köprüsü*, 6(12), 2017, s.227-234.

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


ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068  
Cilt / Volume XXVII Nisan / April 2023 Sayı / No. 2

**SINIR ÖTESİ TELE-PSİKİYATRİ UYGULAMALARINA HUKUKİ  
BİR BAKIŞ**

**LEGAL OVERVIEW ON CROSS BORDER TELE-PYSCHIATRY  
APPLICATIONS**

Cemal ARAALAN\*  

**ÖZET**

10.34246/ahbvuhfd.1145191 

*Covid-19 salgını, bireylerin eve kapanması noktasında teknolojinin itici gücü ile beraber muazzam şekilde teknolojinin imkanlarından faydalanılmasına zemin yaratmıştır. Bu konuda en önemli gelişmelerden birisi, pandeminin de etkisi ile doktor ve hastaneye fiziken ulaşma imkânı olan kişilerin özellikle tele-tıp uygulamalarına gösterdikleri rağbetin de artmasıdır. Psikiyatri ise, tıpta özel bir uzmanlık alanı olup özellikle işbu çalışmada da detaylı şekilde irdelendiği üzere tele-psikiyatri özellikle tele-tıp uygulamaları açısından sıklıkla tercih edilen yöntemlerden birisidir. Bu çalışmada özellikle dünyada ve Türkiye’de hızla gelişmekte olan sınır ötesi tele-psikiyatri uygulamaları ve bu kavramla bağlantılı farklı hukuki meseleler özellikle doktrin görüşmeleri ve uygulamadaki güncel bazı durumlar da ele alınarak irdelenmiştir.*

**Anahtar Kelimeler:** Tele-Tıp • Tele-Psikiyatri • Psikiyatri • Sağlık Verileri • Malpraktis.

**ABSTRACT**

*The impact of the Covid-19 pandemic, along with the driving force of technology at the point of spending time at their homes, has created the basis for making tremendous use of the possibilities of technology. One of the most important developments in this*

\* **Doktora Öğrencisi**, Mef Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Doktora Programı / İSTANBUL, e **posta:** cemalaraan1983@gmail.com, **ORCID:** 0000-0003-3800-3752  
**DOI:** 10.34246/ahbvuhfd.1145191

\*\* **İntihal / Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / *This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.*



regard has been the increase in the demand of people for tele-medicine applications who do not have the opportunity to reach doctors in person, due to the impact of the pandemic. Psychiatry is a special area of expertise in medicine and, tele-psychiatry has been one of the most preferred methods especially in terms of tele-medicine. In this study, legal issues related to cross-border tele-psychiatry applications and other important concepts in connection with tele-psychiatry in Turkey and the world have been reviewed taking into consideration of concrete examples and as well as doctrine opinions.

**Keywords:** Tele-Medicine • Tele-Psychiatry • Psychiatry • Medical Data • Malpractice.

### EXTENDED ABSTRACT

The impact of the Covid-19 pandemic, along with the driving force of technology at the point of spending time at homes, has created the basis for making tremendous use of the possibilities of technology. One of the most important developments in this regard has been the increase in the demand of people for telemedicine applications who do not have the opportunity to reach doctors in person, due to the impact of the pandemic. Psychiatry is a special area of expertise in medicine and, telepsychiatry has been one of the most preferred methods, especially in terms of telemedicine. In this study, legal issues related to cross-border telepsychiatry applications and other important concepts in connection with telepsychiatry in Turkey and the world have been reviewed taking into consideration of concrete examples and as well as doctrine opinions.

First, in the article, the conceptual framework of the concepts of telemedicine and telepsychiatry from a legal perspective is evaluated within the scope of different views in the literature. Since psychiatry is a field of specialization in medicine, it is seen that telepsychiatry is one of the ongoing expertise areas of telemedicine in the world and Turkey. In this context, following the brief history of telemedicine and telepsychiatry in the study, telemedicine is considered to be prohibited in terms of legislation in Turkey, especially within the framework of the relevant regulations of the Code of Obligations; however, this prohibition seems to be changed with the provisions of the Regulation on the Acquisition of Remote Health Services, which came into force recently. In this article, the author's original thoughts on how the prohibition of telemedicine should be interpreted are also included. In addition to these legal evaluations, some of the questions will be answered in this study are as follows: First, considering the difficulty of cross-border distances, how will informed consent be obtained legally in cross-border telepsychiatry practices? Besides the legal requirements in terms of informed consent, which recent technological developments can be used? How will the legal liability regime of psychiatrists and websites providing website and/or mobile application services be determined in terms of personal data protection law and information security, if patient data is seized by malicious persons in terms of

cross-border telepsychiatry applications? One of the interesting issues that should be discussed in this regard is whether psychiatrists and platform service providers can be considered joint data controllers in terms of liability regimes against patients. Apart from this, another important issue is how can malpractice arise in terms of the services provided by the physician in cross-border telepsychiatry practices. In terms of malpractice, should a doctor who provides cross-border telepsychiatry services be evaluated differently from a doctor who provides face-to-face psychiatric treatment? Because malpractice has many complicated issues, even in terms of face-to-face diagnosis and treatment, it should be taken into account that many different legal issues may arise, especially in terms of cross-border telepsychiatry. One of the most critical issues here, as it is especially noted in this study, is how the malpractice conflict can be resolved if the psychiatrist decides to hospitalize the patient, unlike other branches of specialization in medicine; or when an incorrect treatment is applied in drug therapy. In cases of malpractice, should the competent court and the applicable law be determined according to the law of the country where the physician is located or the law of the country where the patient is located? How should e-prescription be applied in telepsychiatry services in terms of malpractice and are the legal regulations regarding e-prescription in Turkey compatible with cross-border telepsychiatry services? Should it be legally obligatory for the physician to take out supplementary insurance in cross-border telepsychiatry services? How will the scope of the physician's professional liability insurance be determined legally in case of malpractice? Another legal issue regarding malpractice is how will the applicable law and competent courts be determined legally in case of malpractice.

As a result, especially with the Covid-19 pandemic, the obligations of people at the point of transition to digital, have made telemedicine and telepsychiatry cases mandatory. In this context, it can be stated that the first concrete step in this field was taken by the legislator within the framework of the provisions of the Regulation on the Acquisition of Remote Health Services, which came into force recently in Turkey. However, an important fact that may be important after this process is that, as it is emphasized in the study, especially by making changes in some legal regulations, the legal framework of the liability regime of the platforms providing private health insurance and telemedicine is to be determined more clearly.

### GİRİŞ

Pandeminin etkisi ve teknolojik imkanların gelişmesi neticesinde, her geçen gün özellikle bireylerin sağlık hizmetlerine ulaşma noktasında teknolojik yöntemlere başvurması oldukça yaygın hale gelmiştir. Bu çalışmada da detaylı şekilde irdelendiği üzere, sağlık hizmetlerinin temini noktasında gerek mevzuat gerekse yargı kararları açısından özellikle “hekimin bizzat ifa yükümlülüğü” noktasında tele-tıp olgusuna ülkemizde deyim yerinde ise

şüphe ile bakılmıştır. Ne var ki, bu alanda özellikle dünyada ve Türkiye'deki gelişmelerin bir yansıması olarak ilk yasal düzenleme addedilebilecek Uzaktan Sağlık Hizmetlerinin Edinimine İlişkin Yönetmelik yakın zamanda yürürlüğe girmiştir.

Bu çalışmada ise, aşağıda detaylı şekilde açıklanacağı üzere üst bir başlık olan tele-tıp uygulamasının sadece bir türü olan ve tıpta uzmanlık mesleği olarak psikiyatri hizmetlerinin sanal ortamda verilmesi ve özellikle hekim ve hastanın farklı ülkelerde bulunması halinde gündeme gelebilecek ve önem taşıdığı düşünülen bazı hukuki meseleler üzerinde durulmuştur.

Çalışmanın sistematigi açısından ilk bölümde bu kısa girişin akabinde, ikinci bölümde tele-tıp ve tele-psikiyatri kavramlarının hukuken kavramsal çerçeveleri detaylı şekilde incelenmiş ve konunun tarihçesine de kısaca değinilmiştir. Üçüncü bölümde, sınır ötesi tele-psikiyatri uygulamaları açısından Türk hukuku açısından bu konu ile ilgili yasal düzenlemelerin neler olduğuna ışık tutulmuştur. Dördüncü bölüm ise sınır ötesi psikiyatri uygulamalarına yönelik hukuki değerlendirmelerin yer aldığı bu çalışmanın en detaylı bölümüdür. Bu bölümde özellikle sınır ötesi tele-psikiyatri uygulamaları açısından aydınlatılmış onam, kişisel verilerin yurtdışına aktarımı ve depolanması noktasında hekim ve online platformların veri koruma hukuku ve bilgi güvenliği açısından hukuken sorumluluk rejiminin nasıl tayin edileceği konusunda ayrıntılı değerlendirmelere yer verilmiştir. Ayrıca yine aynı bölümde, malpraktis meydana gelmesi halinde hekimin sorumluluğuna ilişkin farklı hukuki meseleler ile bu kapsamda sigorta ve e-reçete kurumları da ayrıntılı şekilde irdelenmiştir. Sonuç başlıklı beşinci bölümde ise, yazarın tüm bu çalışma kapsamında sınır ötesi tele-psikiyatri uygulamalarına ilişkin hukuksal çıkarımı paylaşılmıştır.

## I. TELE-TIP VE TELE-PSİKİYATRİNİN KAVRAMSAL ÇERÇEVESİ VE KISA TARİHÇESİ

Tele-tıp kurumu doktrinde bakıldığında, farklı tanımlara yer verilmekle beraber en basit şekliyle hastaların, teknolojik araçlar vasıtasıyla tıp biliminin gerektirdiği teşhis ve tedavi yöntemlerinden hekimler tarafından tıp mesleğinin gerektirdiği teşhis ve tedavi yöntemlerinden uzaktan, yüz yüze bir araya gelmeksizin istifade edebilmesini ifade etmektedir<sup>1</sup>. Dünya

<sup>1</sup> Doktrine bakıldığında Hakeri, kısaca uzaktan tıp olarak ifade ettiği tele-tıp kavramını, hekimler tarafından hastalarına farklı bilişim ve iletişim teknolojileri vasıtasıyla teşhis ve tedavi metodlarının tatbik edilmesi şeklinde ifade etmiştir. Bkz. Hakan Hakeri, *Tıp*

Sağlık Örgütü'nün tanımına göre ise, tele sağlık, mesafe faktörü sebebiyle, sağlık personellerinin bilişim ve iletişim teknolojileri yöntemleri aracılığıyla, hastalık ve yaralanma gibi sağlık durumundaki olumsuzların tanısı, tedavisi ve önlenmesine yönelik bilgi hizmeti, bu konuda araştırma ve değerlendirme çalışmaları ile sağlık personellerine yönelik devamlı eğitimlerin sağlanması ve bu bağlamda bireylerin ve toplulukların sağlık konusundaki menfaatlerine katkı sağlanması şeklinde tanımlanmıştır<sup>2</sup>.

Literatüre bakıldığında, tele-tıp kavramı açısından çoğunlukla İngilizce'de "tele medicine" ifadesinin tercih edildiği görülmekle beraber;

*Hukuku*, 25. Bası, Seçkin Yayınevi, 2022, s. 1020. Bir başka tanıma göre, tele-tıp, tıbbi hizmetlerin özellikle 21. yüzyılın başlarından itibaren hızlı bir gelişim süreci gösteren, bilişim teknolojileri ve telekomünikasyon aracılığıyla uzaktan şekilde aktarılması anlamına gelmektedir. Bkz. Ufuk Bal / Ertan Yılmaz / Lut Tamam / Soner Çakmak, "Telepsikiyatri: Şimdi ve Burada", *Psikiyatride Güncel Yaklaşımlar*, 7(2) 2015, s. 136. Tele-tıp konusunda doktrinde farklı tanımlar için bkz. Pradeep Kumar / Mukul Aggarwal / Rishi Dhawan / Jasmita Dass / Ganesh Kumar / Vishnu Sharma / Saleem Mirza / Jayastu Senapati, Neha Ganju / Tejasvini Vaid / Mona Vijayran / Tribikram Panda / G Stitha Pragna / Sahitya Sri Krishna / Akash Khandelwal / Renjith Verghese / Seema Tyagi / Tulika Seth / Manoranjan Mahapatra (Kumar ve diğerleri), "Tele-Medicine Services in Hematological Practice During Covid Pandemic: Its Feasibility and Difficulties" *Springer* 37(4), 2021, s. 528-533. Bkz. Renata Solimini / Francesco Paolo Busardo / Filippo Gibelli / Ascanio Sirignano / Giovanna Ricci (Solimini ve diğerleri), "Ethical and Legal Challenges of Telemedicine in the Era of the Covid-19 Pandemic", *Medicina*, 57(1314), 2021, s. 1. Verena Klamroth-Marganska / Michael Gemperle / Thomas Ballmer / Susanne Grylka-Baeschlin / Jessica Pehlke-Milde / Brigitte E. Gantschnig, "Does therapy always need touch? A-cross sectional study among Switzerland-based occupational therapists and midwives regarding their experience with health care at a distance during the COVID-19 pandemic in spring 2020", *BMC Health Services Research*, 12(578), 2021, ilgili kaynağa online erişim için bkz. <<https://bmchealthservs.biomedcentral.com/articles/10.1186/s12913-021-06527-9>> (E.T.: 09.09.2022). Yakup Gökhan Doğramacı, "Teletıp, Sağlık Turizmi ve Uzaktan Sağlık Hizmetleri: Mesafeli Sözleşmeler", *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 78(2), 2020, s. 657-662, Esen Nur Bayatlı, "Tele-tıp Ve Mobil Sağlık Uygulamaları Konusunda Hekim Görüşlerinin Belirlenmesi: Bir Özel Hastane Örneği", *T.C. Atılım Üniversitesi İşletme Anabilim Dalı Sağlık Yönetimi Yüksek Lisans Programı*, 2021, s. 29. Muammer Ketizmen / Ashihan Kart, "Telesaglık Uygulamaları ve Potansiyel Sorunlar", *Lexpera*, 21.04.2021 < <https://blog.lexpera.com.tr/telesaglik-uygulamaları-ve-potansiyel-sorunlar/>> (E.T.: 22.03.2022).

<sup>2</sup> Yazar tarafından yukarıda tercüme edilen bu tanım, İngilizce olarak orijinal metinde şu şekildedir:

"The delivery of health care services, where distance is a critical factor, by all health care professionals using information and communication technologies for the exchange of valid information for diagnosis, treatment and prevention of disease and injuries, research and evaluation, and for the continuing education of health care providers, all in the interests of advancing the health of individuals and their communities" Bkz. World Health Organization, "Opportunities and Developments in Member States", *Global Observatory for eHealth series - Volume 2*, 2010 <[https://www.who.int/goe/publications/goe\\_telemedicine\\_2010.pdf](https://www.who.int/goe/publications/goe_telemedicine_2010.pdf)> (E.T.: 21.03.2022).

tele-sağlık olarak ifade edilen dijital sağlık kavramının ise; tele-tıptan daha üst bir kavram olduğu ve bilgisayar bilimi, mühendislik, bilişim bilimi, gazetecilik, ekonomi, halk sağlığı gibi tıp bilimi de dahil olmak üzere ancak tıp biliminin dışında farklı alanları da kapsadığı görülmektedir<sup>3</sup>.

Dünya Sağlık Örgütü'nün özellikle tele-tıp uygulamalarından birisi de, işbu çalışmanın konusunu oluşturan ve hekimler tarafından hastalarına ruh sağlığı hizmetlerinin uzaktan mesafeli telekomünikasyon araçları ile sunumu şeklinde tanımlanabilecek tele-psikiyatri olarak kabul edilmektedir<sup>4</sup>. Başka bir ifade ile, tele-psikiyatri kavramı, tele-tıp uygulamalarının spesifik olarak psikiyatrik hizmetlerine özgülenmiş alanını ifade etmektedir<sup>5</sup>.

Tele-psikiyatri kavramına geçilmeden önce kısaca psikiyatri mesleğinden kısaca bahsetmek gerekirse, günümüzde psikiyatri tıp mesleğinin özel bir uzmanlık alanı olarak kabul edilmektedir<sup>6</sup>. Psikiyatrinin tıp mesleğinin özel bir uzmanlık alanı olmasında yatan nedenlere örnek olarak; hastaların bedensel sağlıklarının yanı sıra, ruh sağlığı ve sosyal açıdan da sağlıklı bir birey olmalarının günümüzde önemsenen bir olgu olması, bu kapsamdaki rahatsızların teşhisi ve tedavisi bakımından hekim konumundaki psikiyatristlerin bu konuda uzmanlaşması ve tıpta diğer uzmanlık alanlarına kıyasla psikiyatristlerin hastalarına karşı farklı bazı sorumluluklarının bulunması ve bu açıdan psikiyatrinin tıp biliminin diğer uzmanlık alanlarından farklılaşarak kendine özgü bir disiplin olması gösterilebilir<sup>7</sup>. Bu bağlamda,

<sup>3</sup> Hakeri, s. 1020; tele-sağlık ile ilgili ayrıca ayrıntılı hukuki değerlendirme için bkz. Muammer Ketizmen / Ashiyan Kart, "Tele Sağlık Uygulamaları ve Potansiyel Sorunlar", *Legal Blog* <<https://blog.lexpera.com.tr/telesaglik-uygulamaları-ve-potansiyel-sorunlar/>> (E.T.: 29.06.2022)

<sup>4</sup> Tele-tıp konusunda tele-radyoloji, tele-dermatoloji, tele-patoloji, tele-psikiyatri ve uzaktan hasta izlenimi (monitorizasyon) olmak üzere beş özel kategori belirlendiğine yönelik detaylı analiz için bkz. Doğramacı, s. 664'deki 16 no'lu dp.da belirtilen World Health Organization, EHealth. 2020 yılındaki pandemi salgını ile birlikte tıpa ilişkin şu alanların da tele-tıp kapsamında değerlendirilebileceği belirtilmektedir: Dermatoloji, Psikoanaliz, Psikoterapi, Pediatri, Hemşirelik, Radyoloji, Nöroloji, Jinekoloji, Kardiyoloji, Ortopedi, Nöroloji, Endokronoloji, Covid-19 tedavisi, Kronik Rahatsızlıklar. Bkz. Solimini ve diğerleri, s. 3.

<sup>5</sup> Abdurrahman Cahid Örengül, "Telepsikiyatri", s. 1291; ilgili makaleye internet üzerinden erişim için: <<https://books.akademisyen.net/index.php/akya/catalog/view/45/57/2051>> (E.T.: 16.05.2022)

<sup>6</sup> Psikiyatri, insanın davranış dinamiklerini biyopsikososyal olarak açıklamak üzerine çalışan ve normal ile normal dışı (hastalık) davranış örüntülerini sınıflandırarak tedavi etmeye çabalayan tıp bilimi ve ruh hekimliği olarak nitelendirilmiştir. Bkz. <<https://tr.wikipedia.org/wiki/Psikiyatri>> (E.T.: 21.03.2022).

<sup>7</sup> Psikiyatri mesleğinin diğer tıp uzmanlıklardan farkları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz.

psikiyatrist tıp fakültelerinde zorunlu tıp eğitimi alması akabinde özellikle uzmanlığı, ruh hastalıklarının teşhisi ve tedavisi olan ve hastalarına biyolojik ve psikolojik yöntemlerle çözüm bulmaya çalışan bir hekimdir<sup>8</sup>. Psikiyatristin hastasına olan sorumluluğuna bakıldığında ise; (psikiyatrik teşhis, bulguları doğru değerlendirme, tedavi, aydınlatılmış rıza alma, sır saklama vb. hususlarda) eğer psikiyatrist ve hasta arasında bir sözleşme var ise sözleşmesel sorumluluğu, sözleşme olmaması halinde haksız fiil sorumluluğu gündeme gelecektir<sup>9</sup>.

Yukarıda tanımlardan da anlaşılacağı üzere, tele-psikiyatrinin, klasik psikiyatri yönteminden en temel farkı, esas itibarıyla bu husustaki teşhis ve tedavi yöntemlerinin uzaktan mesafeli şekilde teknolojik bazı vasıtaların kullanılmasıdır. Tele-psikiyatrinin, sunulan hizmetin mekânsal durumuna ve özelliğine göre evde tele-psikiyatri, adli tele-psikiyatri, acil durum tele-psikiyatrisi, rutin tele-psikiyatri olmak üzere bazı alt bölümlerinin olduğu kabul edilmektedir<sup>10</sup>.

Kısaca tele-tıp ve tele-psikiyatri kurumlarının tarihçesine bakıldığında, tele-tıp uygulamalarının M.Ö. 500'lü yıllarda, antik Yunan ve Roma dönemlerinde şehirler arasındaki haberciler tarafından ölüm, veba salgını gibi sağlık olayları ile afet durumları gibi bazı önemli olayların halka duyurulması amacıyla başladığı bilinmektedir<sup>11</sup>. Öte yandan, tele-tıp ile ilgili gelişim süreci bakımından en önemli etken, hiç kuşkusuz teknolojik gelişmeler olmuştur. Teknolojik gelişmelere örnek vermek gerekirse, Amerikan İç Savaşı sırasında telgrafın keşfi ile uzak mesafelerde hastalara telgraf aracılığıyla tıbbi hizmetlerin verilerek bu konudaki iletişimin olanaklı hale geldiği bilinmektedir<sup>12</sup>. Daha sonraki süreçte ise, başka önemli bir teknolojik buluş olan telefonun 1876 yılında Alexandar Graham Bell tarafından icat edilmesi

<<http://www.turkpsikiyatri.org/blog/2012/03/19/psikiyatri-tibbin-neresinde-duruyor/>> (E.T.: 29.06.2022)

<sup>8</sup> Harun Mirsad Günday, *Psikiyatristin Hukuki Sorumluluğu*, 1 Bası, Yetkin Yayınları, 2015, s. 33.

<sup>9</sup> Hekim ile hasta arasındaki hukuki ilişkinin detaylı değerlendirilmesi konusunda bkz. Hakeri, s. 1049 vd.; Günday, s. 104 vd.

<sup>10</sup> Bal ve diğerleri, s. 139-141

<sup>11</sup> Doğramacı, s. 665; ayrıca tele-tıbbın tarihçesi ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Rashid L. Bashur / Gary W. Shannon, *History of Telemedicine*, Marry Ann Liebert 1. Bası, 2009, s. 25 vd.

<sup>12</sup> <<https://www.fezen.com/saglikta-yeni-trend-teletip/>> (E.T.: 29.06.2022)

sonucunda, doktor muayenehanelerine yapılan gereksiz hasta ziyaretlerinin kesildiği ve hasta-doktor arasındaki görüşmelerde telefonun tercih edildiği görülmüştür<sup>13</sup>. 1900'lerin başında ise yine teknolojik olarak önemli bir buluş olan radyonun icadı ile Avustralya'da ilk kez John Flynn adlı kişi tarafından Aerial Medical Service (AMS) adlı bir sistem yaratılmıştır<sup>14</sup>. Bu sistem ile telgraf, radyo ve uçakların kullanımı ile ülkenin uzak yerlerinde tıbbi gereksinimi bulunan hastalara uzaktan sağlık hizmetlerine erişim imkânı sağlanmıştır<sup>15</sup>. Tele-psikiyatrinin çıkış noktası da tele-tıba benzer bir yönde olmuş, hızlı gelişen sağlık sistemlerinin özellikle teknolojinin getirdiği olanaklar sayesinde herkes tarafından kolayca ulaşılabilir olması, tele-psikiyatri uygulamalarının da yaygınlaşmasını olumlu yönde etkilemiştir<sup>16</sup>. Tele-psikiyatri uygulamasına dair en eski olgunun, ABD'deki Nebraska Üniversitesi'nde uzman hekimler ile ruh sağlığı hastanesindeki hekimlerin birbirlerine danışma (konsültasyon) maksadıyla, kapalı devre çift yönlü bir televizyon sistemi ile eğitim amaçlı şekilde kullanılması olduğu bilinmektedir<sup>17</sup>.

## II. TELE-TIP KAPSAMINDA TÜRK HUKUKU'NDAKİ YASAL DÜZENLEMELER

Çalışma kapsamında kanaatimizce öncelikle şu sorunun cevaplanması önem arz etmektedir: Yurtdışında bulunan psikiyatristin hastasına uygulayacağı tedavi bakımından kendi ülkesinde aldığı tıp diploması ve bu bağlamda gördüğü tıp eğitimi ve lisansı hastasının bulunduğu ülke kurallarınca geçerli kabul edilecek midir? Daha doğru bir ifade ile, sınır-ötesi tele-psikiyatri uygulamalarında A ülkesinde tıp eğitimi alan ve tıp diploması bulunan ve o ülkenin mevzuatı gereğince psikiyatri alanında uzmanlaşmış bir hekimin, B ülkesinde bulunan hastaya bu ülkedeki mevzuat gereği tıp lisansı ve psikiyatri uzmanlığı ve özellikle sınır-ötesi tele-psikiyatri uygulaması neticesinde gerçekleştireceği teşhis ve tedavi tıp hukuku açısından geçerli kabul edilecek midir? Mevzuata bakıldığında; Türkiye'de bir hekimin mesleğini icra edebilmesinin şartları, 5947 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı

<sup>13</sup> Doğramacı, s. 665

<sup>14</sup> <[https://en.wikipedia.org/wiki/Royal\\_Flying\\_Doctor\\_Service](https://en.wikipedia.org/wiki/Royal_Flying_Doctor_Service)> (E.T.: 29.06.2022)

<sup>15</sup> Tele-tıp bakımından bu kısma kadar telgraf, telefon ve radyo gibi teknolojik buluşların tele-tıpa etkileri ve konunun tarihçesi ile ilgili ayrıntılı değerlendirme için bkz. <<https://www.sigmundsoftware.com/blog/history-of-telehealth/>> (E.T.: 16.05.2022)

<sup>16</sup> Bal ve diğerleri, s. 137; tele-psikiyatrinin tarihçesi ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. <<https://www.orbithealth.com/brief-history-telepsychiatry/>> (E.T.: 30.06.2022)

<sup>17</sup> Örengül, s. 1291, Doğramacı, s. 665

İcrasına Dair Kanun("TŞSTİ-DK")<sup>18</sup>'da düzenlenmiştir. TŞSTİ-DK m. 1'de Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde tıp icrasında bulunmak ve hastaları tedavi etmek açısından Türk olma zorunluluğu öngörülmüştür. TŞSTİ-DK m. 77'de ise, m. 1'de öngörülen genel kuralın istisnası olarak kanuna dayalı kazanılmış hakkı bulunan yabancı hekimlerin, anılan kanun çerçevesinde hekimlik mesleğini, Türkiye'de icra edebileceği hüküm altına alınmıştır.

Bu konuda yukarıda yer verilen genel düzenlemelerin yanı sıra, Türkiye'de uzun süredir hekimin yükümlülükleri bağlamında uzaktan teşhis ve tedavi yöntemlerinin yasak olduğu konusunda bir kanı söz konusudur. Türk Borçlar Kanunu<sup>19</sup> m. 506/f. 1'de vekilin, vekâlet borcunu bizzat ifa etmekle yükümlü olduğu, ancak vekile yetki verildiği veya durumun zorunlu ya da teamülün mümkün kıldığı hâllerde vekilin, işi başkasına yaptırabileceği düzenlenmiştir<sup>20</sup>. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 16. maddesinde, hekimler ve diş hekimlerinin, bir kimsenin sağlık durumu hakkında bizzat gerçekleştirdikleri muayene sonucunda edindikleri vicdani ve bilimsel görüşlerine ve şahsi gözlemlerine göre rapor tazmin edebileceği düzenlenmektedir<sup>21</sup>. Hekimlik Meslek Etiği Kuralları m. 23'te ise, hekimin, acil vakalar gibi zorunlu durumlar dışında, hastasını bizzat muayene etmeden tedaviye başlayamayacağı hüküm

<sup>18</sup> Tababet ve Şuabatı San'atları Tarzı İcrasına Dair Kanun, Kanun Numarası: 1219, Kabul Tarihi: 11.04.1928, RG: 14.04.1928/863

<sup>19</sup> Türk Borçlar Kanunu, Kanun Numarası: 6098, Kabul Tarihi: 11/1/2011, RG 04.02.2011/27836

<sup>20</sup> <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6098.pdf> (E.T.: 22.03.2022) Bu noktada belirtmek gerekir ki, hekim ile hasta arasındaki hukuki ilişkinin tespiti, özellikle malpraktis gibi durumlarda önem taşımakta olup hekim ile hasta arasında sözleşmesel bir ilişkinin olması halinde bu sözleşmesel ilişki somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmelidir. Bir örnek üzerinden konuyu somutlaştırmak gerekirse, estetik amaçlı gerçekleştirilen operasyonlarda bu konuda operasyonu gerçekleştirilen plastik cerrahın daha ziyade bu operasyon ile hastasına sonuç odaklı bir fayda sağlamayı taahhüt etmesi durumunda hekim ile hastası arasındaki sözleşmesel ilişki eser sözleşmesi olarak addedilecek iken bir psikiyatristin hastasına yönelik uyguladığı terapötik tedavi ve teşhis konusunda işin mahiyeti gereği, herhangi bir sonuç taahhüt edilmesi mümkün olmadığından; hekim ile hasta arasındaki sözleşmesel ilişkinin vekalet sözleşmesi olarak değerlendirilebilmesi mümkündür. Gençer Özdemir, *Tıbbi Müdahale Hatalarından Doğan Maddi Tazminat Sorumluluğu*, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 124 vd. Hekimin sözleşmesel sorumluluğu ile ilgili detaylı hukuki değerlendirmeler için bkz. Konunun kapsamı itibariyle odak noktası tele-psikiyatri uygulamaları olması nedeniyle bu kapsamda daha detaya yer verilmeyerek konunun genel hatlarının açıklanması yeterli görülmüştür.

<sup>21</sup> Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 16. maddesi şu şekildedir:

*"Tabip ve diş tabibi bir kimsenin sıhhi durumu hakkında, ilmi metodları tatbik suretiyle bizzat yaptığı muayene neticesinde edindiği vicdani ve fenni kanaata ve şahsi müşahadesine göre rapor verir."* (Bkz. <<https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/2.3.412578.pdf>> E.T.: 22.03.2022)

altına alınmıştır<sup>22</sup>. Türk Tabipleri Birliği tarafından hazırlanan 15.12.2017 tarihli ve 265/2017 Sayılı Hekimler ile Sağlık Kurum ve Kuruluşlarının Elektronik Ortamlardaki Paylaşımına İlişkin Kılavuz'da internet ortamında hasta bizzat muayene edilmeden, yöneltilen soruların yanıtlanması suretiyle tedavi önerilerinde bulunulmayacağı ve bu yolla hastaların, belirli bir hekim ya da sağlık kuruluşuna yönlendirilemeyeceği belirtilmiştir<sup>23</sup>. Yargıtay'ın yerleşik içtihatları gereğince de, tele-tıp uygulamasının yasak olduğu birçok yargı kararına yansımıştır<sup>24</sup>. Hekimlerin uzaktan teşhis ve tedavi yasağının bu şekilde yorumlanması ise, büyük ölçüde ilgili düzenlemelerde belirtilen hekimlerin “bizzat ifa yükümlülüğü”nden kaynaklanmakta olup doktrinde gelişen teknolojinin sağladığı imkanlar ve özellikle Covid 19 pandemi salgının nedeniyle kimi yazarlarca haklı olarak eleştirilmiş ve tele-tıp kurumunun Türkiye’de yasa koyucu tarafından da düzenlenmesi gerektiği belirtilmiştir<sup>25</sup>.

<sup>22</sup> <[https://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com\\_content&id=65](https://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com_content&id=65)>(E.T.: 22.03.2022).

<sup>23</sup> <[https://www.ttb.org.tr/yazisma\\_goster.php?Guid=f2e81512-8840-11e7-8318-948af52f0cac](https://www.ttb.org.tr/yazisma_goster.php?Guid=f2e81512-8840-11e7-8318-948af52f0cac)> (E.T.: 23.03.2022)

<sup>24</sup> Bu konuda, hekimin acil durumlarda bizzat gelmeyerek teşhis ve tedavinin telefonla yapıldığı durumlarda hekimin kusurlu olduğuna yönelik Yargıtay'ın bazı içtihatları söz konusudur. Bkz. Yargıtay 12 CD 26034/21975, 16.10.2012; Yargıtay 5 CD 10385/12790, 22.06.2015; Yargıtay 9 CD 12553/780, 13.02.2008.

<sup>25</sup> Doktrinde Hakeri, hekimler açısından mevcut yasal düzenlemeler çerçevesinde uzaktan muayenenin ve teşhisin yasak olduğu kanaatindedir. Yazar, hekimin sadece acil durumlara özgü şekilde hastanın hekimini ziyarete gelinceye kadar alınması gereken tedbirler ile hekimin telefonla talimat verebileceği, ancak teşhis ve tedavinin tamamen uzaktan yapılması gerektiğini ifade etmektedir. Bu konuda detaylı değerlendirme için bkz. Hakeri, s. 630 vd. Ancak yazar tarafından özellikle 2020-2022 dönemindeki Covid 19 pandemi salgını sonucunda muayenelerin kapatılması ve hastanelerin sınırlı hasta kabulü gibi zorunlu durumlar dikkate alındığında, online danışmanlık ve online polikliniklerin açıldığı ve bu uygulamalarının, hastalara hiçbir şey yapılmamasındansa daha tercih edilebilir yöntem olduğuna dikkat çekilmiştir. Bkz. Hakeri, s. 1022. Doğramacı ise, mevzuat kapsamında “hekimin bizzat muayene yükümlülüğünün dayanakları konusunda Türk Borçlar Kanunu m. 506, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi m. 16 ve Hekimlik Mesleği Etiği m. 23 düzenlemeleri açısından kapsamlı bir değerlendirme gerçekleştirmiştir. Yazara göre, mevcut düzenlemelerde yer alan “bizzat” kelimesi, zamana uygun şekilde objektif yorum yöntemine göre yorumlandığında, “bizzat” kelimesi her türlü araca yönelik değil, aracı kişilerin kullanılmasına yönelik anlaşılacak, tele tıp uygulamalarının hekimlerin şahsen ancak uzaktan olacak bizzat muayene yükümlülüklerine aykırı şekilde yorumlanamayacaktır. Detaylı değerlendirme için bkz. Doğramacı, s. 671. Kanaatimizce, hekimin bizzat muayene yükümlülüğü olgusu özellikle hangi uzmanlık alanına bağlı olarak tele-tıp yöntemlerinin uygulanması açısından önem taşımaktadır. Somut bir örnek üzerinden hareket etmek gerekirse; dermatolojik rahatsızlık veya hormon bozukluğundan kaynaklı bazı rahatsızlıklar bakımından, mümkün mertebe tele-tıp hizmeti yerine, fiziken teşhis ve muayenenin gerekli olduğu düşünülebilecek iken; işbu çalışmamızın özünü oluşturan tele psikiyatrik uygulamalar açısından teknolojik

Gelinen son aşamada ise, mevcut şartlar ve gereklilikler dikkate alınarak tele-tıp konusunda, Türkiye’de ilk yasal düzenleme olarak Uzaktan Sağlık Hizmetleri Sunumu Hakkında Yönetmelik yayınlanmıştır<sup>26</sup>. Doktrinde Hakeri, tele-tıp konusunda A ülkesinin yargı yetki alanındaki bir hekimin, B ülkesinin yargı yetkisine dahil bir hasta üzerinde robotik cerrahi müdahalesi konusunda, B ülkesinde aslında geçerli bir lisansa sahip olmamasına rağmen, bu ülkede bu müdahaleyi yapma yetkisinin bulunup bulunmayacağı meselesi üzerinde durmuştur. Yazar, bu durumda özellikle teknolojik gelişmeler dikkate alınarak ölçüt olarak hekimin kendi ülkesinde bu müdahaleyi yapma yetkisinin olup olmadığının dikkate alınması gerektiğine, hekimin kendi ülkesinde böyle bir yetkiyi haiz ise, hastanın bulunduğu ülkede de bu müdahalede bulunma

yöntemlerle yüz yüze teşhis ve tedaviye yakın bir şekilde olumlu sonuç alınmasının mümkün olduğu düşünülebilir. Öte yandan, yabancı ülke uygulamalarına bakıldığında, birçok ülkede bu konuda yasal düzenlemelerin öngörülmesi nedeniyle, bu alanın Türkiye’de de yasa koyucu tarafından doğru şekilde düzenlenmesi gerekliliği önem taşımaktadır. Teknolojik gelişmeler ve pandeminin uzaktan iletişimi zorlayıcı etkisi de dikkate alındığında, kanımızca tele-tıp gibi önemli bir konunun Yönetmelik ile düzenlenmesi isabetli olmamıştır. Zira, sağlık hakkının özellikle Anayasa m. 56 kapsamında güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerden birisi olduğu dikkate alındığında, temel hak ve özgürlüklere ilişkin tüm kısıtlamaların, yasal düzenlemelerle gerçekleştirilmesi gerekliliği, öncelikle Anayasal bir zorunluluktur. Kaldı ki, yukarıda detaylı şekilde belirtilen hekimin görevini bizzat ifa zorunluluğu ve bu zorunluluğun tele-tıp ile nasıl aşılması gerektiği kanaatimizce yasal düzenlemelerle ile netleştirilmesi gerekli hassas bir meseledir. Dolayısıyla, Türkiye’de yasa koyucunun tele-tıp gibi önemli bir olgu bakımından özellikle herhangi bir Yönetmelik yerine, kanuni düzenleme ile tele-tıp uygulamaları açısından hangi tıp branşlarının uygulanabilir olduğu, bu kapsamda aydınlatılmış onamin uzak mesafedeki hastalardan hangi yöntemlerle alınabileceği, tele-tıp konusundaki iletişim araçları açısından teknolojik altyapının nasıl olması gerektiği vb. benzeri hukuki meselelerin yasal bir düzenleme ile detaylı şekilde düzenlenmesinin daha doğru bir yöntem olabileceği değerlendirilmiştir.

<sup>26</sup> Çalışma konumuzun sınır ötesi tele-psikiyatri uygulamaları olduğu dikkate alındığında, konumuzu ilgilendirmesi açısından belirtilmelidir ki, bahsi geçen Yönetmelik m. 14/f. 1(d) uyarınca, kural olarak, Türkiye’de meslek ifasına yetkili olmayan sağlık mensupları tarafından uzaktan sağlık hizmeti verilmesi yasaklanmıştır. Başka bir ifade ile, tele-tıp uygulamaları açısından, sadece Yönetmelik hükümlerine göre faaliyet izni alan sağlık tesislerindeki sağlık mensupları bu hizmetin verilebileceği anlaşılabilir olup Türkiye’de bu bağlamda online platform olarak kurulmuş girişimlere bu imkânın verilmeyeceği görülmektedir. Ayrıca, yine sınır ötesi tele-tıp uygulamaları açısından Yönetmelik düzenlemelerine bakıldığında, Yönetmelik’in 15. maddesinde sadece uluslararası sağlık turizmi yetki belgesi almış olan sağlık tesislerince, ilgili mevzuat kurallarına uygun olarak, uluslararası sağlık turizmi ve turistlerin sağlığı kapsamında uzaktan sağlık hizmeti verilebileceği düzenlenmiştir. Dolayısıyla, Yönetmelik hükümleri açısından aslında tele-tıp aslında kural olarak Sağlık Bakanlığı nezdinde faaliyet izni alan sağlık tesislerinin hizmet alanına girmekte iken sağlık turizmi, bu kuralın istisnası olarak öngörülmektedir. Bu kapsamda, sınır ötesi tele-tıp ve bu çalışma özelinde sınır ötesi tele-psikiyatri uygulamalarının sağlık turizmi kapsamında online platformlar aracılığıyla gerçekleştirilebileceği sonucuna varılmıştır. Yönetmelik için bkz. <<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2022/02/20220210-2.htm>> (E.T.: 22.03.2022).



yetkisinin bulunduğu kabul edilmesi gerektiğine dikkat çekmiştir<sup>27</sup>. Görüşümüze göre, tıp hukuku açısından konuya bakıldığında salt tele-psikiyatri hizmeti veren yurtdışındaki bir psikiyatristin, hastasının ülkesinde tıp diploması ve aldığı uzmanlık eğitiminin geçersiz olduğunu kabul etmek hem teknolojik gelişmelerin sağladığı imkanlar hem de gerçekten tele-tıp uygulamasına ihtiyaç duyabilecek hastalar bakımından uygun bir yaklaşım olmayacaktır.

Pragmatik açıdan konuya bakıldığında, kanaatimizce yukarıda Hakeri ve Doğramacı gibi yazarların da görüşlerinden de hareketle, sınır ötesi tele-psikiyatri uygulamaları açısından bu konuda mevzuat noktasında netlik kazanıncaya dek, farklı ülkedeki bir hekimin yurtdışındaki hastasına tele-psikiyatri hizmeti vermesine olanak tanınması gerektiği sonucuna varılmaktadır.

### III. SINIR ÖTESİ TELE-PSİKİYATRİ UYGULAMALARI AÇISINDAN DİKKATE ALINABİLECEK BAZI HUKUKİ MESELELER

Tele-tıp açısından yukarıda özellikle Türk Hukuku bakımından konuyu ilgilendirilebilecek bazı hukuksal düzenlemelere yer verilmekle beraber, özellikle çalışmanın odak noktasının psikiyatri hizmetlerinin teknolojik araçlar vasıtasıyla gerçekleştirilmesi olduğu dikkate alındığında, literatür<sup>28</sup> açısından da bu kapsamda cevaplanması amaçlanan bazı meseleler şunlardır: Sınır ötesi tele-psikiyatri uygulamalarında aydınlatılmış onam hukuken nasıl alınacaktır? Sınır ötesi tele-psikiyatri uygulamaları açısından hasta verilerinin kötüniyetli kişilerce ele geçirilmesi halinde, kişisel verilerin korunması hukuku ve bilgi güvenliği açısından web sitesi ve/veya mobil uygulama hizmeti veren platformların ve psikiyatristlerin hukuki sorumluluk rejimi nasıl belirlenecektir? Psikiyatristin hata ve ihmali sonucunda hastanın tele-psikiyatri hizmeti nedeniyle zarara uğraması halinde malpraktis bakımından hekimin sorumluluğunun kapsamı nedir? Böyle bir malpraktis durumunda, başlatılacak hukuki süreç açısından yetkili mahkeme ve uygulanacak hukuk nasıl belirlenecektir? Sınır ötesi tele-psikiyatri uygulamaları açısından,

<sup>27</sup> Hakeri, s. 1024.

<sup>28</sup> Özellikle doktrinde tele-tıp uygulamalarına yönelik aydınlatılmış onam (uzaktan terapi uygulamasında, hasta bilgilendirmesinin riskleri ve faydaları), hasta mahremiyeti ve gizlilik, kişisel verilerin korunması ve güvenlik, malpraktis ve hekimin profesyonel sorumluluğu, tıbbi hizmetlerden eşit şekilde yararlanma gibi bazı hukuki meselelerin tartışıldığı görülmüştür. Bkz. Solimini ve diğerleri, s. 4.

sigorta kapsamında ele alınması gereken düzenlemeler nelerdir? Ve son olarak uzaktan mesafenin gündeme getirdiği diğer mesele olan tele-psikiyatri hizmeti veren bir psikiyatrist hastasına düzenlediği e-reçete sonucunda hasta farklı ülkede bulunmasına rağmen, e-reçete sayesinde farklı ülkedeki bir ilacı edinme imkanından yararlanabilir mi?

Bu çerçevede, makale kapsamında yukarıda yer verilen hukuki meselelerin her biri ayrı bir alt başlık altında cevaplanmaya çalışılmıştır:

#### A. Sınır Ötesi Tele-Psikiyatri Uygulamalarında Aydınlatılmış Onam

Hekim ve hasta arasındaki ilişkiler bakımından en önemli hususlardan birisi, hiç kuşkusuz hastaya uygulanacak teşhis ve tıbbi müdahaleler açısından aydınlatılmış onamın alınması gerekliliğidir. Aydınlatılmış onam; hekim tarafından tüm tedavi sürecinin ve bu tedavinin riskleri ve faydalarının hastaya yeterli ve uygun şekilde açıklanması ve hasta tarafından hiçbir tereddüde mahal vermeyecek şekilde anlaşılması akabinde, gerçekleştirilecek tıbbi müdahalenin hasta tarafından gönüllü olarak kabul edilmesi şeklinde tanımlanabilir<sup>29</sup>. Doktrinde baskın görüş, uzman bir hekim olan psikiyatristin, tıp mesleğinin etiği gereği olarak da, aydınlatılmış onam alması gerektiği yönündedir<sup>30</sup>.

Çalışmamızın odak noktasının sınır ötesi tele-psikiyatri uygulamaları olması sebebiyle, farklı ülkelerde bulunan hekim ve hastanın bir mobil uygulama veya web sitesi üzerinden online şekilde bağlantı kurması nedeniyle, bu durumda aydınlatılmış onamın nasıl alınması gerektiği meselesi irdelenmelidir.

<sup>29</sup> Hakeri, s. 330.

<sup>30</sup> Öğretide kimi yazarlar psikiyatride hastalarının aydınlatılması ve onlardan rıza alınmasının zorunlu olmadığını dile getirmişse de, baskın görüş tıp biliminin diğer alanlarında olduğu gibi psikiyatri hastaları bakımından da bu konuda herhangi bir istisna olmadığı yönündedir. Hakeri tarafından isabetli bir şekilde psikiyatri hastalarının ruhsal durumları itibarıyla aydınlatılmalarının anlamsız olduğu ve rıza yeteneklerinin bulunmadığı durumlarda dahi hukuken kanuni temsilcilerinin aydınlatılması ve rızalarının alınması gerektiğine dikkat çekilmiştir. Bu konuda psikiyatri hastalarından da aydınlatılmış onam alınması gerektiğini savunan görüş için bkz. Hakeri, s. 423, Günday, s. 159, Yasemin Oğuz 'Psikiyatride Onam Ve Aydınlatılmış Onam Etik, Hukuk ve Bilim Açısından' Ankara Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü Tıp Fakültesi Deontoloji Anabilim Dalı, Doktora Tezi [1994], ilgili teze internet üzerinden ulaşmak için bkz. <<https://dspace.ankara.edu.tr/xmlui/handle/20.500.12575/37159>> (E.T.: 08.04.2022) Karşı görüş için bkz. Faik Çelik, "Soru-Cevaplarla AO", *Aydınlatılmış Onam, Sorularla ve Cevaplarla*, Faik Çelik (Ed.), Konya-Karaman Tabip Odası Yayını, 2006, s. 60.

Öncelikle doktrinde de aydınlatılmış onamın şekli konusunda yazılı bir şekil şartı aranmamasına rağmen, aydınlatılmış onamın yazılı yapılmasının ispat açısından hekime kolaylık sağlayacağı belirtilmektedir<sup>31</sup>.

Tıbbi uygulama sürecinde hastanın bilgilendirilmesi ve aydınlatmaya dayalı rızasının alınması önemlidir. Aydınlatmaya dayalı olmaksızın alınan rıza hukuken geçersizdir<sup>32</sup>. Türkiye Tabipler Birliği Meslek Etiği Kuralları'nın 26. maddesinde, "Hekim hastasının sağlık durumu ve konulan tanı, önerilen tedavi yöntemlerinin türü, başarı şansı ve süresi, tedavi yönteminin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler ve ilaçların kullanılışı ve olası yan etkileri, hastanın önerilen tedaviyi kabul etmemesi durumunda hastalığın yaratacağı sonuçlar, olası tedavi seçenekleri ve riskleri konularında aydınlatılır" şeklinde belirtilmek suretiyle, hastanın bilgilendirilmesinin zorunlu olduğu öngörülmüştür<sup>33</sup>.

Hastanın tıbbi uygulama konusunda ne kadar bilgilendireceği ve aydınlatmanın kapsamı, her olayın kendine özgü şartları çerçevesinde değerlendirilmelidir<sup>34</sup>. Hastanın ne ölçüde ve ne şekilde bilgilendirilmesi gerektiği Hasta Hakları Yönetmeliği<sup>35</sup>'nin 15. maddesinde düzenlenmiş olup anılan düzenlemeye göre hastaya;

- i. Hastalığın muhtemel sebepleri ve nasıl seyredeceği,
- ii. Tıbbi müdahalenin kim tarafından nerede, ne şekilde ve nasıl yapılacağı ile tahmini süresi,
- iii. Diğer tanı ve tedavi seçenekleri ve bu seçeneklerin getireceği fayda ve riskler ile hastanın sağlığı üzerindeki muhtemel etkileri,
- iv. Muhtemel komplikasyonları,
- v. Reddetme durumunda ortaya çıkabilecek muhtemel fayda ve riskleri
- vi. Kullanılacak ilaçların önemli özellikleri,
- vii. Sağlığı için kritik olan yaşam tarzı önerileri,

<sup>31</sup> Munise Gülen Kurt, "Tıbbi Müdahalelerde Aydınlatılmış Onam", *TBB Dergisi*, 146 (1897), 2020, s. 187-218.

<sup>32</sup> Özdemir, s. 62.

<sup>33</sup> [https://www.ttb.org.tr/kutuphane/h\\_etikkural.pdf](https://www.ttb.org.tr/kutuphane/h_etikkural.pdf) (E.T.: 07.04.2022).

<sup>34</sup> Özdemir, s. 62.

<sup>35</sup> Hasta Hakları Yönetmeliği, RG 01.08.1998/23420: <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=4847&MevzuatTur=7&MevzuatTertip=5> (E.T.: 04.04.2022).

viii. Gerektiğinde aynı konuda tıbbi yardıma nasıl ulaşılabileceği, hususlarında da bilgi,

verilir<sup>36</sup>.

Aynı yönetmeliğin 18. maddesine göre bilginin, mümkün olduğunca sade, tereddüt ve şüpheye yer verilmeden, hastanın sosyal ve kültürel düzeyine uygun olarak anlayabileceği şekilde verileceği düzenlenmiştir. Aydınlatma yükümlülüğü, hekimin hastaya karşı yükümlülüklerinden birisi olduğu için, hekim bu konuda hastanın menfaatlerini göz önüne alarak, mümkün mertebe tıbbi müdahale sürecinin gerekli tüm detaylarını hastanın anlaması için her türlü kolaylığı ve imkânı yaratmalıdır<sup>37</sup>. Ancak farklı ülkelerde bulunan hekimler ve hastalar açısından, aydınlatılmış onam için fiziken çıktı alma ve imzalatma imkânı olmayan hekim, aydınlatılmış onamı hastadan nasıl almalıdır? Doktrinde bu konuda farklı görüşlere bakıldığında, Hakeri her ne kadar aydınlatma ve rıza hususunda yazılı olma koşulu bulunmamakta ise de, ispat şekli açısından hekimlere hastanın yazılı rızasını almalarını tavsiye etmektedir. Yazar, özellikle modern uygulamaları dikkate alarak aşamalı aydınlatma denilen; ilk aşamada hekim tarafından hastaya önceden hazırlanmış ve tıbbi müdahaleye ilişkin temel bilgileri

<sup>36</sup> Aşağıda görüleceği üzere, özellikle 4.2. altbaşlıkta malpraktis ile ilgili milletlerarası özel hukuk kapsamında hangi mahkemelerin yetkili olduğu konusunda ayrıntılı açıklamalara yer verilmişse de, konunun açıklığa kavuşturulması gereken bir başka boyutu özellikle sınır ötesi tele-psikiyatri uygulamalarında aydınlatılmış onam bakımından uygulanacak hukuk hekimin bulunduğu yer hukukuna göre mi yoksa hastanın bulunduğu yer hukukuna göre mi tayin edileceği meselesidir. Bu noktada, kanaatimizce uygulanacak hukuk açısından, özellikle hastanın Türk, tele-psikiyatri hizmetini veren hekimin ise yurt dışında ve yabancı uyruklu bir kişi olması halinde; aydınlatılmış onam açısından hangi hukuk sistemine geçerlilik tanınacağı değerlendirilmelidir. Bu kapsamda, özellikle tarafların sözleşme ile Türk Hukuku'ndan farklı bir hukuk sistemini uygulanacak hukuk olarak tayin etmeleri halinde, hastanın Türk olduğunu dikkate almak suretiyle, kanaatimizce Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 15. maddesi kapsamında aydınlatılmış onamın içeriğini MÖHUK m. 31 kapsamında hukuken "doğrudan uygulanan kurallar" olarak kabul etmek isabetli bir yaklaşım olacaktır. Başka bir ifade ile, kanaatimizce taraflar aydınlatılmış onamın içeriği ile ilgili olarak her ne kadar yabancı bir hukuk sistemi ile Türk hukukundan daha az detay içeren bir hukuk düzenlemesini kabul etmişler ise de, özellikle hukuken hastanın hekim ile olan ilişkisinde zayıf olan ve bu nedenle menfaatleri gözetilmesi gereken taraf olduğu dikkate alındığında, Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 15. maddesine etki tanınabilecektir. MÖHUK m. 31'de özellikle sözleşmeden doğan bir ilişkiye tabi olduğu hukukun uygulanması noktasında, yasa koyucu sözleşme ile sıkı ilişkili olması koşulu ile üçüncü bir devletin hukukun doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınmasına imkan tanıdığından tarafların sözleşme ile uygulanacak hukuk bakımından yabancı bir hukuk sistemine geçerlilik tanımalarına rağmen aydınlatılmış onamın içeriği bakımından her halükarda Türk Hukuku'nun uygulanabileceği sonucuna varılacaktır.

<sup>37</sup> Kurt, s. 209.

içeren bir belgenin verilmesinin ve daha sonraki aşamada ise, hasta ile aydınlatma konuşması yapılmasının, önerilen bir uygulama olacağını ifade etmektedir<sup>38</sup>. Aydınlatılmış onam, psikiyatrik tedavilerde özellikle hastaların psikofarmakolojik tedavi uygulamalarının yan etkileri, ruh hastalıkları ve tedavi yöntemleri konusunda yanlış bazı fikirlere sahip olmalarının önlenmesi açısından önem taşımaktadır<sup>39</sup>. Doktrinde Raveesh ve Munoli, sınır ötesi tele-psikiyatri uygulamalarında, aydınlatılmış onamın, video veya ses kaydı olarak alınabileceğini ve tele-psikiyatri hizmetine başlanılmadan önce hastanın bu hizmetin avantajları ve dezavantajları ile psikiyatrik tedavi yöntemine ilişkin detaylı şekilde hastanın bilgilendirilmesi gerektiğini belirtmiştir<sup>40</sup>. Solimini ve diğerleri ise, hastaların tele-tıp hizmetlerinden yararlanma durumunda, hekimin hastasından şifahi aldığı rızanın özellikle hekimce medikal kayıtlar kapsamında kaydedilebileceğini ifade etmiştir<sup>41</sup>. Söz konusu yazarlara göre, aydınlatılmış onam için hekimin elektronik ortamda hazırlanmış bir onam formunu hastaya yine elektronik ortamda imzalatmak istemesi durumunda, hastanın bu hususta kullandığı portalın teknolojik açıdan elektronik imza almaya uygun olması gerekmektedir<sup>42</sup>. Ancak bahsi geçen yazarlar, bu konuda tele-tıp hizmetlerinin verilebilmesi açısından mutlaka imzalı aydınlatılmış onam formunun beklenilmesi gerektiğini, tele-tıp sürecine başlanabilmesi açısından bu konuda hastanın bulunduğu yerdeki bir müdavi bir hekim tarafından da şifahi aydınlatılmış onamın alınabileceğini ifade etmişlerdir<sup>43</sup>. Bunun dışında yurtdışı uygulamalarına bakıldığında, tele-tıp hizmetlerinde aydınlatılmış onam açısından dijital imza, elektronik imza veya elektronik arşiv denilen hastadan elektronik ortamda imza alınmasına yönelik uygulamaların yaygın şekilde kullanıldığı gözlemlenmiştir<sup>44</sup>. Elektronik imza,

<sup>38</sup> Hakeri, s. 402 vd.

<sup>39</sup> Günday, s. 159 vd.

<sup>40</sup> Bevinahalli Nanjegowda Raveesh / Ravindra Neelakanthappa Munoli, "Ethical and Legal Aspects of Telepsychiatry", *Indian Journal of Psychological Medicine*, 42 (5), 2020, s. 63-69.

<sup>41</sup> Solimini ve diğerleri, s. 8.

<sup>42</sup> Solimini ve diğerleri, s. 8.

<sup>43</sup> Solimini ve diğerleri, s. 8.

<sup>44</sup> Yurtdışında bu konudaki uygulamalara bakıldığında örneğin DocuSign ve Castor gibi farklı elektronik imza uygulamalarının kullanılabilirliği görülmüştür. Bu konuda her iki örnek için de bkz. <[https://research.columbia.edu/sites/default/files/content/HRPO/E-consent%20guidance%20FINAL%2006%2011%2021%20\(1\).pdf](https://research.columbia.edu/sites/default/files/content/HRPO/E-consent%20guidance%20FINAL%2006%2011%2021%20(1).pdf)> (E.T.: 18.04.2022) ve <https://doxy.me/en/blog/articles/teleconsent/> (E.T.: 18.04.2022) Ayrıca teknolojik ve hukuki açıdan e-sağlıkta elektronik imza (e-signature), mobil imza (m-signature), uzaktan imza (remote signature) ve evrensel elektronik imza (universal electronic signature) yöntemleri ile ilgili

elektronik bir ortamda bilginin orijinalliğini muhafaza ederek ve aynı zamanda taraf kimliklerinin doğru bir şekilde saptanarak karşı tarafa iletilmesini temin eden harf ve sembollerden oluşan bir veri seti şeklinde tanımlanabilir<sup>45</sup>. Türkiye’de bu konuda mevzuata bakıldığında ise, 5070 Sayılı Elektronik İmza Kanunu (“EİK”)<sup>46</sup> m. 3/f. 1/b’de elektronik imza, başka bir elektronik veriye eklenen veya elektronik veriyle mantıksal bağlantısı bulunan ve kimlik doğrulama amacıyla kullanılan elektronik veri şeklinde tanımlanmıştır. Anılan kanunun 4. maddesinde ise, güvenli elektronik imza açısından; münhasıran imza sahibine bağlı olması, sadece imza sahibinin tasarrufunda bulunması ve güvenli elektronik imza oluşturma aracı ile oluşturulması, nitelikli elektronik sertifikaya dayanarak imza sahibinin kimliğinin tespitini sağlaması ve imzalanan elektronik veride sonradan herhangi bir değişiklik yapıp yapılmadığının tespitini sağlaması gibi bazı koşulların bulunması gereklidir. Yine aynı kanunun 5. maddesinde, güvenli elektronik imzanın, elle atılan imza ile aynı hukuki sonucu doğuracağı hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla, görüşümüze göre sınır ötesi tele-psikiyatri uygulamalarında hastanın teknolojinin verdiği imkanlar neticesinde alelade dijital imzası yerine, ispat şeklinin yerine getirilebilmesi açısından “güvenli elektronik imza” şeklinde alınması önem taşımaktadır<sup>47</sup>.

Yine görüşümüze göre, aydınlatılmış onam bakımından blokzincir teknolojisinin getirdiği imkanlardan yararlanılması özellikle işlem güvenliği ve hız açısından fayda sağlayacaktır. Bu bağlamda, sınır ötesi tele psikiyatri

ayrıntılı bilgi için bkz. Leyla Keser Berber / Mahir Ünlü /ve Cüneyd Er, *Elektronik Sağlık Kayıtları Ve Özel Hayatın Gizliliği*, 1. Bası, Karakter Color, 2019, s. 74 vd.

<sup>45</sup> <https://www.mtopaloglu.av.tr/img/makaleler/elektronik-imza-441.pdf> (E.T.: 19.04.2022).

<sup>46</sup> Elektronik İmza Kanunu, Kanun Numarası: 5070, Kabul Tarihi: 15.01.2004, RG 23.01.2004/25355

<sup>47</sup> Aydınlatılmış onamın, hastadan “güvenli elektronik imza” şeklinde alınması EİK m. 5 bağlamında ıslak imza ile hukuken aynı sonucu doğuracaktır. Ancak, bu uygulamanın günümüzdeki teknolojik şartlar çerçevesinde hastalar açısından ne kadar pratik bir uygulama olacağı ayrı bir tartışma konusudur. Şöyle ki, somut bir örnek üzerinden ilerlemek gerekirse, örneğin avukatların adliye sistemine entegre olma açısından sık kullandıkları bir yazılım olan UYAP sistemine bağlanmaları, harici bellek şeklindeki cihaz ile sağlanmakta olup avukatların bu kapsamda gerçekleştirdikleri işlemler EİK m. 5 kapsamında güvenli elektronik imzanın şartlarını karşılamaktadır. Ne var ki, yurt dışında bulunan bir hastanın, bu şekilde bilgisayara taktığı harici bir cihaz yardımıyla kullandığı güvenli elektronik imzası ile, elektronik şekilde oluşturulmuş aydınlatılmış onamı sistem üzerinde mühürlemesi; işin maliyeti gereği bazı hastaların bu teknolojiye yatkın olmaması nedeniyle bazı problemlere sebebiyet verebilecektir. Bu nedenle, yine kanaatimizce özellikle tele-tıp hizmetlerine yönelik olarak yasal bir değişikliğe gidilerek güvenli elektronik imza yerine daha basit şekilde dijital ortamda imza alınmasına olanak tanınması daha isabetli bir yaklaşım olacaktır.

uygulamaları açısından, blokzincir teknolojisindeki<sup>48</sup> akıllı sözleşmeler<sup>49</sup> vasıtasıyla:

i. öncelikle aydınlatılmış onam metninin blokzincir ağındaki akıllı sözleşmeler vasıtasıyla hastalarla otomatik olarak elektronik ortamda paylaşılması ve,

<sup>48</sup> En basit şekliyle, internetin nasıl global anlamında bir bilgi paylaşımına imkân verdi ise, blokzincir teknolojisinin de global anlamda bir değer paylaşımına imkân verdiği belirtilebilir. Özellikle kamuoyunda bu teknolojinin yıkıcı etkisinden bahsedilmesinin en büyük sebeplerinden birisinin, blokzincirin devlet gibi bazı merkezi karar alma birimlerine ve araçlara ihtiyaç olmaksızın iktisadî açıdan değeri olan bir varlığın bireyler arasında transfer edilmesine olanak sağlaması olduğu düşünülmektedir. Blokzincir teknolojisinin temeli, Satoshi Nakamoto isimli kimliği bilinmeyen kişi/kişilerce 2008 yılında ilk kez bir makalesinde atılmıştır. Ancak sonraki süreçte ise, blokzincir teknolojisi başta Bitcoin ve daha sonraki süreçlerde ise farklı altcoinlerin de yaygınlık kazanması ile tüm dünyada başta finans sektörü olmak üzere geleneksel ödeme sistemlerinden farklı bir yaklaşım benimsenmesine sebebiyet vermiştir. En yalın haliyle blokzincir, sürekli şekilde yeni birtakım işlemlerin bloklar şeklinde zincirleme olarak eklenmesi sonucunda dağıtık bir veri tabanında tüm verilerin kaydedildiği bir teknolojik olgu olarak tanımlanabilir. Blokzincir teknolojisi ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Vedat Güven / Erkin Şahinöz, *Blokzincir Kripto Paralar Bitcoin*, Kronik, 7. Bası, 2021, s. 43 vd., Gülçin Büyüközkan Feyzioğlu, “Teknolojide Yeni Çağın Başlangıcı” Eylem Aksoy Retornaz /Osman Gazi Güçlütürk (Ed.), *Gelişen Teknolojiler Ve Hukuk I: Blokzincir*, On İki Levha Yayıncılık, 2020 s. 1 vd., Fatih Bilgili / Fatih Cengil, *Blockchain ve Kripto Para Hukuku*, 1. Bası, Dora, 2019, s. 1 vd.

<sup>49</sup> Akıllı sözleşmelerin mucidi bilgisayar bilimcisi ve hukukçu Nick Szabo tarafından ilk kez aslında klasik anlamda bir sözleşme olarak değil, bir algoritma olarak düşünülmüştür. 1990 yıllarda akıllı sözleşme fikrini ilk kez ortaya atan Szabo, taraflarca kararlaştırılan hüküm ve koşulların otomatik şekilde icra edildiği bir algoritma olduğunu belirtmiştir. Bu fikri ortaya atan Szabo'nun bulunduğu zaman itibarıyla hiç kuşkusuz, akıllı sözleşme blokzincir teknolojisi altyapısında düşünülmemiştir. Bugün itibarıyla akıllı sözleşmeler, aslında adında belirtildiği şekilde ne akıllı ne de sözleşmesel bir olgudur. Zira, akıllı sözleşmelerdeki “akıllı” kavramı, aslında bu sözleşmelerin zeki niteliğini değil, otomatik şekilde icra edilebilirliğini ifade etmektedir. Akıllı sözleşme kurumundaki “sözleşme” kavramından ise, bu olgunun sözleşme değil, bir yazılım kodu olduğu anlaşılmalıdır. Akıllı sözleşme, taraflarca önceden belirlenen şartlar çerçevesinde kendiliğinden icra edilebilir şekilde kodlanmış bir anlaşma olarak tanımlanabilir. Çalışmamızın merkezinde sınır ötesi tele-psiikiyatri hizmetleri olması nedeniyle sadece akıllı sözleşmelerin bu hizmetlerin daha etkin sağlanması açısından işlevsel bir araç olduğu düşünülerek değinilmiş olup konunun özünden uzaklaşılması amacıyla bu aşamada salt bu bilgilere yer verilmesi uygun görülmüştür. Akıllı sözleşmeler ile ilgili ayrıntılı hukuki değerlendirmeler konusunda bkz. Akıllı sözleşmelerle ilgili detaylı değerlendirmeler ve bu kapsamdaki akademik çalışmalardan bazıları için bkz. Mesut Serdar Çekin, “Borçlar Hukuku ile Veri Koruma Hukuku Açısından Blockchain Teknolojisi ve Akıllı Sözleşmeler: Hukuk Düzenimizde Bir Paradigma Değişimine Gerek Var mı?”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 77(1), 2019, s. 315-341 vd; Kadir Berk Kapanıcı, “Özel Hukuk Penceresinden Blokzincir: Sanal Para (Varlık) Değerleri Ve Akıllı Sözleşmeler Üzerine Değerlendirmeler”, *Gelişen Teknolojiler Ve Hukuk I: Blokzincir Ve Hukuk*, Eylem Aksoy Retornaz/Osman Gazi Güçlütürk (Ed.), 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 163-213; Mete Tevetoğlu, “Ethereum Ve Akıllı Sözleşmeler”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 12(1), 2021, s. 193-196.

ii. hastanın sistem üzerinden aydınlatılmış onam metnine onay vermesi akabinde, akıllı sözleşme mekanizması otomatik olarak hastanın sisteme kaydının yapılması<sup>50</sup>,

iii. ve tüm bu aşamaların tamamlanması akabinde ise psikiyatrist ve hastanın terapi görüşmelerine geçmesi,

günümüz teknolojisinin sağladığı imkanlar çerçevesinde uygun ve güvenli bir yol olarak düşünülebilir. Yurt dışı örneklerinde de görüldüğü üzere, böylece tele-tıp hizmetini veren platformlar blokzincir teknolojisinin güven unsurundan faydalanarak, sistem üzerinde hızlı ve güvenli bir şekilde aydınlatılmış onam almış olacak ve hastaların hassas nitelikteki kişisel veri olarak kabul edilen kişisel sağlık verilerinin güvenliği, blokzincir teknolojisi ile güvence altına alınacaktır<sup>51</sup>. Blokzincir üzerinde akıllı sözleşmeler vasıtasıyla, hastadan aydınlatılmış onamın sistem üzerinde alınması akabinde ise, kanaatimizce hekim ve hasta arasında aydınlatılmış onam konusunda ayrıca bir tele-konferans görüşmesi gerçekleştirilerek bu konuda hekimin hastasını ayrıntılı şekilde bilgilendirmesi her iki taraf açısından da daha güvenli bir yaklaşım olacaktır.

## B. Tele-Psikiyatride Kişisel Sağlık Verilerin Korunması, Yurt Dışına Aktarımı ve Online Platformlar ile Psikiyatristlerin Bilgi Güvenliği Kapsamındaki Sorumluluğu

Günümüzde web sitesi ve mobil uygulama şeklindeki tele-psiikiyatri uygulamalarının çoğu kez kullanıcıların sisteme kaydı yapılırken veya kaydı

<sup>50</sup> Burada teknolojik açıdan akıllı sözleşme denilen bilgisayar kodları aracılığıyla blokzincir ağına bağlı bir sistem üzerinden; kademeli şekilde ve otomatik olarak elektronik ortamda aydınlatılmış onamın platform üzerinden hastaya iletilmesi, hastanın onay vermesi halinde hastanın sisteme kaydı ve akabinde ise psikiyatrist ile hastanın görüşmelerine online sistem üzerinden başlanması gibi bazı adımlar izlenmektedir. Akıllı sözleşmelerin bu konudaki en önemli avantajı, sistemin kodlar aracılığıyla ilerleme kaydetmesi sebebiyle bir işlem tamamlanmadan diğerine geçilmemektedir ve tüm adımlar kodlar tarafından otomatik şekilde icra edilebilir haldedir.

<sup>51</sup> Doktrinde, özellikle Ethereum platformundaki akıllı sözleşmeler vasıtasıyla tele-sağlık hizmetlerinden blokzincir ağı içerisinde bulunan tüm paydaşların sistemden daha şeffaf bir şekilde faydalanabileceği, hastaların bu sayede tedavi süreçleri bakımından her aşamada detaylı bilgilendirilmelerinin mümkün olabileceği ve kişisel sağlık verilerinin bu teknoloji sayesinde daha güvenli bir ortamda saklanabileceği ifade edilmektedir. Bu konuda ayrıntılı değerlendirme için bkz. Ahd Abugabah / Nishara Nizamuddin / Ahmad Ali Alzubi, “Decentralized Telemedicine Framework for a Smart Healthcare Ecosystem”, *IEEE Access*, 8(338), 2020, s.166577. Söz konusu makaleye internet üzerinden erişim için bkz. <<https://ieeexplore.ieee.org/document/9186603>> (E.T.: 01.04.2022).

dahi olmaksızın online terapilere başlanılmadan önce kişisel sağlık verilerinin sistem üzerinden alınabildiği görülmektedir<sup>52</sup>.

6648 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun (“KVKK”)<sup>53</sup> kapsamında kişisel veri<sup>54</sup>, kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi olarak tanımlanmaktadır.

Kişisel Sağlık Verilerinin İşlenmesi ve Mahremiyetinin Sağlanması Hakkında Yönetmelik (“Yönetmelik”)<sup>55</sup> hükümleri çerçevesinde kişisel sağlık verisi ise, kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü sağlık bilgisi olarak tanımlanmıştır. Bu itibarla, kişinin fiziksel ve ruhsal sağlığına ilişkin her türlü veri ile kişiye sunulan sağlık hizmeti ile bilgi de kişisel sağlık verisi kapsamında değerlendirilebilecektir<sup>56</sup>. Bu itibarla, tele-psikiyatri uygulamaları ile web sitesi veya mobil bir uygulama üzerinden kişilerin daha önceden terapi tedavisi görüp görmedikleri, kullandıkları ilaçlar, psikolojik durumlarına yönelik yöneltilen sorular kişisel sağlık verisi olarak değerlendirilmeli ve KVKK kapsamında bazı istisnalar dışında bu verilerin

<sup>52</sup> Örnek vermek gerekirse, <https://www.betterhelp.com> adlı sınır ötesi bir tele-psikiyatri uygulaması olduğu düşünülen web sitesinde, henüz hasta adaylarının sisteme kaydolmadan önce:

- daha önce terapi alıp almadıkları,
- neden terapi almayı düşündükleri,
- en son ne zaman intiharı düşündükleri,
- intihar planları yapıp yapmadıkları

gibi bazı spesifik soruların yöneltildiği görülmektedir. Görüldüğü üzere, Amerikan menşeli bir platform olduğu anlaşılan bu uygulama ile aslında dünyanın birçok farklı yerinden terapi almak isteyen kişilerin kişisel sağlık verisi olarak addedilebilecek birtakım bilgileri talep edilmektedir. Görüşümüze göre, bu uygulamalar açısından özellikle, terapi almak isteyen kişilerin hangi ülkede olduğuna bağlı olarak o mevzuatta öngörülen verilerin yurt dışına aktarımı ve kişisel sağlık verilerinin işlenmesi ile ilgili kurallara, ilgili platformlar tarafından uyulmalıdır. Bu durum ise, sınır ötesi tele-psikiyatri hizmeti sunan platformların ve hekimlerin farklı ülke mevzuatlarına uyum bakımından karşılaştığı zorluğu gözler önüne sermektedir.

<sup>53</sup> Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 6698, Kabul Tarihi: 24.03.2016, RG: 07.04.2016/29677

<sup>54</sup> KVKK m. 3/f. 1(d)

<sup>55</sup> Kişisel Sağlık Verilerinin İşlenmesi ve Mahremiyetinin Sağlanması Hakkında Yönetmelik, RG: 20.10.2016/29863: < <https://resmigazete.gov.tr/eskiler/2016/10/20161020-1.htm>> (E.T.: 31.03.2022)

<sup>56</sup> Tıp alanında kişisel veri kavramı/sağlık kişisel verisi/hassas veri/özel nitelikli kişi kavramları bakımından ayrıntılı hukuki değerlendirmeler için bkz. Sabire Sanem Yılmaz, *Tıp Alanında Kişisel Verilerin Korunması*, Seçkin Yayıncılık, 2021,s. 60 vd.

işlenebilmesi açısından kural olarak açık rıza<sup>57</sup> alınmalıdır<sup>58</sup>.

Özellikle dikkat çekmek gerekir ki, tele-psikiyatri uygulamalarının amacı ile; Avrupa geçerli olan Avrupa Veri Koruma Tüzüğü (“GDPR”)<sup>59</sup> ve Türkiye’de yürürlükteki KVKK ve sair mevzuatın verilerin işlenmesi ve yurtdışına aktarımı konusunda öngördüğü esaslar, kimi zaman birbiriyle çelişebilir. Zira, tele-psikiyatri uygulamaları da dahil olmak üzere tele-tıp hizmetleri, hassas veri olarak kabul edilen kişisel sağlık verilerinin genelde ülkeler arasında sınır-ötesi aktarımını içerirken, GDPR ve KVKK benzer şekilde yurt dışına veri aktarımında belirli kurallar ve ek kısıtlamaların yanı sıra, yüksek düzeyde güvenlik önlemleri alınmasını öngörmektedir. Web tabanlı veya mobil uygulama şeklindeki tele-psikiyatri uygulamalarında, yukarıda da belirtildiği üzere uygulamada çoğu kez elektronik ortamda basit bir anket üzerinden, hastaların ruh durumlarına ilişkin soru yöneltilmektedir. Hastaların ise bu sorulara elektronik ortamda verdikleri yanıtları kaydetmeleri neticesinde, kişisel sağlık verilerinin işlenmesi ve hatta yurt dışına aktarımı gündeme gelebilmektedir. Verileri işleme faaliyeti, uygulamada birçok faaliyeti kapsayabilecek nitelikte olup bunlara örnek olarak; verileri otomatik olmayan veya otomatik yollarla toplama, kaydetme, düzenleme, yapılandırma, depolama, uyarlama veya değiştirme, yeniden düzeltme, kullanma, açıklama, aktarma, yayma, erişime açık hale getirme, hizalama, birleştirme, kısıtlama, silme ve yok etme gösterilebilir<sup>60</sup>.

<sup>57</sup> Hassas kişisel veriler bakımından açık rıza alınması ile ilgili detaylı hukuki değerlendirmeler için bkz. Elif Küzeci, *Kişisel Verilerin Korunması*, 4. Bası, On İki Levha, 2021, s. 287

<sup>58</sup> KVKK m. 6’da sağlık ve cinsel hayata ilişkin kişisel verilerin ancak kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbi teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi amacıyla, sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından ilgilinin açık rızası aranmaksızın işlenebileceği düzenlenmiştir. Yukarıda belirtildiği üzere, burada belirtilen istisnai durumlar dışında kişilerin sağlık verilerinin kural olarak açık rıza ile işlenebileceği kabul edilmektedir.

<sup>59</sup> İngilizce’de original ismi ile “*Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament And of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC*” olarak belirtilen Tüzük genel itibarıyla literatürde “*General Data Protection Regulation*” olarak (çalışmada yazar tarafından GDPR olarak anılması tercih edilmiştir) belirtilmekte olup ilgili metne ulaşmak için bkz. <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679>> (E.T.: 31.03.2022)

<sup>60</sup> Lothar Determann, “*Kişisel Verilerin Korunması Uygulama Kılavuzu*”, 1. Bası, On İki Levha, 2020,s. XXIX

Kişisel verilerin yurt dışına aktarımı konusunda, KVKK m. 9<sup>61</sup> kapsamındaki şartlara uygun şekilde<sup>62</sup>:

(i) Veri ilgisinden (bu durumda tele-psikiyatri uygulamalarında hastadan) aktarım konusunda açık rıza alınmalı,

(ii) Veri aktaran ile veri alan arasında taahhütname yapılması ve buna Kişisel Verileri Koruma Kurulu (“Kurul”) tarafından onay verilmeli veya bağlayıcı şirket kuralları hazırlanmalı,

(iii) Kurul tarafından onay sonrasında yurtdışına aktarım gerçekleştirilmelidir.

<sup>61</sup> KVKK m. 9 şu şekildedir:

“(1) Kişisel veriler; ilgili kişinin açık rızası olmaksızın yurt dışına aktarılamaz.

(2) Kişisel veriler; 5 inci maddenin ikinci fıkrası ile 6 ncı maddenin üçüncü fıkrasında belirtilen şartlardan birinin varlığı ve kişisel verinin aktarılacağı yabancı ülkede; a) Yeterli korumanın bulunması, b) Yeterli korumanın bulunmaması durumunda Türkiye’deki ve ilgili yabancı ülkedeki veri sorumlularının yeterli bir korumayı yazılı olarak taahhüt etmeleri ve Kurulun izninin bulunması, kaydıyla ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın yurt dışına aktarılabilir. (3) Yeterli korumanın bulunduğu ülkeler Kurulca belirlenerek ilan edilir.

(4) Kurul yabancı ülkede yeterli koruma bulunup bulunmadığına ve ikinci fıkranın (b) bendi uyarınca izin verilip verilmeyeceğine; a) Türkiye’nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeleri, b) Kişisel veri talep eden ülke ile Türkiye arasında veri aktarımına ilişkin karşılıklı durumunu, c) Her somut kişisel veri aktarımına ilişkin olarak, kişisel verinin niteliği ile işleme amaç ve süresini, ç) Kişisel verinin aktarılacağı ülkenin konuyla ilgili mevzuatı ve uygulamasını, d) Kişisel verinin aktarılacağı ülkede bulunan veri sorumlusu tarafından taahhüt edilen önlemleri, değerlendirmek ve ihtiyaç duyması hâlinde, ilgili kurum ve kuruluşların görüşünü de almak suretiyle karar verir.

(5) Kişisel veriler, uluslararası sözleşme hükümleri saklı kalmak üzere, Türkiye’nin veya ilgili kişinin menfaatinin ciddi bir şekilde zarar göreceği durumlarda, ancak ilgili kamu kurum veya kuruluşunun görüşü alınarak Kurulun izniyle yurt dışına aktarılabilir.

(6) Kişisel verilerin yurt dışına aktarılmasına ilişkin diğer kanunlarda yer alan hükümler saklıdır.”

<sup>62</sup> Kişisel verilerin yurt dışına aktarımı ile ilgili şartlar bakımından detaylı hukuki değerlendirmeler için bkz. Murat Volkan Dülger, *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku*, 3. Bası, Hukuk Akademisi, 2020, s. 244, Sevgi Eraslan, “Türk Hukukunda Kişisel Verilerin Yurtdışına Aktarılması Sorunu: Açık Rıza Kapsamında Bir Değerlendirme” *Kırıkkale Hukuk Mecmuası* 1(1), 2021, s. 102. Doktrinde Determann ise Avrupa Veri Koruma Hukuku açısından şirketlerin bir ülkeden başka bir ülkeye veri aktarırken üç engeli aşmaları gerektiğini belirtmiştir: (1) kişisel verilerin toplanması ve işlenmesine ilişkin tüm ulusal yükümlülükleri yerine getirmek, (2) başka bir veri sorumlusuna veri aktarımını gerektirecek veya veri alıcısı şirketin kabul edilen sözleşmesel kısıtlamalarda veri işleyen olarak konumlanmasını sağlamak, (3) veri alıcısı şirketin uygun veri güvenliğini taahhüt etmek. Bkz. Lothar Determann, *Kişisel Verilerin Korunması Uygulama Kılavuzu*, 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 39 vd. Ayrıca bu konuda Kişisel Verileri Koruma Kurumu’nun “Kişisel Verilerin Yurtdışına Aktarımı” isimli rapora ulaşmak için bkz. <https://kvkk.gov.tr/yayinlar/K%C4%B0%C5%9E%C4%B0SEL%20VER%C4%B0LER%C4%B0N%20YURTDI%C5%9EINA%20AKTARILMASI.pdf> (E.T.: 06.04.2022).

Tele-psikiyatri uygulamaları da dahil olmak üzere tele-tıp uygulamalarına bakıldığında, gerek web sitesi üzerinden gerekse mobil bir uygulama üzerinden hastalardan alınan kişisel sağlık verilerinin bu uygulamaları yaratan platformlar aracılığıyla işlendiği ve bulut bilişim vasıtasıyla depolanarak yurtdışına aktarıldığı görülmektedir.

Sonuç itibarıyla, hekim tarafından tele-psikiyatri uygulamalarında hastadan alınacak aydınlatılmış onamın ardından, kişisel sağlık verilerinin işlenmesi ve özellikle yurt dışına aktarımı hususlarında da özellikle açık rıza alınmalıdır.

Ayrıca, konuya milletlerarası özel hukuk perspektifi ile bakıldığında, sınır ötesi tele-psikiyatri hizmetleri bakımından akla gelen diğer bir düzenleme, 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (“MÖHUK”)<sup>63</sup>’un 35. maddesinin üçüncü fıkrasına yönelik düzenlemedir. İlgili düzenlemeye göre, kişisel verilerin işlenmesi veya kişisel veriler hakkında bilgi alma hakkının sınırlandırılması yolu ile kişiliğin ihlâl edilmesinden doğan taleplere, MÖHUK m. 35’in ilk fıkrasının uygulanacağı öngörülmüştür. MÖHUK m. 35/f. 1’de ise kişilik haklarının, basın, radyo, televizyon gibi medya yoluyla, internet veya diğer kitle iletişim araçları ile ihlâlinden doğan talepler bakımından kademeli ve belirli koşullara bağlı olarak; zarar görenin mutad mesken hukuku, zarar verenin işyeri veya mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuku ve zararın meydana geldiği ülke hukuku, uygulanacak hukuk olarak belirlenmiştir. Bu hükmün sınır ötesi tele-psikiyatri hizmetleri bakımından tek uygulama alanının, hastalara dair kişisel sağlık verilerinin üçüncü kişilere hukuka aykırı şekilde sızması durumunda, bu durum kişilik haklarının ihlali şeklinde değerlendirilebileceğinden, söz konusu düzenlemenin uygulanmasının gündeme gelebileceği sonucuna varılmıştır.

Konuya bilgi güvenliği<sup>64</sup> perspektifinden bakıldığında ise, sanal ortamda psikiyatrist ve hastanın farklı ülkelerde gerçekleştirdiği görüşmeler bakımından, özellikle GDPR rejimi ve Türk hukuku açısından, özel (hassas) nitelikli kişisel verilerin elektronik ortamda depolanması ve aktarılması

<sup>63</sup> Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 5718, Kabul Tarihi: 27.10.2007, RG: 12.12.2007/26728

<sup>64</sup> Teknik açıdan bilgi güvenliği, gizlilik, bütünlük ve erişilebilirlik olmak üzere üç unsurdan oluşmakta olup bu konuda teknik ve hukuki değerlendirmeler konusunda bkz. Cemal Araalan, *Teknik ve Hukuki Boyutlarıyla Elektronik Ödeme Sistemlerinde Siber Güvenlik*, 1. Bası, Seçkin, 2021, s. 28 vd.

esnasında, bilgi güvenliği riskleri taşıdığı bilinen bir gerçektir<sup>65</sup>. Türk hukuku açısından; içerik sağlayıcı<sup>66</sup>, yer sağlayıcı<sup>67</sup> ve çoğu kez hizmet sağlayıcı<sup>68</sup> konumunda olan ve hasta ve psikiyatristleri online bir şekilde bir araya getiren platformlar, özellikle verilerin transferi ve depolanması noktasında telekomünikasyon, online ödeme yöntemleri, arama motorları, web hosting hizmetleri ve en önemlisi sağlık verilerinin aktarılması ve depolanması gibi

<sup>65</sup> Bal ve diğerleri, s. 139. Bilgi güvenliği riskinin yanı sıra, sağlık verilerinin kötü niyetli kişilerin eline geçmesinin, kişisel verilerin korunması hukuku açısından farklı yaptırımları söz konusu olabilecektir. Şöyle ki, Kişisel Verileri Koruma Kurulu (“Kurul”)’nun yayınladığı bir karar özetinde, bir sağlık raporunun, tedavi sürecinde yer alan hekimlerce internet ve sosyal medya mecralarında paylaşılması konusunda Kurul tarafından re’sen bir araştırma gerçekleştirilmiş ve bu araştırma sonucunda idari para cezasına hükmedilmiştir. Kurul bir başka kararında ise, doktor kontrolünde ilaç kullanan bir kişinin, sağlık durumu ile ilgili özel nitelikli kişisel verilerin, ilaçları temin ettiği eczane tarafından KVKK uyarınca gerekli şartları taşımaksızın üçüncü kişilerle paylaşılmasının KVKK’ya aykırı olduğu sonucuna varmıştır. Bu konuda detaylı bir hukuki değerlendirme için bkz. Küzeci, s. 554.

<sup>66</sup> 5651 Sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun (“5651 Sayılı Kanun”) m. 2/f. 1/bent f gereğince “içerik sağlayıcı internet ortamı üzerinden kullanıcılara sunulan her türlü bilgi veya veriyi üreten, değiştiren ve sağlayan gerçek veya tüzel kişiler” olarak tanımlanmıştır. Bu bağlamda, online psikiyatri hizmeti sağlayan platformların özellikle internet üzerinden psikiyatrik destek almak isteyen hastalara yönelik sağladıkları her içerik açısından hukuken içerik sağlayıcı olarak addedilmesi fikrimizce mümkündür. 5651 Sayılı Kanun m. 4/f. 1 gereğince içerik sağlayıcı, internet ortamında kullanıma sunduğu her türlü içerikten sorumludur.

<sup>67</sup> 5651 Sayılı Kanun m. 2/f. 1/bent m kapsamında yer sağlayıcı, “hizmet ve içerikleri barındıran sistemleri sağlayan veya işleten gerçek ve tüzel kişiler olarak” tanımlanmıştır. Bu bağlamda, psikiyatrist ile hastaları online uygulamalar ile web siteleri üzerinden sanal ortamda buluşturan platformlar, görüşümüze göre 5651 Sayılı Kanun kapsamında yer sağlayıcı olarak değerlendirilebilecektir. 5651 Sayılı Kanun m. 5/f. 1 kapsamında yer sağlayıcı, yer sağladığı içeriği kontrol etmek veya hukuka aykırı bir faaliyetin gerçekleştirilip gerçekleştirilemeyeceğini araştırmakla yükümlü değildir. 5651 Sayılı Kanun kapsamında, her ne kadar yer sağlayıcının sağlanan içerikler bakımından hukuken sorumlu olmadığı kabul edilse dahi, KVKK kapsamında hastaların sağlık verileri konusunda bir veri sızıntısı meydana gelmesi halinde, ilgili platformlar hukuken “veri sorumlusu” olarak addedileceğinden, 5651 Sayılı Kanun kapsamında hukuken sorumlu sayılmasa dahi, KVKK açısından sorumluluğuna gidilebilecektir.

<sup>68</sup> 6563 Sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun (“ETK”) kapsamında hizmet sağlayıcı, elektronik ticaret faaliyetinde bulunan gerçek ya da tüzel kişi olarak tanımlanmış iken; aracı hizmet sağlayıcı ise, başkalarına ait iktisadi ve ticari faaliyetlerin yapılmasına elektronik ticaret ortamını sağlayan gerçek ve tüzel kişileri ifade etmektedir. (ETK m. 2/f. 1/ç-d). Tele-psikiyatri uygulamalarında ise, çoğu kez gözlemlendiği üzere, sisteme kayıtlı olan psikiyatristlerin daha ziyade hastaları ile bu platformlar aracılığıyla iletişim kurduğu ve hastaların ödemeyi çoğu kez doğrudan psikiyatrist yerine ilgili platforma abone olmak sonucunda gerçekleştirdiği görülmektedir. Bu nedenle yukarıda çoğu kez bu tarz platformların aracı hizmet sağlayıcı olmaktan ziyade hizmet sağlayıcı olarak değerlendirilebileceği kanaatindeyim.

farklı hususlarda hizmet vermektedir. Bu bağlamda, bir hastanede tele-tıp kullanımında sık gündeme gelen kritik düzeydeki güvenlik açıkları; genelde zayıf şifrelemeden, dahili ağlardan ayırmada yaşanan sıkıntılardan, bilgisayar cihazlarındaki kusurlardan, hastane ağına erişmeye elverişli cihazlar ile ilgili envanter eksikliği gibi farklı problemlerden dolayı meydana gelmektedir<sup>69</sup>. Genel itibariyle, tele-tıp bakımından görüşmelerde güvenliğin ve gizliliğin sağlanması için uluslararası görüşme standartlarına uygun video-konferans uygulamalarının kullanılması<sup>70</sup>, mobil sağlık uygulamalarının tasarımdan itibaren gizlilik kurallarına tabi olmasının sağlanması ve bu bağlamda gizlilik artırıcı teknolojilerin (PETs)<sup>71</sup> kullanılıp kullanılmadığının kontrolünün veri sorumlularının sorumluluğunda olduğuna dikkat çekilmiştir<sup>72</sup>. Bu bağlamda, tele-psikiyatri uygulamalarında özellikle hastalara dair sağlık verilerinin (hastaların kullandıkları ilaçlar, görüşme kayıtları, hastaların psikolojik rahatsızlıkları vb.) kötüniyetli kişilerce ele geçirilmesi halinde, kişisel verilerin korunması hukuku bakımından psikiyatrist ve online platformun sorumluluk rejiminin nasıl belirlenmesi gerektiği netliğe kavuşturulması gereken hukuki meselelerden birisidir.

Görüşümüze göre, bu tarz bir veri sızıntısı olması halinde salt online platformun mu yoksa psikiyatrist ile online platformun birlikte “ortak veri sorumlusu”<sup>73</sup> olarak mı sorumlu olarak addedileceği hususu, her somut olay

<sup>69</sup> Yılmaz, s. 2

<sup>70</sup> Zoom.us (healthcare sürümü), vsee, thera-LINK, doxy.me ve securevideo.com gibi bazı video-konferans uygulamalarının ABD’de yürürlükte olan ve kısa adıyla HIPAA (İngilizce orijinal adıyla “Health Insurance Portability and Accountability Act”) olarak anılan Sağlık Sigortası Taşınabilirlik ve Sorumluluk Yasası’nda öngörülen bilgi güvenliği standartlarına uygun olduğu bilinmektedir. HIPAA orijinal metne internet üzerinden erişim için bkz. <<https://www.govinfo.gov/content/pkg/PLAW-104publ191/pdf/PLAW-104publ191.pdf>> (E.T.: 06.04.2022) Bu konuda detaylı bilgi için bkz. <https://psikiyatri.org.tr/2151/iyi-telespsikiyatri-uygulamasi-icin-oneriler> (E.T.: 04.04.2022). HIPAA kapsamında, elektronik sağlık kayıtlarında mahremiyet açısından ayrıntılı hukuki değerlendirme için bkz. Keser / Ünlü / Er, s. 76 vd.

<sup>71</sup> İngilizce’deki orijinal adı “Privacy Enhancing Technologies” anlamına gelen gizlilik artırıcı teknolojiler, kullanım sırasında verinin korunmasını sağlamakla beraber, aynı zamanda araştırma veya analitik çalışmaların gerçekleştirilmesi sırasında gizlilik ve güvenliğin artırılmasını olanaklı hale getirmektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. <<https://bilgiguvende.com/gizlilik-artirici-teknolojiler-pets-nedir-ve-ne-ise-yarar/>> (E.T.: 27.06.2022)

<sup>72</sup> Sabire Sanem Yılmaz, Teletıp ve Sağlık Verilerinin Gizliliğine İlişkin Avrupa Rejimi: <<https://www.linkedin.com/pulse/teletip-ve-gizlilik-sabire-sanem-y%C4%B1lmaz-llm/?originalSubdomain=tr>> (E.T.: 04.04.2022).

<sup>73</sup> Ortak veri sorumlusu kavramına bakıldığında, ortada tek bir veri kayıt sisteminde bulunan

açısından farklılık taşıyabilecek ve bu hususta ancak teknik bir inceleme ile aydınlığa kavuşturulabilecek bir konudur<sup>74</sup>. Psikiyatrist olan hekimlerin sorumluluğu özelinde konuya bakıldığında, öncelikle hekimlerin ve diğer sağlık personelinin sır saklama yükümlülüğünü ihlal etmesi halinde, ceza yasaları açısından bu durum suç olarak nitelendirilebileceği gibi, özel hukuk açısından tazminat sorumluluğunu da gündeme getirebilecektir<sup>75</sup>. Online platformlar bakımından ise sağlık hizmetlerinde özellikle hosting hizmeti bakımından yapay zekâ teknolojisi kullanımının yasaklanması gibi bazı önlemler üzerinde durulmaktadır<sup>76</sup>.

birden çok veri sorumlusu bulunmaktadır. Bu veri sorumlularının ise aynı kayıt sistemi çerçevesindeki veri işleme faaliyetlerinin kullanılan amaç ve araçlar bakımından veri sorumlularınca ortak şekilde belirlenmesi söz konusudur. Bu kapsamda ayrıntılı hukuki değerlendirme için bkz. Murat Volkan Dülger, “GDPR’da Bulunan Ancak KVKK’da Yer Verilmeyen Bir Kavram: Ortak Veri Sorumlusu Kavramı ve Güncel Kararlar Işığında Değerlendirilmesi”: < <https://www.hukukihaber.net/gdprda-bulunan-ancak-kvkkda-yer-verilmeyen-bir-kavram-ortak-veri-sorumlusu-kavrami-ve-guncel-kararlar-isi-ginda-degerlendirilmesi-makale,6898.html>> (E.T.: 04.04.2022)

KVKK kapsamında “ortak veri sorumlusu” kavramı kanun kapsamında tanımlanmamıştır. Ancak Kurul verdiği bir kararda ortak veri sorumlusu konusunda şu değerlendirmelere yer vermiştir:

“Ortak veri sorumlularına ilişkin sorumluluk ve kusur miktarlarının belirlenmesi açısından her halükârda olay bazında veri işleme süreçlerinin incelenmesi; kusurun ve söz konusu veri üzerindeki kontrolün kimde olduğunun tespiti gerekecektir. Ortak veri sorumluları arasında kusurluluk belirlenirken işlenen verinin ilk ve son kullanıcısının kim olduğu; veri girişini kimin yaptığı; hangi amaçla söz konusu verinin girildiği; verinin değiştirilmesine veya silinmesine yahut aktarılmasına kimin karar verdiği; veriyi toplayan dışında kalan veri sorumlularının bu veri ile hangi faaliyetleri gerçekleştirdiği vb. etkenlere dikkat edilecektir.” (Kurul’un söz konusu kararına internet üzerinden erişim için: <<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2022/01/20220120-10.pdf>>, E.T.: 17.05.2022)

<sup>74</sup> Tele-psikiyatri uygulamalarında, genellikle öncelikle hastaların belirli bir web sitesi veya online uygulama (application) üzerinden bazı sorular yöneltilmesi suretiyle verilerinin işlendiği ve hasta olacak kişilerin söz konusu web sitesi veya mobil uygulamaya üye olması akabinde, psikiyatri ile hasta arasında terapi görüşmelerine başlanıldığı gözlemlenmiştir. Dolayısıyla somut olay açısından, hastaların tele-psikiyatri uygulamaları neticesinde verilerinin kötü niyetli kişilerce ele geçirilmesi halinde, şikayet üzerine Kurul veya uyuşmazlık halinde mahkemelerin; öncelikle log kayıtlarının teknik incelenmesi neticesinde, verilerin hukuka aykırı şekilde ele geçirilmesi noktasında, kanaatimizce hastanın verilerinin sadece online platform tarafından mı, yoksa psikiyatrist ve online platform tarafından birlikte işlenip işlenilmediği, veri sızıntısı noktasında süje olarak hekimin mi, yoksa online platformun mu kusur ve ihmali sonucunda bu durumun gerçekleştiği ile ilgili bilirkişi incelemesine ihtiyaç duyulacaktır. Ancak, bu teknik inceleme sonucunda hekim ve online platformun kusur durumları (kusur oranları, birlikte ortak veri sorumlusu olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği, illiyet bağımlı kesen bir nedenin olup olmadığı vb.) netlik kazanabilecektir.

<sup>75</sup> Küzeci, s. 555

<sup>76</sup> Raveesh / Munoli s. 64

### C. Tele-Psikiyatri Uygulamalarında Malpraktis ve Bu Kapsamda Hukuki Değerlendirmeler

Malpraktis, Latince kökenli sözcükler olan “male” ve “praxis” kelimelerinden türetilmiş olup daha ziyade tıp mesleği ile bağlantılı olarak en basit şekliyle kötü veya hatalı uygulama anlamına gelmektedir<sup>77</sup>. Malpraktis kavramı doktrinde farklı yazarlarca farklı şekilde tanımlanmakla beraber; kavramın merkezinde hekimin hatalı bir davranışı sonucunda hastanın bundan zarar görmesi şeklinde ortak bir anlayışın olduğu görülmektedir<sup>78</sup>.

Sınır ötesi tele-psikiyatri uygulamalarında hekimin verdiği bu hizmetler bakımından malpraktis nasıl ortaya çıkabilir? Malpraktis bakımından sınır ötesi tele-psikiyatri hizmeti veren bir hekimin yüz yüze psikiyatri tedavisi uygulayan bir doktordan farklı değerlendirilmesi gerekir mi? Bu bağlamda malpraktis durumlarında yetkili mahkeme ve uygulanacak hukuk, hekimin bulunduğu ülke hukuku mu yoksa hastanın bulunduğu ülke hukuku kurallarına göre belirlenmelidir? Malpraktis açısından tele-psikiyatri hizmetlerinde e-reçete kurumu nasıl uygulanmalıdır ve Türkiye’de e-reçete ile ilgili yasal düzenlemeler sınır-ötesi tele-psikiyatri hizmetleri ile uyumlu mudur? Sınır-ötesi tele-psikiyatri hizmetlerinde hekimin tamamlayıcı sigorta yaptırması hukuken zorunlu hale getirilmeli midir? Malpraktis durumunda hekimin mesleki sorumluluk sigortasının kapsamı hukuken nasıl belirlenecektir?

Görüldüğü üzere, sınır ötesi tele-psikiyatri hizmetlerinde yüz yüze verilen tedavi hizmetlerinden farklı olarak, yukarıda yer verilen soruların

<sup>77</sup> Özlem Özer / Kenan Taştan / Turan Set / Yasemin Çayır / Mustafa Talip Şener, “Tıbbi Hatalı Uygulamalar” *Dicle Tıp Dergisi*, 42(3), 2015, s. 394.

<sup>78</sup> Doktrinde malpraktisin farklı tanımlarına bakıldığında, Hakeri, malpraktis kavramını sağlık çalışanının hastaya hatalı şekilde müdahale etmesi veya müdahaleden çekinmesi neticesinde; hasta nezdinde istenmeyen şekilde zarar meydana gelmesi şeklinde tanımlamaktadır. Bkz. Hakeri, s.290. Özdemir, malpraktisin tıbben kötü uygulama anlamına geldiğini, bu uygulamanın mevzuatta bir tanımı yer almadığını belirterek; malpraktis değerlendirmesi bakımından hastalığın teşhis ve tedavisinde yetersizlik, ihmal, dikkatsizlik, bilgisizlik ve beceriksizlik olarak değerlendirilebilecek olgular üzerinde durmuştur. Bkz. Özdemir, s. 31 vd. Ayrıca malpraktis kavramının hukuk ve tıp etiği ile ilgili olarak ayrıntılı değerlendirilmesi için bkz. Mustafa Levent Özgönül / Berna Arda / Necati Dedeoğlu, “Tıp Etiği ve Hukuk Açısından Tıbbi Hata, Malpraktis ve Komplikasyon Kavramlarının Değerlendirilmesi”, *Türkiye Klinikleri* ,27(1), 2019, s. 48-56. Kanaatimizce, malpraktis doktorun operasyon sırasında hatalı müdahale şeklindeki aktif birtakım faaliyetlerinden kaynaklanabileceği gibi, konumuzu ilgilendirmesi açısından örnek vermek gerekirse, tele-psikiyatri hizmeti veren bir psikiyatristin, tedavi sürecinde yanlış bir şekilde önerilen ilacın hasta üzerinde kötü etki yaratmasına rağmen, hekim tarafından farklı bir ilaç önerilmemesi şeklindeki ihmali davranışlardan da kaynaklanabilecek bir meseledir.



tamamına bu çalışmada cevap aranmıştır.

Öncelikle psikiyatristin hastasına karşı malpraktis bakımından teşhis ve bulguları doğru değerlendirme, uygun tedavi yöntemini seçerek bunu hastasına karşı uygulama, terapi gözetim yükümlülüğü, mesafe koruma yükümlülüğü, intihara eğilimli hastalara karşı riskleri doğru değerlendirerek bunu engellemeye yönelik gerekli tedbirleri alma, psikiyatrik tedavide hastayı aydınlatma, sır saklama, kayda geçirme, doğru psikofarmakolojik terapi uygulaması (ilaçla tedavi uygulamaları) gibi muhtelif bazı yükümlülükleri söz konusudur<sup>79</sup>. Bu yükümlülükler açısından konuya bakıldığında, özellikle sınır ötesi tele-psikiyatri uygulamalarında psikiyatrist ve hastanın farklı ülkelerde olmasından kaynaklı olarak yüz yüze görüşmelerde müdahale edilmesi imkân dahilinde olan ancak sınır ötesi uygulamalar bakımından mesafenin getirdiği bazı zorluklar gündeme gelebilecektir. Konuyu somut bir örnekle somutlaştırmak gerekirse; tele-psikiyatri bakımından gündeme gelebilecek en kritik meselelerden birisi, günümüzde özellikle psikiyatride ilaç tedavisinin taşıdığı önem dikkate alındığında, psikiyatristin uzaktan tedavi uyguladığı hastasına yanlış bir ilaç tedavisi uygulaması olasılığıdır. Bu tarz bir durumda - her ne kadar her somut olay özelinde ayrı bir değerlendirme yapılması gerekmekte ise de – görüşümüze göre, hastanın yanlış ilaç uygulaması nedeniyle zarar görmesi halinde, eğer psikiyatristin hastanın uğradığı bu zarar konusunda herhangi bir kusur ve ihmali var ise, verilen hizmetin sanki yüz yüze gerçekleştirilen bir tedaviymişçesine değerlendirilerek, psikiyatristin sorumluluğuna gidilmesi gerekecektir. Başka bir deyişle, kanaatimizce psikiyatrik tedavinin sınır ötesi şekilde teknolojik bazı imkanlarla gerçekleştirilmesi, hekimlerin yüz yüze tedavilerde göstermesi gereken özen ve dikkat bakımından bir kaçış noktası olmamalıdır. Ancak, bu noktada sınır ötesi tele psikiyatri uygulamalarının henüz yeni gelişen bir yöntem olduğu düşünüldüğünde, görüşümüze göre yurt dışında bulunan bir psikiyatrist hastası ile online olarak hastalığın teşhis ve tedavi noktasında görüşmeler gerçekleştirirken, eğer imkân hasıl olur ise hastanın bulunduğu ülkedeki bir müdavi hekimin yani başka bir psikiyatristin de psikiyatrik tedavi sürecinde yer alması gündeme gelebilir.

<sup>79</sup> Psikiyatristin yukarıda belirtilen her bir yükümlülüğü başlı başına detaylı şekilde değerlendirilebilecek olgulardır. Ancak, çalışmanın merkezinde sınır ötesi tele-psikiyatri uygulamaları söz konusu olduğundan, yukarıda bu yükümlülüklerin hepsine detaylı şekilde yer verilmesi tercih edilmemiş, salt tele-psikiyatri uygulamaları açısından genel bir çerçevede ele alınmıştır. Özellikle, psikiyatristin hastasına yönelik yükümlülükleri ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Günday, s. 103 vd.

Özellikle yukarıda verdiğimiz örnekten hareketle görüşümüze göre, yurt dışında bulunan psikiyatrist dışında, hastanın ülkesinde, özellikle hastayı bire bir görme imkanına sahip bir hekimin varlığı halinde, tele-psikiyatri uygulamalarından özellikle konsültasyon amacı ile yararlanılması halinde daha etkin bir sonuç alınabilir<sup>80</sup>.

Malpraktis ile ilgili bir başka hukuki mesele ise, malpraktis gerçekleşmesi halinde uygulanacak hukuk ve yetkili mahkemeler hukuken nasıl tayin edilecektir? Konuyu bir örnek üzerinden somutlaştırmak gerekirse; tele-psikiyatri hizmeti veren ABD’deki bir doktorun uyguladığı tedavi sonucunda Türk hastasında herhangi bir ihmali neticesinde malpraktis durumu meydana gelmesi halinde, uygulanacak hukuk Türk Hukuku mu yoksa Amerikan Hukuku mudur? Bu konuda öncelikle uyuşmazlığın milletlerarası bir unsur içermesi nedeniyle hekim ile hasta arasındaki hukuki ilişkinin niteliğine, başka bir ifade ile bu ilişkinin sözleşme mi yoksa haksız fiil mi olduğuna bakılarak bir değerlendirme yapılması gerekecektir<sup>81</sup>. Bu bağlamda, eğer tele-psikiyatri hizmeti veren hekim ile hasta arasında herhangi bir sözleşme ilişkisi mevcut değilse, MÖHUK m. 16 düzenlemesinin dikkate alınması gerekecektir. Bu düzenleme gereğince, hasta tarafından haksız fiilden kaynaklanan bir tazminat davası açılmış ise, neticenin meydana geldiği yerin Türkiye olduğu kabul edilerek, Türkiye’de dava açılmasının uygun olduğu kabul edilebilecektir<sup>82</sup>. Ancak, hasta ile psikiyatrist arasında sözleşme ilişkisi var ise, bu durumda ise MÖHUK m. 24<sup>83</sup> ve m. 26 hükümleri çerçevesinde hekim ile hastanın

<sup>80</sup> Nitekim, doktrinde Hakeri, tele-tıbbın özellikle konsültasyon yöntemi olarak tercih edilmesi halinde, hukuksal bakımından herhangi bir problem çıkarmayacağını, ikinci görüş (second opinion) olarak hastanın asıl bir müdavi hekimi olmak şartıyla, hastayı görmeden bazı bulgular üzerinden bilgi aktarmanın da hukuki bir sorun oluşturmayacağını ifade etmektedir. Bu konuda kapsamlı bir değerlendirme için bkz. Hakeri, s. 1023.

<sup>81</sup> Milletlerarası özel hukukta, haksız fiilden doğan davalar nedeniyle yetkili mahkemenin tayini konusunda ayrıntılı değerlendirme için bkz. Ayşe Yasemin Aydoğmuş Gisoldi, *Milletlerarası Özel Hukukta Kişisel Verilerin Korunması*, 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2022, s. 121 vd.; bu konuda sözleşmeden doğan davalarla ilgili yetkili mahkemelerle ilgili değerlendirmeler açısından ise bkz. Aydoğmuş Gisoldi, s. 129 vd.

<sup>82</sup> Aydoğmuş Gisoldi, s. 129 vd.

<sup>83</sup> “Sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde uygulanacak hukuk” başlıklı MÖHUK m. 24:

(1) *Sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların açık olarak seçtikleri hukuka tâbidir. Sözleşme hükümlerinden veya hâlin şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılabilen hukuk seçimi de geçerlidir.*

(2) *Taraflar, seçilen hukukun sözleşmenin tamamına veya bir kısmına uygulanacağını kararlaştırabilirler.*

(3) *Hukuk seçimi taraflarca her zaman yapılabilir veya değiştirilebilir. Sözleşmenin*

arasındaki sözleşme ilişkisinin türüne göre bir değerlendirme yapılması daha uygun olacaktır. Yine doktrinde haklı olarak belirtildiği üzere, her ne kadar tele psikiyatri hizmetleri açısından, tele-psikiyatri hizmetini veren psikiyatrist ile hasta arasındaki ilişkinin niteliği bir tüketici işlemi olarak kabul edilse<sup>84</sup> dahi; kanaatimizce her durumda tüketici sözleşmelerine uygulanabilecek bir hüküm olan MÖHUK m. 26'nın uygulanabilmesi mümkün olmayıp somut olay özelinde bir değerlendirme yapılması daha doğru olacaktır.

#### D. Sınır Ötesi Tele Psikiyatri Uygulamaları Açısından Sigorta

Yurtdışı uygulamalarına bakıldığında, sağlık sigortası geri ödeme

*kurulmasından sonraki hukuk seçimi, üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak kaydıyla, geriye etkili olarak geçerlidir.*

*(4) Tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları hâlinde sözleşmeden doğan ilişkiye, o sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan hukuk uygulanır. Bu hukuk, karakteristik edim borçlusunun, sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad meskeni hukuku, ticarî veya meslekî faaliyetler gereği kurulan sözleşmelerde karakteristik edim borçlusunun işyeri, bulunmadığı takdirde yerleşim yeri hukuku, karakteristik edim borçlusunun birden çok işyeri varsa söz konusu sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri hukuku olarak kabul edilir. Ancak hâlin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşme, bu hukuka tâbi olur.” hükmünü içermektedir.*

<sup>84</sup> Doktrinde Doğramacı, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında hastanın tüketici olmasından hareketle MÖHUK m. 26 kapsamında yaptığı değerlendirmede, tele-tıp uygulamalarında malpraktis bakımından her ne kadar tüketicinin mutad mesken hukukunun uygulanacağını belirtmişse de; görüştüğümüze göre her durumda MÖHUK m. 26 milletlerarası unsur içeren tele-tıp uygulamaları açısından uygulanabilir bir hüküm değildir. Zira MÖHUK m. 26/f. 2 kapsamında tüketicinin mutad mesken hukukunun uygulanabilmesi için:

- *Sözleşme, tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkede, ona gönderilen özel bir davet üzerine veya ilân sonucunda kurulmuş ve sözleşmenin kurulması için tüketici tarafından yapılması gerekli hukukî fiiller bu ülkede yapılmış veya*
- *Diğer taraf veya onun temsilcisi, tüketicinin siparişini bu ülkede almış veya*
- *İlişkinin bir satım sözleşmesi olması hâlinde, satıcı tüketiciyi satın almaya ikna etmek amacıyla bir gezi düzenlemiş ve tüketici de bu gezi ile bulunduğu ülkeden başka ülkeye gidip siparişini orada vermiş,*

olmalıdır.

Yukarıda yer verilen hüküm özelinde konuya bakıldığında, örneğin Türkiye'deki bir hastanın yine Türkiye'deki bir sağlık kuruluşunun daveti, herhangi bir ilanı veya yukarıda örneğimizden hareketle; ABD'de bu kapsamda düzenlediği bir gezi sonucunda ABD'li bir psikiyatrist tarafından tele-psikiyatri hizmetinin verilmesini kabul ettiğini düşünelim. Böyle bir durumda, tüketici konumundaki hastanın mutad meskeni Türkiye olduğundan, malpraktis durumunda uygulanacak hukukun Türk Hukuku olduğu kabul edilecektir. Ancak ortada böyle bir durum yok ise, taraflar arasında tele-psikiyatri hizmeti konusunda yine örnek vermek gerekirse imzalanan sözleşme gereği uygulanacak hukuk Amerikan Hukuku olarak tayin edildi ise; bu takdirde ise MÖHUK m. 24 gereğince uygulanacak hukukun Amerikan Hukuku olduğu kabul edilmelidir.

politikalarında git gide daha fazla yer alan tele-psikiyatri uygulamaları<sup>85</sup> açısından çeşitli ülkelerde yönergeler oluşturulduğu bilinmektedir<sup>86</sup>. Türk Hukuku açısından konuya bakıldığında ise, TŞSTİ-DK ek madde 12<sup>87</sup> kapsamında ister kamu isterse özel sektörde olsun bu kapsamda çalışan tabiplerin, dış tabiplerinin ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanların, tıbbi kötü uygulama nedeniyle kendilerinden talep edilebilecek zararlar ile kurumlarınca kendilerine yapılacak rücu taleplerine yönelik sigorta yaptırması zorunlu kılınmıştır. Bu bağlamda, hekimlerin mali sorumluluk sigortaları açısından, her ne kadar sigorta poliçeleri çoğunlukla Türkiye içindeki tıbbi müdahaleleri kapsamasına rağmen, tele-tıp ve bu çalışmanın odağındaki sınır ötesi tele-psikiyatri uygulamaları bakımından sigorta şirketleri tarafından belirlenecek sigorta poliçelerinin kapsamının, özellikle hekimlerin tamamlayıcı sigortaları kapsamında bu uygulamaları da kapsayacak şekilde genişletilmelidir<sup>88</sup>.

#### E. Sınır Ötesi Tele-Psikiyatri Uygulamalarında E-Reçete

Türkiye'de e-reçete sisteminin hukuki altyapısı, T.C. Sağlık Bakanlığı tarafından Elektronik Reçete Sistemi Hakkında Genelge<sup>89</sup>(“Genelge”)’de düzenlenmiştir. Kısaca Genelge’ye bakıldığında, tüm ilaçların renkli reçete sistemine geçilerek renkli reçete sisteminde hekimlerin oluşturdukları

<sup>85</sup> Tele-psikiyatri uygulamalarının sigorta boyutu açısından yurtdışı uygulamalarına bakıldığında, ABD’de Amerikan Teletıp Derneği’ne göre (Temmuz 2016 itibariyle) özel sigorta sisteminde teletıp kapsamının yasalastığı ve ABD’de kırk sekiz eyalette sağlık sigortası programlarının bazı tele-psikiyatri hizmetlerini karşıladığı bilinmektedir. Bu konuda detaylı değerlendirme için bkz. < <https://www.drftituran.com/tr/page/apa-telepsikiyatri.html> > (E.T. 16.05.2022)

<sup>86</sup> <<https://psikiyatri.org.tr/2151/iyi-telepsikiyatri-uygulamaları-icin-oneriler>>E.T.: 17.05.2022)

<sup>87</sup> TŞSTİ-DK ek madde 12'nin birinci fıkrası şu düzenlemeyi içermektedir:

*“Kamu sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışan tabipler, dış tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar; tıbbi kötü uygulama nedeniyle kendilerinden talep edilebilecek zararlar ile kurumlarınca kendilerine yapılacak rüculara karşı sigorta yaptırmak zorundadır. Bu sigorta priminin yarısı kendileri tarafından, diğer yarısı döner sermayesi bulunan kurumlarda döner sermayeden, döner sermayesi bulunmayan kurumlarda kurum bütçelerinden ödenir.”*

<sup>88</sup> Hakeri, s. 1024

<sup>89</sup> T.C. Sağlık Bakanlığı'nın 88866997-505'99 Sayılı ve e-reçete uygulaması konulu genelgenin internet üzerinde tam metni için: <<https://titck.gov.tr/storage/legislation/ere%C3%A7ete%20genelge%202018-2.pdf>> (E.T.: 09.05.2022)

reçetelerin Elektronik İmza Kanunu<sup>90</sup> kapsamında hukuken ıslak imza ile eşdeğer bir etkiyi haiz e-imza prosedürleri ile imzalayabilecekleri düzenlenmiştir. Özellikle T.C. Sosyal Güvenlik Kurumu (“SGK”) Başkanlığı Genel Sağlık Sigortası Genel Müdürlüğü’nün 02.10.2019 tarihli “Yurtdışı İlaçları Hakkında Duyuru” kapsamında Türkiye’de ruhsatlı olmayan veya ruhsatlı olduğu halde çeşitli nedenlerle Türkiye’de üretilmeyen ve yurt içinde temin edilmeyen ilaçların yurt dışından SGK ve Türk Eczacılar Birliği tarafından temin edildiği bilinmektedir. Aynı duyuru kapsamında yurt dışından temin edilen ilaçlar kapsamında da 2016 yılından beri kullanılabilen elektronik reçete ve elektronik rapor uygulamaları açısından da yurt dışından temin edilen ilaçlar açısından da zorunlu hale getirildiği belirtilmiştir<sup>91</sup>. Bu konuda son olarak, Uzaktan Sağlık Hizmetlerinin Sunumu Hakkında Yönetmelik m. 7/f. 1/g kapsamında hekim tarafından değerlendirilebilen kişiye, hekimince e-reçete ve e-rapor düzenlenebileceği hüküm altına alınmıştır.

Yukarıda e-reçete ile ilgili yer verilen yasal düzenlemeler ışığında, Türkiye’de temin edilmeyen veya üretilmeyen ilaçlar bakımından, psikiyatristlerin yurt dışındaki hastaları için e-reçete düzenlemelerinde mevzuat noktasında hukuken herhangi bir engelin bulunmadığı değerlendirilmiştir.

## SONUÇ

Tele-tıp alanında gelişmeler bu çalışmada da irdelendiği üzere, muazzam imkanların yanı sıra hukuken çözümlenmesi gereken bazı problemleri de beraberinde getirmiştir. Özellikle çalışmanın odak noktası olan sınır ötesi tele-psikiyatri uygulamaları açısından, gelecekte bu konuda rağbetin artacağı öngörülmekle beraber; bu çalışmada ışık tutulan bazı hukuki meselelerin de aydınlığa kavuşturulması gereklidir. Ancak, ortada çözümlenmesi gereken hukuki meselelerin olması, kanaatimizce bu konuların çözümlenmeyecek sorunlar olarak algılanmasından ziyade; hukuk noktasında teknolojik gelişmelere nasıl uyum sağlanması gerektiğine yönelik olumlu bir yaklaşımı gerektirmektedir. Çalışmamızda da özetlendiği üzere, öncelikle olarak tele-psikiyatri de dahil olmak üzere tele-tıp hizmetlerine yönetmelik yerine özellikle yukarıda da belirtildiği üzere başta TŞSTİ-DK olmak üzere ilgili yasalarda gerekli değişikliklerin yapılmasına ihtiyaç bulunmakta olup bu husustaki yasal

değişiklikler gerek yasama tekniği gerekse Anayasaya uygunluk açısından daha isabetli bir yaklaşım olacak ve en azından tele-tıpa yönelik hekimlerin bizzat ifa yükümlülüğüne ilişkin birçok tartışmayı bertaraf edecektir. İkinci husus, uygulama açısından sınır ötesi tele-tıp ve tele-psikiyatri açısından aydınlatılmış onamın nasıl ve ne şekilde alınabileceğine dair herhangi bir netlik bulunmamaktadır. Bu açıdan, her ne kadar aydınlatılmış onamın yazılı şekilde alınması noktasında herhangi bir geçerlilik koşulu bulunmamasına rağmen ispat noktasında ne şekilde alınması gerektiğine dair yöntemin netleştirilmesi gereklidir. Kanaatimizce bu açıdan en doğru olabilecek yöntemlerden birisi doktorun hastasına dair online görüşmelerde hangi teşhis ve tedaviye yönelik gerçekleştirileceklerin ayrıntılı şekilde aktarılması ve bu görüşmelerin özellikle hastanın da onayı doğrultusunda kayıt altına alınmasıdır. Ancak, doktrinde ispat noktasında haklı olarak belirtildiği üzere yazılı şekilde onamın alınmasında farklı ülkelerde yaşayan doktor ve hastaların fiziken bir araya gelme zorluğu dikkate alındığında, yine görüşümüze göre bu konuda online hizmet sağlayan platformların özellikle aydınlatılmış onay noktasında bu onamın akıllı sözleşme vasıtasıyla alınması ve blokzincir ağına kaydı gerek teknolojik gerekse hukuksal açıdan gerekli ihtiyacı sağlayabilecektir. Bu bağlamda, platformların özellikle “blockchain developer” denilen blokzincir alanındaki uzman yazılımcılardan teknolojik açıdan bu desteği almaları uygulamadaki bu sorunun çözümü açısından önemli bir hareket noktası olabilir. Son olarak, yine uygulama açısından dikkatimizi çeken bir diğer olgu ise özellikle gelecekte tele-tıp ve tele-psikiyatriye olan rağbetin artacağı dikkate alındığında Türkiye’deki sigorta şirketlerince özellikle poliçe kapsamlarının bu hizmetleri de kapsayacak şekilde genişletilmesinde fayda bulunmaktadır.

Sonuç itibarıyla, Türkiye’de yasa koyucunun tele-tıp alanını düzenlemeye yönelik bir çabasının ürünü olan “Uzaktan Sağlık Hizmetlerinin Edinimine İlişkin Yönetmelik”, bu alanda atılan önemli bir adım olarak görülmelidir. Ancak çalışmadan da görüleceği üzere, salt bu yönetmeliğin varlığı, bu çalışma kapsamında çözülmesi gereken meselelerin aydınlığa kavuşturulması açısından kanaatimizce şu anda yeterli değildir. Dolayısıyla bu alanda gelecekteki hukuki meselelerin çözümünün somut uyuşmazlıklar ışığında yargı kararları ile daha da netliğe kavuşabileceği öngörülmektedir.

<sup>90</sup> Elektronik İmza Kanunu, Kanun Numarası: 5070, Kabul Tarihi: 15.01.2004, RG: 23.01.2004/25355

<sup>91</sup> <<https://ohsad.org/yurtdisi-ilac-e-recete-ve-e-rapor-uygulamasi-hakkinda-duyuru-yayimlandi/>> (E.T.: 16.05.2022)

**KAYNAKÇA**

- Abugabah A/Nizamuddin N/Alzubi A, *Decentralized Telemedicine Framework for a Smart Healthcare Ecosystem*, 8(338) IEEE Access, 2020.
- Araalan C, *Teknik ve Hukuki Boyutlarıyla Elektronik Ödeme Sistemlerinde Siber Güvenlik*, 1. Bası, Seçkin Yayınevi, 2021.
- Aydoğmuş Gisoldi A Y, *Milletlerarası Özel Hukukta Kişisel Verilerin Korunması*, 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2022.
- Bal U/Yılmaz E/Tamam L/Çakmak, “Telepsikiyatri: Şimdi ve Burada”, *Psikiyatride Güncel Yaklaşımlar*, 7(2), 2015, s. 136-145.
- Bilgili F and Cengil F, *Blockchain ve Kripto Para Hukuku*, 1. Bası, Dora, 2019.
- Büyüközkan Feyzioğlu G, “Teknolojide Yeni Çağın Başlangıcı” Eylem Aksoy Retornaz /Osman Gazi Güçlütürk (Ed.), *Gelişen Teknolojiler ve Hukuk I: Blokzincir*, 1. Baskı On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- Bayatlı E N, “Tele-tıp ve Mobil Sağlık Uygulamaları Konusunda Hekim Görüşlerinin Belirlenmesi: Bir Özel Hastane Örneği”, T.C. Atılım Üniversitesi İşletme Anabilim Dalı Sağlık Yönetimi Yüksek Lisans Programı, 2021, s. 29.
- Çekin M S, “Borçlar Hukuku ile Veri Koruma Hukuku Açısından Blockchain Teknolojisi ve Akıllı Sözleşmeler: Hukuk Düzenimizde Bir Paradigma Değişimine Gerek Var mı?”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 77(1), 2019, s. 315-341.
- Determann L, *Kişisel Verilerin Korunması Uygulama Kılavuzu*, 1. Bası, On İki Levha, 2020.
- Doğramacı Y G, “Teletıp, Sağlık Turizmi ve Uzaktan Sağlık Hizmetleri: Mesafeli Sözleşmeler”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 78(2), 2020, s. 637-671.
- Dülger M V, *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku*, 3. Bası, Hukuk Akademisi, 2020.
- Eraslan S, “Türk Hukukunda Kişisel Verilerin Yurtdışına Aktarılması Sorunu: Açık Rıza Kapsamında Bir Değerlendirme”, *Kırıkkale Hukuk Mecmuası*, 1(1), 2021, s. 102

- Günday H M, *Psikiyatristin Hukuki Sorumluluğu*, 1 Bası, Yetkin Yayınları, 2015.
- Güven V / Şahinöz E, *Blokzincir Kripto Paralar: Bitcoin*, 7. Bası, Kronik, 2021.
- Hakeri H, *Tıp Hukuku*, 25. Bası, Seçkin, 2022.
- Klamroth-Marganska V / Gemperle M, Ballmer T /Grylka-Baesclin S / Pehlke-Milde J / Gantschnig, B E, *Does therapy always need to be cross sectional study among Switzerland-based occupational therapists and midwives regarding their experience with health care at a distance during the COVID-19 pandemic in spring 2020*, 12 (578), 2021, <<https://bmchealthservres.biomedcentral.com/articles/10.1186/s12913-021-06527-9>> (E.T.: 09.09.2022).
- Kapancı K P, “Özel Hukuk Penceresinden Blokzincir: Sanal Para (Varlık) Değerleri Ve Akıllı Sözleşmeler Üzerine Değerlendirmeler”, Eylem Aksoy Retornaz / Osman Gazi Güçlütürk (Ed.), *Gelişen Teknolojiler Ve Hukuk I: Blokzincir Ve Hukuk*, 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- Keser Berber L / Ünlü M / Er C, *Elektronik Sağlık Kayıtları ve Özel Hayatın Gizliliği*, 1. Bası, Karakter Color, 2019.
- Kumar P / Aggarwal M, Dhawan R / Dass J, Kumar G, Sharma V / Mirza S, Senapati J / Ganju N / Vaid T / Vijayran M / Panda T / Pragna G S / Krishna S S / Khandelwal A / Verghese R / Tyagi S / Seth T / Mahapatra M, “Tele-Medicine Services in Hematological Practice During Covid Pandemic: Its Feasibility and Difficulties”, *Springer*, 37 (4), 2021, s. 528-533.
- Küzeci E, *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku*, 4. Bası, On İki Levha, 2021.
- Nanjegowda Raveesh B and Munoli R N, “Ethical and Legal Aspects of Telepsychiatry”, *Indian Journal of Psychological Medicine*, 42 (5), 2020, s. 63-69.
- Solimini R / Paolo F / Gibelli F / Sirignano A / Ricci G, “Ethical and Legal Challenges of Telemedicine in the Era of the Covid-19 Pandemic”, *Medicina*, 57 (1314), 2021, s. 1-10
- Kurt M G, “Tıbbi Müdahalelerde Aydınlatılmış Onam”, *TBB Dergisi*, 146 (1897), 2020, s. 187-218

Özdemir G, *Tıbbi Müdahale Hatalarından Doğan Maddi Tazminat Sorumluluğu*, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2021.

Özer Ö / Taştan K / Set T / Çayır Y / Talip Şener M, Tıbbi Hatalı Uygulamalar, *Dicle Tıp Dergisi*, 42(3), 2015, s. 394-397.

Tevetoğlu M, Ethereum ve Akıllı Sözleşmeler, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 12(1), 2021, s. 193-208.

Özgönül M L / Arda B / Dedeoğlu N, “Tıp Etiği ve Hukuk Açısından Tıbbi Hata, Malpraktis ve Komplikasyon Kavramlarının Değerlendirilmesi”, *Türkiye Klinikleri*, 27(1), 2019, s. 48-56

Yılmaz S S, *Tıp Alanında Kişisel Verilerin Korunması*, 5. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2021.

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

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068  
Cilt / Volume XXVII Nisan / April 2023 Sayı / No. 2

**BASİT KARŞILIKLI İŞTİRAK BAĞLAMINDA BİLDİRİM  
YÜKÜMLÜLÜĞÜ**

**OBLIGATION OF NOTIFICATION IN THE CONTEXT OF BASIC  
CROSS SHAREHOLDING**

**Alanur AYHAN\***  

**ÖZET**

[10.34246/ahbvuhfd.1208794](https://doi.org/10.34246/ahbvuhfd.1208794) 

“Birbirlerinin paylarının en az dörtte birine sahip bulunan sermaye şirketleri”, TTK m. 197 uyarınca karşılıklı iştirak olarak kabul edilmektedir. Karşılıklı iştirak, basit karşılıklı iştirak ve nitelikli karşılıklı iştirak olarak karşımıza çıkmaktadır. Karşılıklı iştirak halindeki şirketler arasında hakimiyet ilişkisi yoksa basit karşılıklı iştirak söz konusudur. Hakimiyet varsa nitelikli karşılıklı iştirak söz konusudur. Bilerek basit karşılıklı iştirak oluşmasına neden olan sermaye şirketi, pay sahipliği haklarının donması yaptırımı ile karşı karşıya kalmaktadır Bilme, TTK m. 198’de düzenlenen bildirim, tescil ve ilan yükümlülüklerinin yerine getirilmesi ile tespit edilecektir. Bu çalışmada bildirim yükümlülüğünün yerine getirilişi incelenecektir.

**Anahtar Kelimeler:** Karşılıklı İştirak • Basit Karşılıklı İştirak • Bildirim Yükümlülüğü • TTK m. 198 • İnternet Sitesinde ilan.

\* **Doktora Öğrencisi**, Bilkent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Anabilim Dalı / ANKARA e-posta: alanurayhan@gmail.com, **ORCID:** 0000-0002-4594-983X **DOI:** 10.34246/ahbvuhfd.1208794

\*\* Bu makale, İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi’nin 01.06.2016 tarihli Mütevelli Heyeti Kararı ile kabul edilen Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliği’nin, ‘Yayın Koşulu’ madde başlıklı 6.6. maddesi uyarınca, yayın koşulunun yerine getirilebilmesi için hazırlanmakta olan doktora tezinden üretilmiştir.

\*\*\*İntihal / **Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / *This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.*



**ABSTRACT**

Capital stock companies, holding at least one quarter of each other's shares, are accepted as cross shareholding according to Turkish Commercial Code ("TCC") Article 197. Cross shareholding could appear as a basic cross shareholding and a qualified cross shareholding. If there is not a dominance between the capital stock companies in cross shareholding, it is defined as a simple cross shareholding. If there is a dominance between the capital stock companies in cross shareholding, it is defined as a qualified cross shareholding. A capital stock company that knowingly creates a basic cross shareholding will be subjected to a shareholder rights suspension. Knowing is determined under the light of obligation of notification, registration and announcement regulated in TCC Article 198. This study examines the obligation of notification

**Keywords:** Cross Shareholding • Simple Cross Shareholding • Obligation of Notification • TCC Article 198 • Website Announcement.

**EXTENDED ABSTRACT**

There is no consensus among countries on regulating group companies. Some countries prefer codifications. Some countries prefer to use general rules in order to solve problems arising out of or in connection with group companies. Germany is the first country which made a legislation on group companies. Group company regulation was introduced to Turkish legal system in 2012 with the Turkish Commercial Code No. 6102 ("TCC"). This group company regulation brought new regulations to Turkish commercial law and cross shareholding was one of them.

Cross shareholding can be defined as the mutual ownership of two companies in each other. There may also be a cross shareholding between more than two companies. In Germany, this situation is frequently seen in banking and insurance systems. Cross shareholding has some advantages and disadvantages. It financially protects companies during economic crises. However, it also brings many financial risks such as watered capital. In legal systems, cross shareholding is not prohibited, however it is subjected to disincentives because of its potential risks.

In Turkish law, fundamental regulations regarding cross shareholding are regulated in Article 197 and 201 of TCC. Capital stock companies, holding at least one quarter of each other's shares, are accepted as a cross shareholding according to Article 197 of TCC. In doctrine, there is a division between basic cross shareholding and qualified cross shareholding. This division is based on the definition of dominance, which is regulated in Article 195 of TCC. If there is a dominance in line with Article 195 of TCC, it is named as a qualified cross shareholding. If there is not any dominance in line with Article 195 of TCC, it is named as a basic cross shareholding. There are some sanctions for both cases.

If a capital stock company possesses or unpossesses shares representing 5%, 10%, 20%, 25%, 33%, 50%, 67% or 100% of another capital stock company, it shall notify the company, whose shares are purchased, within 10 days. If this obligation is not fulfilled, all rights derived from the purchased shares will freeze. According to Article 198 of TCC, this notification shall be done in written. However, there is no information about its details in Article 198 of TCC. This notification could be sent via e-mail or through a notary public or any other way. In Turkey, all legal notices must electronically send to companies. However, only courts, notary publics and such institutions have the authority to make a legal notification via national electronic notification system. Therefore, this secure national electronic notification system could not be used by companies for the notifications between the companies.

In Turkey there is also a registered electronic mail system. However, companies are not obliged to obtain a registered electronic mail. We argue that if obtaining a registered electronic mail is made mandatory for companies, all notification between companies could be done in this system. This will be a system that eases the burden of proof.

According to Turkish law, companies subject to audit are obliged to obtain a website. In addition to this, these companies are obliged to create a specific part in their website for making legal announcements. If a capital stock company possesses or unpossesses shares representing 5%, 10%, 20%, 25%, 33%, 50%, 67% or 100% of another capital stock company, an announcement shall be posted in their website. It is not clear what the sanction would be in case of breach of this obligation. We suggest an amendment for this regulation in order to eliminated possible uncertainties.

Hereabove mentioned written notification is important because it informs a company about its shareholding status. Therefore, this company could prevent to create a cross shareholding. The company that knowingly creates cross shareholding will be sanctioned although it was possible to prevent it. Therefore, it is important to prove that a company knows about this situation. This is why written notice and website notification are examined in this study.

**GİRİŞ**

Modern ekonomilerde merkezi yoğunlaşma dikkat çeken bir hızla gelişmektedir<sup>1</sup>. Bu gelişme şirketler topluluğuna ilişkin düzenlemeler yapılması gerekliliğini gündeme getirmiştir. Düzenlemeler ile merkezi yoğunlaşmalarının ekonomiye yarar sağlar hale getirilmesi hedeflenmektedir<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Zühtü Aytaç, "Bağlı İşletmeler Hukuku ve Türk Hukukundaki Görünüm", *BATİDER*, 8(4), 1976, s. 97.

<sup>2</sup> Reha Poroy, Ünal Tekinalp, Ersin Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku II*, 13. Bası, Vedat Kitapçılık, 2017, s. 683-684.

İlk yasal düzenleme Almanya’da yapılmıştır<sup>3</sup>. Şirketler topluluğuna ilişkin detaylı düzenlemeler mevzuatımıza 14/2/2011 tarihli ve 27846 Sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu (“TTK”) ve 27/1/2013 tarihli ve 28541 Sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren Ticaret Sicil Yönetmeliği (“TSY”)<sup>4</sup> ile girmiştir. Doktrinde TTK ile TSY arasındaki uyumsuzluklar tartışma konusu olmuştur<sup>5</sup>. Tartışmalardan birisi de şirketler topluluğunun oluşması için aranan asgari şirket sayısıdır. Hakim ve bağlı şirket arasındaki ilişkiyi düzenleyen TTK ve TSY metinlerinin farklı ifadeler içerdiği iddia edilmektedir. TTK m. 195 f.4 “*Hâkim şirkete doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunan şirketler<sup>6</sup>, onunla birlikte şirketler topluluğunu oluşturur. Hâkim şirketler ana, bağlı şirketler yavru şirket konumundadır.*” şeklindedir. TYS m. 105 f. 1 ise “*bir şirketler topluluğu, bir ticaret şirketi ile buna doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunan en az iki ticaret şirketinden meydana gelir*” şeklindedir. Bizim de katıldığımız çoğunluk görüşü şirketler topluluğunun bir hakim ve bir bağlı şirketin varlığı ile oluştuğunu savunmaktadır<sup>7</sup>. Diğer yazarlar topluluğun oluşması bir hakim ve iki bağlı

<sup>3</sup> Aytaç, “Bağlı İşletmeler”, s. 101.

<sup>4</sup> TTK düzenlemesi ile TSY düzenlemeleri arasındaki farklılıklar öğretide tartışma konusu olmuştur. Şirketler topluluğu oluşması için gerekli asgari şirket sayısı, bu tartışmaların en önemlilerinden biridir. Tartışmalar için bkz. Kürşat Göktürk, “Ticaret Sicil Yönetmeliği’nin Şirketler Topluluğu Hakkındaki Bazı Düzenlemeleri Üzerine Düşünceler”, *Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi*, (3), 2014, s. 105.

<sup>5</sup> Göktürk, “TSY”, s. 105.

<sup>6</sup> Madde metninde, ‘şirket ya da şirketler’ şeklinde bir ifadeye yer verilmesi suretiyle, şirketler topluluğunun oluşumu için gerekli şirket sayısı tartışmasının önüne geçilebilirdi ancak TSY düzenlemesi en az iki bağlı şirketin varlığını aramaktadır. Mevzuatın Paylı Ortaklıklar Kanunu (“APOK”), benzer bir düzenlemeye m. 18, f. 1’de yer vermekte ve topluluğun oluşumu için bir hâkim ile bir veya daha fazla bağlı işletmenin varlığını yeterli kabul etmektedir. TTK, topluluğun unsurları açısından da mevzuatın ayrışmıştır. APOK işletmeler arasında konsorsiyumun oluşumuna izin verirken, TTK ticaret şirketleri ile sınırlamıştır ancak TTK m. 195 f.5 ile topluluk hâkimi açısından teşebbüse ilişkin bir istisna getirilmiştir. Madde düzenlemesi aşağıdaki şekildedir. “*Sind ein herrschendes und ein oder mehrere abhängige Unternehmen unter der einheitlichen Leitung des herrschenden Unternehmens zusammengefaßt, so bilden sie einen Konzern; die einzelnen Unternehmen sind Konzernunternehmen. Unternehmen, zwischen denen ein Beherrschungsvertrag (§ 291) besteht oder von denen das eine in das andere eingegliedert ist (§ 319), sind als unter einheitlicher Leitung zusammengefaßt anzusehen. Von einem abhängigen Unternehmen wird vermutet, daß es mit dem herrschenden Unternehmen einen Konzern bildet.*” (AktG § 18/1)

<sup>7</sup> Topluluğun oluşması için iki şirketin varlığının yeterli olduğu yönündeki görüşler için bkz: Gül Okutan Nilsson, *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Şirketler Topluluğu Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, 2009; s. 67; Kürşat Göktürk, *Şirketler Topluluğunda Sorumluluk Esasları (Anonim Şirketlerde Oluşan Topluluk Açısından)*, 2. Bası, Adalet Yayınevi, 2022, s. 13; Rıza Ayhan, Hayrettin Çağlar, Mehmet Özdamar, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*,

olmak üzere toplam üç şirket gerektiğini savunmaktadır.

Karşılıklı iştirak, şirketler topluluğu düzenlemeleri içerisinde yer almaktadır. Karşılıklı iştirakin iki türü bulunmaktadır. Bunlar basit karşılıklı iştirak ve nitelikli karşılıklı iştiraktır. Karşılıklı iştirak ilişkisi içerisindeki şirketler arasında hakimiyet varsa nitelikli karşılıklı iştirak söz konusudur. Hakimiyet yoksa basit karşılıklı iştirak söz konusudur. Hakimiyet TTK m. 195 uyarınca tespit edilir.

Bir sermaye şirketinin kendisinde iştirak ettiğini bilmesine rağmen bu şirkete iştirak ederek basit karşılıklı iştirak oluşturan şirkete donma yaptırımı uygulanmaktadır. ‘Bilme’ olgusu ise TTK m. 198 ile ispat edilmektedir. Bu nedenle TTK m. 198, basit karşılıklı iştirak ile oldukça ilgilidir.

Bu çalışma üç bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde, karşılıklı iştirak kavramı kavramsal olarak incelenecektir. İkinci bölümde, karşılıklı iştirak türleri ve bunlara bağlanan hukuki sonuçlar bu çalışma kapsamında önem arz ettiği ölçüde ve kısıtlı olarak incelenecektir. Çalışmanın üçüncü bölümünde, karşılıklı iştirak açısından önem arz eden TTK m. 198’de düzenlenen bildirim yükümlülüğü, özellikle uygulama dikkate alınarak incelenmeye çalışılacaktır.

## I. KARŞILIKLI İŞTİRAK KAVRAMI

### A. Tanım

Hukuk düzenlerinden bağımsız olarak karşılıklı iştirak, iki şirketin karşılıklı olarak birbirlerinin sermayelerine iştirak etmesidir. Karşılıklı iştirak, hem Türk hukuku hem de Alman hukuku açısından belirli bir orana kadar yaptırımı tabi tutulmamıştır<sup>8</sup>. Türk hukukunda teknik anlamda karşılıklı iştirak oluşabilmesi için her iki katılmanın da en az %25 oranında olması gerekmektedir<sup>9</sup>. Nitekim TTK m. 197 f. 1, “*birbirlerinin paylarının en az*

Yetkin Yayınları, 2021, s. 542; Oruç Hami Şener, *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı*, 5. Bası, Seçkin, 2022, s. 172; Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, 8. Bası Adalet Yayınevi, 2022, s. 157. Topluluğun oluşması için en az üç şirketin varlığının gerektiği yönündeki görüşler için bkz: “TK’da verilen tanımın iki özelliği vardır. Birincisi hâkim ortaklığın en az iki bağlı ticaret ortaklığının bulunması gerektiğidir.” Poroy, Tekinalp, Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku II*, s. 685. Yazarlar, bir hâkim ve bir bağlı ortaklığın bulunduğu yapıların, topluluk meydana getirmediği görüşünü savunmaktadırlar.

<sup>8</sup> Okutan Nilsson, *Şirketler Topluluğu Hukuku*, s. 161; Volker Emmerich, Mathias Habersack, *Aktien- und GmbH-Konzernrecht*, 7. Auflage, C.H. Beck, 2013, s.77-79; Volker Emmerich, Mathias Habersack, *Konzernrecht*, 10. Auflage, C.H. Beck, 2013, s. 74.

<sup>9</sup> Poroy, Tekinalp, Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku II*, s.738.



dörtte birine sahip bulunan sermaye şirketleri karşılıklı iştirak durumundadır” düzenlemesini ihtiva etmektedir.

A şirketinin B şirketine %15 ve B şirketinin A şirketine %24 iştirak ettiği bir senaryo, Türk hukuku açısından karşılıklı iştirak teşkil etmemektedir ve bu katılmaya bağlanan herhangi bir sonuç ya da yaptırım söz konusu değildir<sup>10</sup> çünkü her iki iştirak de %25 eşliğinin altında kalmaktadır.

A şirketinin B şirketine %15 ve B şirketinin A şirketine % 25 iştirak ettiği bir senaryoda da Türk hukuku açısından karşılıklı iştirak söz konusu değildir ve yine herhangi bir yaptırım söz konusu olmayacaktır. Her ne kadar B şirketinin A şirketindeki iştirak oranı %25 eşliğine erişmişse de aynı durum A şirketinin B şirketindeki %15 iştiraki açısından geçerli değildir.

A şirketinin B şirketine %24,9 ve B şirketinin A şirketine %24,9 oranında iştirak etmesi ya da A şirketinin B şirketine %25 ve B şirketinin A şirketine %24,9 oranında iştirak etmesi durumunda TTK m. 197’de düzenlenen iştirak sınırı karşılıklı olarak aşılmamış olduğundan, yine karşılıklı iştirak söz konusu olmayacaktır<sup>11</sup>. Karşılıklı iştirake bağlanan hukuki sonuçlar ve TTK m. 201’de öngörülen yaptırımlar, bahsi geçen iki örneğe de uygulanamayacaktır. Bu durum, doktrinde eleştirilmektedir. Pulaşlı, %24,9 oranında bir katılma ile kanunun dolanılmasının ve yaptırımların bertaraf edilmesinin mümkün olduğunu ifade etmektedir<sup>12</sup>. Kendigelen ise %24,9 katılım oranında tüm pay sahipliği haklarını kullanan bir şirketin, çok düşük bir ortanda pay iktisabı ile katılım oranının eşiğe ulaşması ile yaptırıma tabi tutulmasının hukuk mantığı ile bağdaşmadığını ifade etmektedir<sup>13</sup>.

İştirak oranı, sermaye oranı esas alınarak hesaplanır<sup>14</sup>. TTK m. 197, karşılıklı iştirak oranının tespiti için yapılacak hesaplamada TTK m. 196’nın esas alınacağını hükme bağlamaktadır. TTK m. 196 f. 1 “Bir ticaret şirketinin bir sermaye şirketindeki iştirakinin yüzdesi, o sermaye şirketindeki payının

veya payların itibarî değerleri toplamının, iştirak olunan şirketin sermayesine oranlanmasıyla bulunur. Sermaye şirketinin hem kendi hem de onun hesabına alınmış olup da üçüncü kişilerin elindeki kendi payları, hesaplamada o şirketin esas veya çıkarılmış sermayesinden düşülür.” şeklindedir.

## B. Karşılıklı İştirakin Faydaları ve Sakıncaları

Karşılıklı iştirak kriz dönemlerinde düşmanca devralmaların önüne geçmek, bankacılık ve sigortacılık sektörlerinde sistem içinde güvence sağlamak amacıyla tercih edilmektedir. Ancak birtakım riskleri de beraberinde getirmektedir. Sermayenin sulandırılması<sup>15</sup> 16, köpük sermaye yaratılması<sup>17</sup> ve şirket yönetiminde haksız bir güç yaratılması<sup>18</sup> bu risklere örnek verilebilir. Karşılıklı iştirak Türk hukukunda olduğu gibi diğer hukuk sistemlerinde<sup>19</sup> de tamamen yasaklanmamakta ancak birtakım caydırıcı hukuki düzenlemelere tabi tutulmaktadır. Nitekim TTK m. 197’nin gerekçesinde, kanun koyucunun karşılıklı iştirakleri tamamen geçersiz saymak yerine bir düzenlemeye tabi tutmak istediği belirtilmektedir.

Gerek benimsenen “sermayenin korunması ilkesi” gerek “sermayenin iadesi yasağı”, karşılıklı iştirake ilişkin bir düzenleme getirilmesini haklı ve gerekli kılmaktadır. Nitekim karşılıklı iştirak ile birlikte dolaylı bir şekilde aynı kaynağın, sermaye artırımında kullanılması ve gerçek olmayan, fiktif bir sermaye artışı yaşanması gündeme gelmektedir<sup>20</sup>. Bir diğer ifade ile aynı sermayenin mükerrer kullanımı gündeme gelecektir<sup>21</sup>.

Karşılıklı iştirak ile birlikte şirket yönetiminde aktif olanın yönetim kurulu, pasif olanın genel kurul haline gelmesi de arzu edilmeyen bir durumdur<sup>22</sup>. Özellikle hakimiyet ilişkisinin mevcut ve yoğun olduğu hallerde,

<sup>15</sup> Alm: Kapitalverwässerung.

<sup>16</sup> Okutan Nilsson, *Şirketler Topluluğu Hukuku*, s. 162.

<sup>17</sup> Kendigelen, s. 177.

<sup>18</sup> Poroy, Tekinalp, Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku II*, s. 738; Gül Okutan Nilsson, “Karşılıklı İştirak”, s. 255.

<sup>19</sup> Emmerich, Habersack, *Aktien*, s. 77-78; Emmerich, Habersack, *Konzernrecht*, s. 75.

<sup>20</sup> Emmerich, Habersack, *Aktien*, s. 77-78; Göktürk, “TSY”, s. 122.

<sup>21</sup> Ashlı Gürbüz Usluel, *Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Kâr Payı Alma Hakkı*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2016, s.179.

<sup>22</sup> Emmerich, Habersack, *Konzernrecht*, s. 74; Gürbüz Usluel, s. 179.

<sup>10</sup> Faruk Çelikyurt, *Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkının Donması*, Beta, 2018, s. 178.

<sup>11</sup> Çelikyurt, s. 178.

<sup>12</sup> Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi*, I. C., 4. Bası, Adalet Yayınevi, 2022, s. 538.

<sup>13</sup> Abuzer Kendigelen, *Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler*, 2. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2011, s. 182.

<sup>14</sup> Okutan Nilsson G, “Şirketler Topluluğunda Karşılıklı İştirak”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 18(2), 2012, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/marhad/issue/48277/614762>, Erişim Tarihi 01 Kasım 2022, s. 258.

yönetimi belirleme yetkisi de fiili olarak şirketlerin yönetimlerine geçecektir<sup>23</sup>. Bu durum anonim şirketlerde TTK m. 408 f. 2.'de düzenlenen anonim şirket genel kurulunun devredilemez ve vazgeçilemez yetkileri arasında yer alan yönetim kurulu üyelerinin seçilmesinin ve azlinin pratikte bir anlam ifade etmemesine ve söz konusu hükmün dolanılmasına neden olacaktır.

Kanun gerekçesinde de belirtilen sakıncalar nedeniyle karşılıklı iştirake ilişkin, bazı sektörlerde özel düzenlemeler yapıldığı görülmektedir<sup>24</sup>.

Bu düzenlemelerin başında, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu m. 56 f. 4<sup>25</sup> gelmektedir. Bankacılık Kanunu m. 56 f. 4, bankaların karşılıklı iştirak konumuna girmesini yasaklamaktadır<sup>26</sup>. Bankacılık sektörü, sermayenin korunması açısından önem arz etmektedir<sup>27</sup>. Kanun koyucu sektördeki bu özel durumu dikkate alarak, TTK m. 197'den ayrılan bir düzenlemeyi gerekli görmüştür.

Benzer bir endişenin enerji sektörü açısından da mevcut olduğu görülmektedir. 4628 sayılı Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun m. 5 f. 6<sup>28</sup>, gerekli görülmesi halinde karşılıklı iştirak ile ilgili sınırların belirlenmesi yetkisini Enerji Piyasası Düzenleme

<sup>23</sup> Göktürk, "TSY", s. 129; Okutan Nilsson, "Karşılıklı İştirak", s. 257.

<sup>24</sup> Ayrıca bkz. Kurumsal Yönetim Tebliği (II-17.1) 1.4.3, 2.1.2., 2.2.2/f; Birleşme ve Bölünme Tebliği (II-23.2) 11.

<sup>25</sup> 5411 sayılı Bankacılık Kanunu m. 56 f. 4

Bankalar, kendilerinde doğrudan veya dolaylı olarak pay sahibi olan ortaklık ve kuruluşlarda doğrudan veya dolaylı olarak pay sahibi olamazlar, bunların hisse senetlerini rehin olarak kabul edemezler ve karşılığında avans veremezler.

<sup>26</sup> Abdullah Altıntaş, "Anonim Ortaklıklarda Karşılıklı İştirakler ve Sonuçları", *Bilkent Üniversitesi Genç Hukukçu Araştırmacılar Sempozyumu 11-12 Ekim 2019*, On İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 555.

<sup>27</sup> Alman doktrininde de karşılıklı iştirak açısından bankacılık ve sigortacılık sektörünün dikkate çekici bir pozisyonda bulunduğu ifade edilmektedir. Wolfgang Zöllner, Ulrich Noack, *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, Band 1*, Auflage 3, Carl Heymanns Verlag, 2011, s. 333; Emmerich, Habersack, Konzernrecht, s. 74.

<sup>28</sup> 4628 sayılı Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun m. 5 f. 6

<sup>29</sup>: "Rekabeti sağlamak için iştirakler arası ilişkilere ilişkin standartlar ve kurallar oluşturmak, uygulamak ve bu standartların, piyasa faaliyetlerinde karşılıklı iştirak, işletme ve muhasebe konularında kısıtlamalar içermesi gerektiğinde, bu kısıtlamaları belirlemek"

Kuruluna vermiş bulunmaktadır<sup>29 30 31</sup>.

## II. KARŞILIKLI İŞTİRAK TÜRLERİ

### A. Basit Karşılıklı İştirak

#### 1. Yasal Düzenleme

TTK m. 197, "birbirlerinin paylarının en az dörtte birine sahip bulunan sermaye şirketleri karşılıklı iştirak durumundadır" düzenlemesini amirdir. TTK m.197 uyarınca, aralarında TTK m. 195 uyarınca hakimiyet ilişkisi bulunmayan ve birbirlerine en az %25<sup>32</sup> oranında iştirak eden sermaye şirketleri arasında basit karşılıklı iştirak<sup>33</sup> söz konusudur.

%25'in altında kalan katılımlara, bu bağlamda bağlanan bir hukuki sonuç söz konusu değildir<sup>34</sup>. Yaptırım sadece sermaye şirketleri için uygulanır. İştirak oranının hesaplanmasında TTK m. 196 uygulanır<sup>35</sup>. Hesaplama esas alınan sermaye oranıdır ve hakimiyet yaratan diğer araçlar dikkate alınmaz<sup>36</sup>. İştirak oranı, sermaye oranı esas alınarak hesaplanır<sup>37</sup>.

TTK m. 196 f. 1 "Bir ticaret şirketinin bir sermaye şirketindeki iştirakinin yüzdesi, o sermaye şirketindeki payının veya payların itibarı değerleri toplamının, iştirak olunan şirketin sermayesine oranlanmasıyla bulunur. Sermaye şirketinin hem kendi hem de onun hesabına alınmış olup da üçüncü kişilerin elindeki kendi payları, hesaplamada o şirketin esas veya çıkarılmış sermayesinden düşülür." şeklindedir.

<sup>29</sup> Altıntaş, s. 555.

<sup>30</sup> Karşılıklı iştirak sınırlarının belirlenmesi konusunda EPDK'nın özel bir düzenlemesi ve/veya uygulama kararının olup olmadığının tespiti için; alan adı ve anahtar sözcük kısıtlamaları ile Kurumun internet sayfası içerisinde yapılan aramalarda, yıllık faaliyet raporlarında yer alan ve Kurul'a kanun ile verilen yetkiye ilişkin bilgi dışında herhangi bir sonuca ulaşılamamıştır.

<sup>31</sup> Çalışmanın halka kapalı şirketler ile sınırlandırılmış olması nedeniyle, SPK düzenlemelerine bu çalışmada yer verilmemiştir.

<sup>32</sup> Alman hukukunda %25 yeterli olmayıp, %25 eşliğinin aşılması şartı aranmaktadır. Bu konuda, mehaz kanundan ayrılmıştır. Emmerich, Habersack, Aktien- s.77; Emmerich, Habersack, Konzernrecht, s. 74-75.

<sup>33</sup> Alm: *einfache wechselseitige Beteiligung*

<sup>34</sup> Okutan Nilsson, "Karşılıklı İştirak", s. 258; Poroy, Tekinalp, Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku II*, 740; Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi*, s. 538.

<sup>35</sup> Okutan Nilsson, "Karşılıklı İştirak", s. 258

<sup>36</sup> Gürbüz Usluel, s. 180.

<sup>37</sup> Okutan Nilsson, "Karşılıklı İştirak", s. 258.

Hakimiyetin varlığı halinde nitelikli karşılıklı iştirak söz konusu olacağı için basit karşılıklı iştirakin, %25 ile %50 arasındaki katımlarda karşımıza çıktığını söylemek mümkündür<sup>38 39</sup>. Ancak istisnai olarak, her kadar karşılıklı iştirak oranı %25 ile %50 arasında kalsa da TTK m. 195'te yer alan başka bir durum sonucunda hakimiyet kurulmuşsa, artık basit karşılıklı iştirak değil, nitelikli karşılıklı iştirak söz konusu olacaktır ve somut olaya nitelikli karşılıklı iştirake bağlanan sonuçlar uygulanacaktır<sup>40</sup>.

## 2. Basit Karşılıklı İştirake Bağlanan Hukuki Sonuçlar

Basit karşılıklı iştirak için öngörülen yaptırım, TTK m. 201 f. 1 ile düzenlenmektedir. Bir sermaye şirketinin, başka bir sermaye şirketin paylarını iktisap yoluyla, 'bilerek' basit karşılıklı iştirak yaratması halinde; bilerek basit karşılıklı iştirak yaratan şirkete, donma yaptırımını uygulanır. Bu durum TTK m. 201 f. 1'de düzenlenmiştir. Düzenleme; "*Bir sermaye şirketinin paylarını iktisap edip karşılıklı iştirak konumuna bilerek giren diğer bir sermaye şirketi, iştirak konusu olan paylardan doğan toplam oylarıyla diğer pay sahipliği haklarının sadece dörtte birini kullanabilir; bedelsiz payları edinme hakkı hariç<sup>41</sup>, diğer tüm pay sahipliği hakları donar. Söz konusu paylar toplantı ve karar nisabının hesaplanmasında dikkate alınmaz. 389 ile 612 nci madde hükümleri saklıdır*" şeklindedir.

Basit karşılıklı iştirak halinde, kural olarak pay sahipliği haklarının 3/4'ü donar. Bir diğer ifade ile "kısıtlamaya tabi olan şirketin elindeki karşılıklı iştirak konusu paylardan doğan haklar, dörtte bire indirgenecektir<sup>42</sup>". Bu donma, kural olarak, karşılıklı iştirak durumunda bulunan şirketlerden sadece birisi için uygulanır. Yaptırıma tabi olan şirket, kendisine %25 ve/veya %25 üzerinde iştirak edildiğini "bilmesine" rağmen, pay iktisabı yoluyla karşılıklı iştirak oluşturan diğer şirkettir. İstisnai olarak, her iki şirkete de yaptırım uygulanması söz konusu olabilir<sup>43</sup>. TTK m. 198'de düzenlenen bildirim

yükümlülüğü, bu noktada önem kazanmaktadır.

*A sermaye şirketinin B sermaye şirketinde<sup>44</sup>, %30 pay iktisap ettiği bir durumda, A şirketinin TTK m. 198 uyarınca, B şirketine bir bildirim yapması gerekir. A şirketinin, B şirketine bildirim yapmış olmasına rağmen; B şirketi, A şirketinden %40 oranında pay iktisap ederse, burada basit karşılıklı iştirak söz konusu olur<sup>45</sup>. Basit karşılıklı iştirakin oluşmasının nedeni, TTK m. 197'de karşılıklı iştirak için öngörülen %25 eşliğinin karşılıklı olarak aşılmış olmasıdır.*

*Basit karşılıklı iştirak oluştuğu için TTK m. 201 f. 1'de düzenlenen, donma yaptırımı gündeme gelir ve bilerek karşılıklı iştirak konumuna girilmesine neden olan B şirketine yaptırım uygulanır. B şirketi, A şirketindeki "iştirak konusu olan paylardan doğan toplam oylarıyla diğer pay sahipliği haklarının sadece dörtte birini kullanabilir; bedelsiz payları edinme hakkı hariç, diğer tüm pay sahipliği hakları donar<sup>46</sup>".*

*B şirketi, A şirketinde %40 oranında pay sahibi olmasına rağmen, pay sahipliği hakları, TTK m. 201 f. 1 uyarınca ve düzenlemede öngörülen oranda, donma yaptırımına konu olur<sup>47</sup>. Yaptırım, pay sahipliğinden kaynakların hakların %75'nin donması ve %25'nin kullanılabilir durumda olması şeklinde gerçekleşir. Bir diğer ifade ile pay sahipliğinden kaynaklanan haklarının 3/4'ü donacaktır. Geriye kalan 1/4'ü ise donma yaptırımına konu olmayacak ve kullanılabilir olacaktır. Bu nedenle, bu örnekte B şirketi; A şirketinde sahip olduğu payların dörtte birinden, yani %10'dan kaynaklanan pay sahipliği haklarını kullanabilecektir<sup>48</sup>. Buna karşın B şirketinin, A şirketinde sahip olduğu haklardan, donma yaptırımına konu olmayan paylar çıkarıldıktan sonra geriye kalan paylar için, bir başka ifade ile<sup>49</sup> donma yaptırımına konu olan %30 için pay sahipliğinden kaynaklanana haklar donacaktır ve*

<sup>38</sup> Gürbüz Usluel, s. 183.

<sup>39</sup> Emmerich, Habersack, *Konzernrecht*, s. 78. Ancak Alman hukukunda %25'in eşik olarak aşılması gerektiği unutulmamalıdır.

<sup>40</sup> Okutan Nilsson, "Karşılıklı İştirak", s. 195.

<sup>41</sup> TTK m. 201, bedelsiz payları edinme hakkını istisna tutmuştur.

<sup>42</sup> Okutan Nilsson, *Şirketler Topluluğu Hukuku*, s. 200.

<sup>43</sup> İştirak oluşmasına neden olan payları devreden şirketin, iktisap ettiği kendi paylarını devretmesi durumu buna örnek verilebilir. Nitekim, bu durumda her iki şirket açısından da 'bilme' olgusu vuku bulmuştur.

<sup>44</sup> İlk olarak her iki şirketin de sermaye şirketi olduğu belirtildikten sonra, örnek boyunca "sermaye şirketi" ifadesi yerine, "şirket" ifadesi kullanılacaktır. Bilindiği üzere, TTK m. 197 uyarınca, karşılıklı iştirak sadece sermaye şirketleri arasında söz konusu olmaktadır. TSY ile sadece topluluk içinde karşılıklı iştirak söz konusu olacağını düzenlemektedir.

<sup>45</sup> Okutan Nilsson, *Şirketler Topluluğu Hukuku*, s. 200.

<sup>46</sup> TTK m. 201 f. 1.

<sup>47</sup> Okutan Nilsson, *Şirketler Topluluğu Hukuku*, s. 200.

<sup>48</sup> Okutan Nilsson, *Şirketler Topluluğu Hukuku*, s. 200.

<sup>49</sup> TTK m. 201 f. 1 uyarınca uygulanan yaptırım sebebiyle, bu örnekte %10 donma gerçekleşmiştir. %40'dan %10'un çıkarılması ile %30'a ulaşılmıştır.

kullanılmayacaktır<sup>50</sup>.

Oy hakkında ya da kâr payı hakkında imtiyaz söz konusu ise bu konuda nasıl bir yol izleneceği sorusu gündeme gelecektir. Ancak, burada kanunun lafzından hareket edilerek, bu payların dikkate alınması gerektiği görülmektedir. TTK m. 201'de "toplam oylarıyla diğer pay sahipliği haklarının" ifadesi kullanılmıştır. Burada bilinçli bir tercih söz konusudur. Bu nedenle, oy hakkında ya da kâr payı hakkında imtiyaz söz konusu ise imtiyaz da dahil olmak üzere şirketin sahip bulunduğu tüm paylardan mütevellit hakları da donmaya konu olacaktır ve şirket "imtiyaz da dahil tüm oylarının ve diğer tüm paylarının sadece dörtte birini kullanacaktır"<sup>51</sup>.

Basit karşılıklı iştirak nedeniyle donma yaptırımına konu olan paylar, donma yaptırımın söz konusu olduğu durumlarda toplantı ve nisap sayıları açısından da dikkate alınmayacaktır<sup>52</sup>.

Yukarıda örnek üzerindontoplantı nisabı aşağıdaki şekilde hesaplanabilir. A sermaye şirketinin B sermaye şirketinde<sup>53</sup>, %30 pay iktisap ettiği bir durumda, A şirketinin TTK m. 198. uyarınca B şirketine bir bildirim yapması gerekir. A şirketinin, B şirketine bildirim yapmış olmasına rağmen; B şirketi A şirketinden %40 oranındapay iktisap ederse, basit karşılıklı iştirak söz konusu olur<sup>54</sup>. Dolayısıyla bilerek karşılıklı iştirak yaratan A şirketine TTK m. 201 f. 1'de öngörülen yaptırımın uygulaması gerekir. A şirketinin toplam 100 adet payı olduğu kabul edilirse<sup>55</sup> B şirketi A şirketinde 40 adet paya ve 40 adet oya sahip olacaktır. B şirketi her ne kadar 40 adet oya sahip ise de bilerek karşılıklı iştirak yaratması nedeniyle uygulanacak olan yaptırım sonucunda 30 adet oyu donacak ve sadece 10 adet oyunu kullanabilecektir<sup>56</sup>. A şirketinin nisap hesaplamalarına bu durum etki edecektir. Toplamda 100 adet oyu olan şirketin, 30 adet oyu donma yaptırımına tabi olduğu için hesaplamalar

<sup>50</sup> Okutan Nilsson, *Şirketler Topluluğu Hukuku*, s. 200.

<sup>51</sup> Okutan Nilsson, *Şirketler Topluluğu Hukuku*, s. 200.

<sup>52</sup> Okutan Nilsson, *Şirketler Topluluğu Hukuku*, s. 202.; Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi*, s. 547.; Ünal Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, Vedat Kitapçılık, 2015, s. 630.

<sup>53</sup> İlk olarak her iki şirketin de sermaye şirketi olduğu belirtildikten sonra, örnek boyunca "sermaye şirketi" ifadesi yerine, "şirket" ifadesi kullanılacaktır. Bu tercihin nedeni, metni sadeleştirmektir. Bilindiği üzere, TTK m. 197 uyarınca, karşılıklı iştirak sadece sermaye şirketleri arasında söz konusu olmaktadır. Bu konuda mehaz APOK'dan farklılaşmıştır.

<sup>54</sup> Okutan Nilsson, *Şirketler Topluluğu Hukuku*, s. 200.

<sup>55</sup> Herhangi bir imtiyazın olmadığı varsayımı esas alınmıştır.

<sup>56</sup> Okutan Nilsson, *Şirketler Topluluğu Hukuku*, s. 202.

şirketin toplamda 70 adet oyu varmış gibi yapılacaktır<sup>57</sup>.

## B. Nitelikli Karşılıklı İştirak

### 1. Yasal Düzenleme

Nitelikli karşılıklı iştirakin oluşabilmesi için öncelikle hakimiyetin mevcut olması gerekmektedir. Karşılıklı iştirak durumunda olan şirketlerin arasında aynı zamanda hakimiyet ilişkisi söz konusu ise nitelikli karşılıklı iştirak söz konusu olacaktır<sup>58 59</sup>. Bir diğer ifade ile karşılıklı olarak birbirlerine iştirak eden şirketlerin birisi hâkim (ana) diğeri bağlı (yavru) şirket ise bu takdirde, nitelikli karşılıklı iştirak söz konusu olacaktır<sup>60</sup>. Hakimiyetin belirlenmesinde TTK m. 195 esas alınacaktır<sup>61</sup>.

<sup>57</sup> Okutan Nilsson, *Şirketler Topluluğu Hukuku*, s. 202.

<sup>58</sup> Alm: qualifizierte wechselseitige Beteiligung

<sup>59</sup> Detaylı bilgi için bkz Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi*, s. 540 vd., Okutan Nilsson, *Karşılıklı İştirak*, s. 263.

<sup>60</sup> Göktürk, "TSY", s. 130.

<sup>61</sup> TTK MADDE 195- (1) a) Bir ticaret şirketi, diğer bir ticaret şirketinin, doğrudan veya dolaylı olarak;

1. Oy haklarının çoğunluğuna sahipse veya

2. Şirket sözleşmesi uyarınca, yönetim organında karar alabilecek çoğunluğu oluşturan sayıda üyenin seçimini sağlayabilmek hakkını haizse veya

3. Kendi oy hakları yanında, bir sözleşmeye dayanarak, tek başına veya diğer pay sahipleri ya da ortaklarla birlikte, oy haklarının çoğunluğunu oluşturuyorsa,

b) Bir ticaret şirketi, diğer bir ticaret şirketini, bir sözleşme gereğince veya başka bir yolla hâkimiyeti altında tutabiliyorsa,

birinci şirket hâkim, diğeri bağlı şirkettir. Bu şirketlerden en az birinin merkezi Türkiye'de ise, bu Kanundaki şirketler topluluğuna ilişkin hükümler uygulanır.

(2) Birinci fıkrada öngörülen hâller dışında, bir ticaret şirketinin başka bir ticaret şirketinin paylarının çoğunluğuna veya onu yönetebilecek kararları alabilecek miktarda paylarına sahip bulunması, birinci şirketin hâkimiyetinin varlığına karinedir.

(3) Bir hâkim şirketin, bir veya birkaç bağlı şirket aracılığıyla bir diğer şirkete hâkim olması, dolaylı hâkimiyettir. (4) Hâkim şirkete doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunan şirketler, onunla birlikte şirketler topluluğunu oluşturur. Hâkim şirketler ana, bağlı şirketler yavru şirket konumundadır.

(5) Şirketler topluluğunun hâkiminin, merkezi veya yerleşim yeri yurt içinde veya dışında bulunan, bir teşebbüs olması hâlinde de, 195 ilâ 209 uncu maddeler ile bu Kanundaki şirketler topluluğuna ilişkin hükümler uygulanır. Hâkim teşebbüs tacir sayılır. Konsolide tablolar hakkındaki hükümler saklıdır.

(6) Şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerin uygulanmasında "yönetim kurulu" terimi limited şirketlerde müdürleri, sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler ile şahıs şirketlerinde yöneticileri, diğer tüzel kişilerde yönetim organını ve gerçek kişilerde gerçek kişinin kendisini

Nitelikli karşılıklı iştirak açısından da ikili bir ayırım yapılmaktadır. Nitelikli karşılıklı iştirak halinde; tek taraflı hakimiyet söz konusu ise “tek taraflı nitelikli karşılıklı iştirak”, hakimiyet karşılıklı ise, bir diğer ifade ile her iki şirket de birbirine hâkim ise bu takdirde “çift taraflı nitelikli karşılıklı iştirak” söz konusu olacaktır<sup>62</sup>.

Basit karşılıklı iştirak durumunun tespiti açısından, eşik bazında bir değerlendirme yeterli iken, nitelikli karşılıklı iştirak açısından bu tespit daha karmaşık bir yapı olan hakimiyetin tespiti olarak karşımıza çıkmaktadır. Belirtmek gerekir ki bazı durumlarda iştirak oranı %25 ile %50 arasında olsa da hakimiyet kurulmuşsa, bu durum nitelikli karşılıklı iştirak olarak kabul edilecektir<sup>63</sup>.

Hakimiyet; fiili hakimiyet ya da sözleşmesel hakimiyet<sup>64</sup> olarak karşımıza çıkmaktadır. Herhangi bir hakimiyet sözleşmesi bulunmaksızın sadece TTK m. 195’te öngörülen şartların oluşmasıyla oluşan hakimiyet, fiili hakimiyet olarak adlandırılmaktadır.

Bir hakimiyet sözleşmesinin yapılması halinde, sözleşmesel hakimiyet söz konusu olacaktır<sup>65</sup>. Hakimiyet sözleşmesine ilişkin TTK’de herhangi bir tanım bulunmamaktadır. Hakimiyet sözleşmelerine ilişkin düzenleme TTK m. 198 f. 3’te yer almaktadır. İlgili hüküm, “*Hâkimiyet sözleşmesinin geçerli olabilmesi için bu sözleşmenin ticaret siciline tescil ve ilanı şarttır. Sözleşmenin geçersizliği, bu Kanun ile diğer kanunlardaki şirketler topluluğuna dair yükümlülüklerle ve sorumluluklara ilişkin hükümlerinin uygulanmasına engel olmaz.*” şeklindedir. Düzenleme bir tanım getirmemekte, sadece bir geçerlilik şartı getirmekte ve ticaret siciline tescil ve ilan edilmeyen hakimiyet sözleşmelerini geçersiz saymakta ancak geçersizliğin sorumsuzluk anlamına gelmeyeceğini hüküm altına almaktadır.

Kanuni düzenleme ile sınırları çizilmeyen hatta tanımı yapılmayan

*ifade eder.*

<sup>62</sup> Benzer bir sınıflandırma mehzar kanunda da söz konusudur. Detaylı bilgi için bkz. Emmerich, Habersack, *Konzernrecht*, s. 74. Sınıflandırma için ayrıca bkz: Okutan Nilsson, “Karşılıklı İştirak”, s. 259; Poroy, Tekinalp, Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku II*, s.740 vd.

<sup>63</sup> Okutan Nilsson, “Karşılıklı İştirak”, s. 195.

<sup>64</sup> Hakimiyet sözleşmeleri için detaylı bilgi için bkz. Mehmet Çelebi Can, *Hakimiyet Sözleşmesi (Anonim Şirketlerden Oluşan Şirketler Topluluğu Bakımından)*, Adalet Yayınevi, 2020, s 89 vd.

<sup>65</sup> Can, s. 89-91.

hakimiyet sözleşmeleri için TSY m. 106 ile kapsamlı bir düzenleme getirilmektedir. Normlar hiyerarşisi karşısında düzenlemenin kanun yerine yönetmelik ile getirilmesi mümkün değildir. TSY m. 106 f. 1 hakimiyet sözleşmeleri için bir tanım getirmektedir, düzenlenme uyarınca hakimiyet sözleşmesi “... *aralarında doğrudan veya dolaylı iştirak ilişkisi bulunmayan, bulunsa bile bu ilişkiden bağımsız ve soyutlanmış bir şekilde taraflardan birinin, sermaye şirketi olan diğerinin yönetim organına hiçbir şarta bağlı olmadan talimat verme yetkisini içeren ...*”<sup>66</sup> sözleşmeler olarak tanımlanmıştır.

## 2. Nitelikli Karşılıklı İştirake Bağlanan Hukuki Sonuçlar

Nitelikli karşılıklı iştirak halinde, TTK m. 201 f. 1’de düzenlenen yaptırımlar uygulanmaz<sup>67</sup>. Bu durum, nitelikli karşılıklı iştirakin yaptırımsız bırakılmasının değil, aksine risklerin daha fazla olması nedeniyle daha ağır yaptırımlara tabi tutulmak istenmesinin bir sonucudur<sup>69</sup>.

TTK m. 197 anlamında karşılıklı iştirak oluşturan şirketler arasında aynı zamanda hakimiyet de söz konusu ise artık yaptırım olarak TTK m. 201 f. 1 yaptırımı değil, hâkim ve yavru şirket arasında uygulanan yaptırımlar uygulanacaktır. Nitelikli iştirakte hakimiyet söz konusu olduğu için artık bağlı ve hâkim şirket söz konusudur<sup>70</sup>.

TTK m. 201. f. 1, TTK m. 389 hükmünü saklı tutmuştur. Saklı tutulan bu

<sup>66</sup> TSY m. 106 f. 1.

<sup>67</sup> TTK m. 201 yasa yapma tekniği açısından öğretide eleştirilmektedir. TTK m. 201 f. 1, 3/4 donma yaptırımını getirmekle beraber m. 389. ve m. 612. düzenlemelerini saklı tutmuştur. Ancak m. 201 f. 2 ile “*birinci fıkrada öngörülen sınırlama, bağlı şirketin hâkim şirketin paylarını iktisap etmesi veya her iki şirketin birbirlerine hâkim olması hâlinde uygulanmaz*” düzenlemesini getirmiştir. Maddenin bu şekilde kaleme alınışının m. 389 ve m. 612’nin uygulamasını devre dışı bıraktığı ileri sürülebilir ancak böyle bir yorum düzenlemenin ruhu ile bağdaşmayacak ve hukuken kabulü mümkün olmayan bir sonuç doğuracaktır. Daha kapsamlı bir yoğunlaşmanın yaptırımsız bırakılması mümkün değildir. Benzer yönde tespit için bkz. Göktürk, “TSY”, s. 130.

<sup>68</sup> Alman mevzuatında da benzer bir ayırım söz konusudur. Basit karşılıklı iştirake bağlanan sonuçlar APOK m. 328’de düzenlenmektedir. Karşılıklı katılmaları düzenleyen APOK 19, 4. fıkrası ile bir düzenleme getirmekte ve basit karşılıklı iştirak düzenleyen APOK m. 328’in, nitelikli karşılıklı iştirak için uygulanmayacağını düzenlemektedir. APOK m. 328: “*§ 328 ist auf Unternehmen, die nach Absatz 2 oder 3 herrschende oder abhängige Unternehmen sind, nicht anzuwenden.*”

<sup>69</sup> Nilsson, *Şirketler Topluluğu Hukuku*, s. 208; Okutan Nilsson, “Karşılıklı İştirak”, s. 263; Göktürk, “TSY”, s. 130, dipnot 80.

<sup>70</sup> Okutan Nilsson, “Karşılıklı İştirak”, s. 259; Poroy, Tekinalp, Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku II*, s.742.

hüküm, “Şirketin iktisap ettiği kendi payları ile yavru şirket tarafından iktisap edilen ana şirketin payları, ana şirketin genel kurulunun toplantı nisabının hesaplanmasında dikkate alınmaz. Bedelsiz payların iktisabı hariç, şirketin devraldığı kendi payları hiçbir pay sahipliği hakkı vermez. Yavru şirketin iktisap ettiği ana şirket paylarına ait oy hakları ile buna bağlı haklar donar.” şeklindedir.

Okutan; “şirketin kendi payını taahhüt ve iktisabı<sup>71</sup>”, hakimiyete ilişkin sorumluluğu düzenleyen TTK m. 202 vd<sup>72</sup>, bilgi alma<sup>73</sup>, raporlama<sup>74</sup> ve denetim<sup>75</sup> ilişkin düzenlemelerin de nitelikli karşılıklı iştirake uygulanacak hükümler olduğunu ifade etmektedir<sup>76</sup>.

### III. BİLDİRİM YÜKÜMLÜLÜĞÜ

TTK ile sermayenin korunması, alacaklıların korunması ve pay sahiplerinin korunması amacıyla birtakım tedbirler getirilmiştir. Donma yaptırımı buna bir örnektir. Kapsamları ve uygulama alanları farklılık göstermekle birlikte, donma yaptırımı farklı düzenlemelerde karşımıza çıkmaktadır. Şirket sermayesinde belli eşiklere ulaşılması ya da bu eşiklerin altına inilmesi halinde bildirim yükümlülüğünü düzenleyen TTK m. 198 f. 2<sup>77</sup>, basit karşılıklı iştirakin hukuki sonucunu düzenleyen TTK m. 201 f.1, anonim şirketin kendi paylarını iktisap etmesi ve yavru şirketin ana şirketin paylarını iktisap etmesi halinde hakların kullanılmasını düzenleyen TTK m. 389 ile limited şirketin kendi esas sermaye paylarını iktisabını düzenleyen TTK m. 612. f.4<sup>78</sup>, donma yaptırımının örnekleridir. Bildirim yükümlülüğünü düzenleyen TTK m. 198, özellikle basit karşılıklı iştirak uygulaması açısından önem arz etmektedir. Bu çalışmada TTK m. 198 düzenlemesi, “bildirim”<sup>79</sup>, “tescil ve ilan yükümlülüğü” ile “internet sitesinde yayımlama” olmak üzere üç ayrı başlık altına incelenecektir.

<sup>71</sup> Okutan Nilsson, “Karşılıklı İştirak”, s. 263.

<sup>72</sup> Okutan Nilsson, “Karşılıklı İştirak”, s. 263.

<sup>73</sup> Okutan Nilsson, “Karşılıklı İştirak”, s. 263.

<sup>74</sup> Okutan Nilsson, “Karşılıklı İştirak”, s. 263.

<sup>75</sup> Okutan Nilsson, “Karşılıklı İştirak”, s. 263.

<sup>76</sup> Okutan Nilsson, “Karşılıklı İştirak”, s. 263.

<sup>77</sup> Ayrıca bkz Ticaret Sicil Yönetmeliği m. 107.

<sup>78</sup> Bu çalışmanın kapsamı, anonim şirketlerle sınırlı tutulmuştur.

<sup>79</sup> Gerekçe TTK m. 198.

### A. Bildirim

#### 1. Basit Karşılıklı İştirak Bakımından Bildirim Yükümlülüğünün Önemi

Basit karşılıklı iştirakin hukuki sonucu TTK m. 201 f. 1’de düzenlenmektedir. “Bilerek” basit karşılıklı iştirak yaratan şirkete donma yaptırımı uygulanacaktır. Donma, kural olarak sadece tek bir şirket için uygulanır<sup>80</sup>. İstisnai olarak her iki şirketin de TTK m. 201 yaptırımına tabi olması söz konusu olabilir<sup>81</sup>. Örneğin, A şirketi, B şirketinde %30 oranında pay sahibi iken; B şirketi, A şirketinde pay iktisap ederek, %24 oranında pay sahibi olursa, teknik olarak karşılıklı iştirak doğmayacak ve TTK m. 201 anlamında bir yaptırım söz konusu olmayacaktır. Ancak A şirketi daha önce B şirketinin kendisinde pay sahibi olduğunu bilmesine rağmen; daha önce TTK m. 379 kapsamında ve sınırları dahilinde iktisap etmiş olduğu %5 kendi payını, B şirketine devrederse; B şirketinin, A şirketindeki pay sahipliği oranı, %29’a yükselecektir. Bu iktisap ile birlikte A şirketi, B şirketinde %30 oranında pay sahibi iken; B şirketi de A şirketinde %29 oranında pay sahibi olacaktır. Böylelikle karşılıklı olarak %25 eşiği aşılmış olacaktır. Hakimiyetin söz konusu olmaması halinde, basit karşılıklı iştirak gündeme gelecektir. Ancak bu senaryoda karşılıklı iştiraki görünürde B şirketi yaratmakla birlikte; fiiliyatta A ve B birlikte yaratmaktadır. Böyle bir senaryoda karşılıklı iştiraki birlikte yaratan her iki şirkete de karşılıklı iştirak yaptırımı uygulanması gerekmektedir. Okutan, bizzat kendi payını devretmek suretiyle karşılıklı iştirakin oluşumuna fiilen katılan şirkete de yaptırım uygulanması gerektiği ve bu suretle her iki şirketin de bahsi geçen donma yaptırımına tabi tutulması gerektiğini savunmaktadır<sup>82</sup>.

Alman hukukunda da karşılıklı iştirak halinde, donma yaptırımının sadece bilerek karşılıklı iştirak oluşturan şirkete uygulanacağı ancak birinci şirketin bildirim yükümlülüğü yerine getirmiş olması gerektiği ifade edilmektedir<sup>83</sup>. İlk bildirim yapanın, daha sonra oluşsa dahi, karşılıklı iştirak için öngörülen donma yaptırımından kurtulmuş olacağı ifade edilmektedir<sup>84</sup>. Aynı şekilde, %25 üzeri iktisabını bildirmeyen işletmenin, bildirim yükümlülüğünü ihlaline

<sup>80</sup> Okutan Nilsson, “Karşılıklı İştirak”, s. 261; Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi*, s. 542.

<sup>81</sup> Okutan Nilsson, “Karşılıklı İştirak”, s. 261.

<sup>82</sup> Okutan Nilsson, “Karşılıklı İştirak”, s. 261, dipnot 20.

<sup>83</sup> Okutan Nilsson, “Karşılıklı İştirak”, s. 261.

<sup>84</sup> Emmerich / Habersack, *Konzernrecht*, s. 80. Türk hukuku açısından bkz. TTK m. 198.

ilişkin yaptırımı da tabi olacağı ifade edilmektedir<sup>85</sup>. Alman hukukunda, iktisabın bildirilmemesi halinde, ikinci iktisabı iyiniyetli gerçekleştirenin korunacağı ve karşılıklı iştirak nedeniyle donma yaptırımına tabi tutulmayacağı benimsenmiştir<sup>86</sup>. Okutan, Alman hukukunda da her iki şirketin yaptırımı tabi tutulmamasının dayanağının, hukuk güvenliği olduğunu, bu nedenle bilerek pay iktisabı ile karşılıklı iştirak oluşturan ya da pay iktisabı halinde gerekli bildirimde bulunmayarak bir başka şirketin bilmeksizin karşılıklı iştirak yaratmasına neden olan şirkete, yaptırım getirildiğini ifade etmektedir<sup>87</sup>. Aynı şekilde yaptırım ile hem karşılıklı iştiraki caydırmak hem de oluşmuş bulunan karşılıklı iştirakin muhtemel tehlikelerinin önüne geçilmek istenmektedir<sup>88</sup>.

Türk hukuku açısından TTK m. 198’de düzenlenen eşikler arasında, karşılıklı iştirak açısından önem arz eden oranların %25 ve %50’nin olduğu görülmektedir<sup>89</sup>. %25 basit karşılıklı iştirakin oluşumu, %50 ise hakimiyete karine teşkil ettiği için TTK m. 198’in karşılıklı iştirak açısından önemli bir yeri bulunmaktadır<sup>90</sup>.

TTK m. 198, karşılıklı iştirak açısından şeffaflık sağlamaktadır. Karşılıklı iştirak bağlamında düşünüldüğünde, bir sermaye şirketi başka bir sermaye şirketinin, doğrudan ya da dolaylı olarak kanunda belirtilen oranlarında pay sahibi olduğunda ya da pay sahipliğinde bu oranları yitirdiğinde, TK 198 doğrultusunda bildirimde bulunacaktır<sup>91</sup>. Kendisine iştirak edildiğini öğrenen sermaye şirketi de geleceğe ilişkin projeksiyonlarına bu doğrultuda gerçekleştirecek ve planlama yapacaktır.

TTK m. 198’in kapsamına giren bir iktisap gerçekleştirildiğinde, öngörülen bildirim ilgili şirket tarafından yerine getirilmezse, pay iktisabı neticesinde elde edilen haklar donacaktır<sup>92</sup>. Bildirim yapılması ile beraber bildirim yapılmamasına bağlı donma, ortadan kalkacaktır. Buradaki donma yaptırımı geçici bir donmadır. Yaptırım, bildirim gerçekleştirilmesini ve

<sup>85</sup> Emmerich / Habersack, *Konzernrecht*, s. 80.

<sup>86</sup> Emmerich / Habersack, *Konzernrecht*, s. 81.

<sup>87</sup> Okutan Nilsson, “Karşılıklı İştirak”, s. 261.

<sup>88</sup> Okutan Nilsson, “Karşılıklı İştirak”, s. 261.

<sup>89</sup> Okutan Nilsson, “Karşılıklı İştirak”, s. 261.

<sup>90</sup> Okutan Nilsson, “Karşılıklı İştirak”, s. 261.

<sup>91</sup> Okutan Nilsson, “Karşılıklı İştirak”, s. 262.

<sup>92</sup> Okutan Nilsson, “Karşılıklı İştirak”, s. 262; Poroy, Tekinalp, Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku II*, s. 745.

şeffaflık teminini hedeflemektedir.

## 2. Bildirimin Bir İstisna Olma(ma)sı Durumu

Pay ve senetlerin devri konusunda TTK’de serbestlik esas alınmıştır<sup>93 94</sup>. Anonim şirketlerde paylar; hamiline ya da nama yazılı olarak düzenlenebilir. Paylar senet düzenlenmiş, ilmühaber çıkartılmış ya da çıplak pay olarak karşımıza çıkmaktadır. Hamiline yazılı payların bedelleri tamamen ödenmedikçe, pay senedi çıkarılamaz. Hamiline yazılı payların devri kural olarak<sup>95</sup> herhangi bir sınırlamaya ya da bildirim tabi değildir. Nitekim hamiline yazılı paylar açısından, bir bağlam düzenlemesi yapılması; hamiline yazılı olma vasfı ile de bağdaşmamaktadır görüşü savunulmaktadır<sup>96</sup>.

7262 sayılı Kanun ile getirilen değişiklikten önce, halka kapalı anonim şirketlerde, hamiline yazılı pay senetlerinin devri, zilyetliğin devri ile gerçekleşmekteydi. Bu düzenleme, uygulamada tedavül kolaylığı sağlıyordu. Hamiline yazılı senetler; anonimlik<sup>97</sup>, rehin kolaylığı<sup>98</sup> ve vergi<sup>99</sup> nedeniyle de tercih edilmektedir. Ancak, bu özelliklerin kötüye kullanımı; terör finansmanı ve kara para aklama için bir araç haline gelmesi, devletleri bu konuda düzelmeye yapmaya yöneltmiştir<sup>100 101</sup>.

31/12/2020 tarih ve 31351 (5. Mükerrer) sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 7262 sayılı Kitle İmha Silahlarının Yayılmasının Finansmanının Önlenmesine İlişkin Kanun, hamile yazılı senetlerin bastırılması ve devri

<sup>93</sup> Zühtü Aytaç, “İsviçre Hukukunda Anonim Şirket Pay Sahiplerinin Pay Edinimlerinde Bildirim Yükümlülüğüne İlişkin Yeni Düzenlemeler ve Konunun Türk Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, *Prof. Dr. Seza Reisoğlu Armağanı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü*, 2016, s. 83.

<sup>94</sup> Halka kapalı anonim şirketlerde hamiline yazılı hisse senetlerinin devrine ilişkin getirilen Merkezi Kayıt Kuruluşuna bildirim ile bu konudaki kanun koyucu tercihinde bir değişiklik yaşandığı söylenebilir.

<sup>95</sup> Aytaç, “Bildirim Yükümlülüğü”, s. 84.

<sup>96</sup> Aytaç, “Bildirim Yükümlülüğü”, s. 83.

<sup>97</sup> Ethem Kara, “Hamiline Yazılı Pay Senetlerinin Devrinde Halka Kapalı Anonim Şirketler Açısından 7262 Sayılı Kanunla FEGG Tavsiyesi Doğrultusunda Yapılan Değişiklikler”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 16(184), 2021, s. 2322.

<sup>98</sup> Kara, s. 2322.

<sup>99</sup> Kara, s. 2322.

<sup>100</sup> Kara, s. 2322.

<sup>101</sup> İsviçre hukukuna ilişkin detaylı bir inceleme için bkz. Aytaç, “Bildirim Yükümlülüğü”.

ile ilgili önemli bir değişik getirmektedir<sup>102</sup>. Bu düzeleme, dünyada devam etmekte olan mevzuat ve sistem değişikliğinin, Türk hukukundaki yansıması olarak nitelendirilebilir. Halka kapalı anonim şirketlerde, hamiline yazılı hisse senetlerin devrine ilişkin düzenleme ve sınırlama, TTK m. 489 ile getirilmiştir. İlgili madde düzenlemesi ile halka kapalı anonim şirkette hamiline yazılı pay senedinin devrinde; devrin, şirkete ve üçüncü kişilere karşı hüküm ifade edebilmesi için zilyetliğinin geçirilmesinin yanı sıra, Merkezi Kayıt Kuruluşuna (“MKK”) bildirim yapılması da zorunlu hale getirilmiştir<sup>103</sup>. İlgili bildirim yapılmasına bir hukuki sonuç bağlanmış ve gerekli bildirim yapılınca kadar, paya bağlı hakların kullanılmayacağı hüküm altına alınmıştır. MMK’ya bildirim yapılmaması halinde, “devralanın paya bağlı hakları donar<sup>104</sup>”.

*Kural olarak, nama yazılı payların devri de serbestlik ilkesine tabidir. Ancak TTK m. 490 ve devamında düzenlenen ve nama yazılı paylar açısından öngörülen bağlam hükümleri, anonim şirketlerde pay devirlerinin serbestliği ilkesinin bir istisnası olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>105</sup>. Anonim şirketlerde nama yazılı paylar için öngörülen bağlamın amacı; anonim şirketi, pay sahibini ve alacaklıları korumaktır<sup>106</sup>.*

*Anonim şirketlerde, kural olarak, pay devrinin bildirimine ilişkin bir zorunluluk söz konusu değildir ancak, TTK m. 198 bu kurala bir istisna getirmektedir. %5, %10, %25, %33, %50, %67 ve %100 eşiklerinin aşılması ya da bu eşiklerin altına düşülmesi halinde, bildirim yükümlülüğü ile tescil ve ilan yükümlülüğü getirilmektedir. Yükümlülükler aykırı davranmanın sonucu ise TTK m. 198 f. 2<sup>107</sup> ile düzenlenmekte ve sair paylara ilişkin olarak*

<sup>102</sup> Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi*, s. 2216.

<sup>103</sup> TTK m. 489 f. 1: “Hamiline yazılı pay senetlerinin devri, şirket ve üçüncü kişiler hakkında, ancak zilyetliğin geçirilmesi suretiyle payı devralan tarafından Merkezi Kayıt Kuruluşuna yapılacak bildirimle hüküm ifade eder. Merkezi Kayıt Kuruluşuna bildirimde bulunulmaması hâlinde, hamiline yazılı pay senedine sahip olanlar, bu Kanundan doğan paya bağlı haklarını gerekli bildirim yapılınca kadar kullanamaz.”

<sup>104</sup> Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi*, s. 2218.

<sup>105</sup> Aytaç, “Bildirim Yükümlülüğü”, s. 83.

<sup>106</sup> Ünal Tekinalp, *Anonim Ortaklıkta Yeni Bağlam Sisteminin Esasları*, Vedat Kitapçılık, 2021, s. 25.

<sup>107</sup> TTK m. 198 f. 2 “Birinci fıkrada öngörülen bildirim ile tescil ve ilan yükümlülüğü yerine getirilmediği sürece, ilgili paylara ait oy hakkı dâhil, diğer haklar donar. Bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesine dair diğer hukuki sonuçlara ilişkin hükümler saklıdır.”

*oy hakkı da dahil olmak üzere tüm hakların donacağı ifade edilmektedir<sup>108</sup>. Bildirime ilişkin diğer bir düzenleme ise TSY m. 107<sup>109</sup> ile getirilmektedir. TSY düzenlemesi, bildirim yükümlülüğünün uygulama alanını da şirketler topluluğu ile sınırlamakta ve teşebbüs ya da ticaret şirketinin bir şirketler topluluğuna dahil olması halinde de bildirim yükümlülüğünün doğacağını belirtmektedir<sup>110</sup>.*

### 3. Genel Olarak Bildirim Yükümlülüğü

Bildirim yükümlülüğü sadece Türk hukukunda değil, Alman hukukunda<sup>111</sup> ve İsviçre hukukunda<sup>113</sup> da karşımıza çıkmaktadır. TTK m. 198<sup>114</sup> ile getirilen düzenleme; farklı alanlara ilişkin düzenlemeleri içinde

<sup>108</sup> TTK m. 198’de düzenlenen yükümlüğe uyulmamasının hukuki sonucunun tüm hakların donması olması doktrinde eleştirilmektedir. Bkz: Kadir Baş, “Anonim Şirketlerde Pay Sahiplerinin Türk Ticaret Kanununun m. 198 Uyarınca Bildirim Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğe Aykırılığın Sonuçları”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 36(1), 2020, s. 59.

<sup>109</sup> Ticaret Sicil Yönetmeliği m. 107 f.1: “Bir teşebbüs veya bir ticaret şirketi; bir sermaye şirketinin sermayesinin, doğrudan veya dolaylı olarak yüzde beşini, onunu, yirmisini, yirmi beşini, otuz üçünü, ellisini, altmış yedisini veya yüzde yüzünü temsil eden miktarda paylarına sahip olduğu veya payları bu yüzdelerin altına düştüğü takdirde; teşebbüs veya ticaret şirketi, durumu söz konusu işlemlerin tamamlanmasını izleyen on gün içinde, sermaye şirketine ve Kanun ile diğer kanunlarda gösterilen yetkili makamlara bildirir.”

<sup>110</sup> TSY m. 107 f. 2.

<sup>111</sup> Türk hukukunda, TTK m. 198’de farklı eşikler öngörülmüş ve bu suretle birden fazla tetikleyici düzenlenmiştir. Oysa Alman hukukunda öngörülen tek eşik %25’tir.

<sup>112</sup> Emmerich/ Habersack, *Konzernrecht*, s. 80. Yazarlar %25’i aşan karşılıklı katılmalarda bildirim yükümlülüğünün önemine vurgu yapmaktadırlar. Düzenlemenin amacının, bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmesiyle birlikte, ikinci şirketin artık karşılıklı iştirak söz konusu olacağını öngörebileceği, buna rağmen iktisap gerçekleştirirse bunun yaptırıma tabi tutulması ifade edilmektedir.

<sup>113</sup> İsviçre hukukunda öngörülen sistem karmaşık bir sistemdir. Bildirim yükümlülüğüne ilişkin düzenleme yapılmasının temel nedenlerinden biri kara paranın aklanması ve terörle mücadele edilmesidir. Detaylı bilgi için bkz. Aytaç, “Bildirim Yükümlülüğü”, s. 57-79.

<sup>114</sup> TTK m. 198 düzenlemesi aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir.

“(1) Bir teşebbüs, bir sermaye şirketinin sermayesinin, doğrudan veya dolaylı olarak, yüzde beşini, onunu, yirmisini, yirmi beşini, otuz üçünü, ellisini, altmış yedisini veya yüzde yüzünü temsil eden miktarda paylarına sahip olduğu veya payları bu yüzdelerin altına düştüğü takdirde; teşebbüs, durumu söz konusu işlemlerin tamamlanmasını izleyen on gün içinde, sermaye şirketine ve bu Kanun ile diğer kanunlarda gösterilen yetkili makamlara bildirir. Payların yukarıda belirtilen oranlarda kazanılması veya elden çıkarılması, yıllık faaliyet ve denetleme raporlarında ayrı bir başlık altında açıklanır ve sermaye şirketinin internet sitesinde ilan edilir. Payların yüzdelerinin hesaplanmasında 196 ncı madde uygulanır. Teşebbüsün ve sermaye şirketinin yönetim kurulu üyeleriyle yöneticileri de, kendilerinin, eşlerinin, velayetleri altındaki çocuklarının ve bunların, sermayelerinin en az yüzde yirmisine sahip oldukları ticaret şirketlerinin o sermaye şirketindeki payları ile ilgili



barındırmaktadır. Madde;

- Bir sermaye şirketindeki pay iktisabı, doğrudan ya da dolaylı olarak; belirli eşikleri aşan ya da bu eşiklerin altına inen teşebbüse<sup>115 116</sup>, ilgili şirkete bildirim yükümlülüğü getirmektedir. Bu eşikler; %5<sup>117</sup>, %10, %20, %33, %50, %67 ve %100 olarak belirlenmiştir. (TTK m. 198 f. 1 c. 1)

- Bahse konu eşiklere ulaşan pay iktisabı ya da pay elden çıkartılması halinde, işlem yapan kişiye ilgili makamlara bildirim yükümlülüğü getirmektedir. Gerekçede SPK, BDDK, RK kurumu örnek olarak gösterilmiştir. (TTK m. 198 f. 1 c. 1)

- Bildirimlerin, işlemlerin tamamlanmasını takip eden 10 günlük süre içinde yapılması gerektiğini düzenlemektedir. (TTK m. 198 f. 1 c. 1)

- İktisap ve elden çıkarmanın, yıllık faaliyet ve denetleme raporlarında ayrı bir başlık altında açıklanacağını düzenlemektedir. (TTK m. 198 f. 1 c. 3)

- Pay hesaplamalarının, TTK m. 196 uyarınca yapılacağını düzenlemektedir. (TTK m. 198 f. 1 c. 2)

- İktisap ve elden çıkarmanın, internet sitesinde yayımlanacağını

*olarak bildirimde bulunurlar. Bildirimler yazılı şekilde yapılır, ticaret siciline tescil ve ilan olur.*

*(2) Birinci fıkrada öngörülen bildirim ile tescil ve ilan yükümlülüğü yerine getirilmediği sürece, ilgili paylara ait oy hakkı dâhil, diğer haklar donar. Bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesine dair diğer hukuki sonuçlara ilişkin hükümler saklıdır.*

*(3) Hâkimiyet sözleşmesinin geçerli olabilmesi için bu sözleşmenin ticaret siciline tescil ve ilanı şarttır. Sözleşmenin geçersizliği, bu Kanun ile diğer kanunlardaki şirketler topluluğuna dair yükümlülüklerle ve sorumluluklara ilişkin hükümlerinin uygulanmasına engel olmaz.”*

<sup>115</sup> TTK m. 198’in gerekçesinde, düzenlemede “teşebbüs” ifadesine yer verilmesinin nedeninin hem daha geniş kapsamlı olması hem de hakimiyeti düzenleyen TTK m. 195 ve diğer ilgili maddelerde, bu kavramın tercih edilmesi olduğu ifade edilmektedir.

<sup>116</sup> Kendigelen, “teşebbüs” kavramının kullanılmasını eleştirmektedir. Bu yönde bir tercihin, gerçek kişiyi de kapsayacak bir genişlikte olduğu ve hatta topluluk dışında da uygulama alanı bulacağını ifade etmektedir. Arzu edilen durumun bu olmaması halinde dahi madde hükmünün lafzı karşısında aksi bir yorumun mümkün olmayacağını ifade etmektedir. Detaylı bilgi için bkz. . Kendigelen, s. 179. Yayımdan sonra yayımlanan TSY m. 107 f. 2, bildirim yükümlülüğünün uygulama alanını daraltmış ve şirketler topluluğuna özgülemiştir.

<sup>117</sup> TTK m. 198’in gerekçesinde, düzenlemede %5’e yer verilmesinin nedeninin, %5’in halka açık şirketlerde azınlığı temsil etmesi olduğu ifade edilmektedir.

düzenlemektedir. (TTK m. 198 f. 1 c. 3)<sup>118</sup>

- Yönetim kurulu üyelerinin ve yöneticilerin hem kendilerine hem de eşlerine ve velayetleri altındaki çocuklarına; gerek doğrudan bu şahısların gerekse bu şahısların sermayesinin en az yüzde yirmisine sahip buldukları ticaret şirketlerinin, sermaye şirketindeki iktisap ya da elden çıkarmalarını bildirmeleri gerektiğini düzenlemektedir. (TTK m. 198 f. 1 c. 4)

- Bildirimin, yazılı olarak yapılacağı düzenlenmektedir<sup>119</sup>. (TTK m. 198 f. 1 c. 5)

- Yapılan bildirim ticaret sicile tescil ve ilan edeceği düzenlenmektedir. (TTK m. 198 f. 1 c. 5)

- Bildirim ile tescil ve ilan yükümlülüğünün yerine getirilmemesi halinde, ilgili paylara ait oy hakkı dâhil, diğer haklar donacağına ilişkin bir yaptırım öngörülmüştür<sup>120</sup>. Diğer hukuki sonuçlara ilişkin durumlar saklı tutulmuştur. (TTK m. 198 f. 2)

- TTK’de tanımlı bulunmayan hakimiyet sözleşmesinin yazılı olarak yapılacağını düzenlemiş ve bu suretle hakimiyet sözleşmeleri için yazılı olma, geçerlik şartı olarak düzenlenmiştir. Hakimiyet sözleşmeleri için tescil ve ilan da geçerlik şartı olarak öngörülmüştür. Ancak sözleşmenin geçersiz olmasının, hakimiyet sözleşmesi açısından yükümlülükleri ve sorumlulukları ortadan kaldırmayacağı hüküm altına alınmıştır. (TTK m. 198 f. 3)

Madde gerekçesinde TTK m. 198’de belirlenen eşiklerin; “azlık hakları”, “karşılıklı katılma sınırları”, “hakimiyet karanesi”, “önleyici azlık” ve “203’üncü maddedeki tam hakimiyet olgusu” göz önünde bulundurularak belirlendiği ifade edilmektedir.<sup>121</sup> Bildirim sadece eşığı aşan payları değil, ilgilinin tüm paylarını kapsamaktadır<sup>122</sup>. Bildirim yükümlülüğünün daha

<sup>118</sup> Ayrıca bkz. TTK m. 1524.

<sup>119</sup> Yazılılık yaptırımı açısından madde bazında bir geçerlik şartı öngörülmemiştir.

<sup>120</sup> Kendigelen, düzenlemede oy hakkı dahil tüm pay sahipliği haklarına donma yaptırım öngörülmesine rağmen, gerekçede donma yaptırımının sadece oy hakkı için söz konusu olduğu yönündeki ifadeye dikkat çekmektedir. Gerekçede kullanılan ifade, “bildirmemenin sonucu oy hakkının kullanılmaması” şeklindedir. Yazar oy hakkı dışında kalan hakların donmasının haklı bir gerekçesi olmadığını ve uygulamada hak kayıplarına yol açacağını düşündüğünü ifade etmektedir. Bkz. Kendigelen, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, s. 179.

<sup>121</sup> Gerekçe TTK m. 198.

<sup>122</sup> Gerekçe TTK m. 198.

sonra yapılması halinde, donma hali ortadan kalkacaktır<sup>123</sup>.

TSY m. 107 f. 3, dolaylı yoldan eşiklerin aşılması ve birden çok kişi için bildirim yükümlülüğü doğması halinde, bu bildirim ilgililerden herhangi biri tarafından ve herkes adına yapılabileceğini ifade etmektedir.

#### 4. TTK m. 198 Uyarınca Bildirim Yapmamanın Hukuki Sonucu

TTK m. 198 ile öngörülen bildirim ve tescil ve ilan yükümlülüğü yerine getirilmediği takdirde, donma yaptırımı söz konusu olacaktır ve ilgili paylara ait oy hakkı dâhil, diğer haklar donacaktır.

#### 5. Bildirim İçin Öngörülen Süre

TTK m. 198 f. 1 ve TSY m. 107 f. 5, ilgilinin şirkete yapacağı bildirim için 10 günlük bir süre öngörmüştür<sup>124</sup>. Madde gerekçesinde 10 günlük sürenin; pay sahipliği sıfatının kazanılması ile değil, payın iktisabı ile başlayacağı ifade edilmiştir<sup>125</sup>.

#### 6. Yazılı Bildirim

Bildirim yazılı olarak yapılacağı hem TTK m. 198 hem de TSY m. 107 ile belirtilmekte ise de bildirim içeriği<sup>126</sup> ve yapılaş şekli konusunda, mevcut düzenlemeler suskundur. Bir diğer ifade ile pay değişikliğine ilişkin bildirim ‘yazılı’ olarak yapılması gerektiğini açıkça hüküm altına almaktadır ancak bu yazılı şeklin niteliğine ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır.

TTK m. 18 f. 3, “*tacirler arasında, diğer tarafı temerrüde düşürmeye, sözleşmeyi feshe, sözleşmeden dönmeye ilişkin ihbarlar veya ihtarlar noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile yapılır*” düzenlemesini getirmektedir. Ancak bu düzenleme ile getirilen şekil şartının, düzenlemede

<sup>123</sup> Kendigelen, s. 172.

<sup>124</sup> Veliye Yanlı / Gül Okutan Nilsson, “Türk Ticaret Kanunu’nun 198. Maddesi Uyarınca Bildirim Yapılmamasının Anonim Şirketteki Oy Haklarına Etkisi”, *Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan*, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 776. Yazarlar, tescil ve ilan yükümlüsü konusunda da kanunun sessiz kaldığı görüşündedir.

<sup>125</sup> Baş, s. 77.

<sup>126</sup> Benzer yönde tespit için bkz. Baş, s.81.

sayılan haller<sup>127</sup> ile sınırlı olduğunun kabulü gerekir<sup>128</sup>. Dolayısıyla, bildirim yazılı olmak şartıyla herhangi bir vasıta ile yapılabilir. Bildirim; iadeli taahhütlü bir gönderi, telgraf, noter ya da güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile gönderilebileceği<sup>129</sup> ya da yazılı diğer bir usulde yapılabileceği ileri sürülebilir. Ancak TTK m. 198 ile düzenlenen yükümlülüğünün ihlali halinde hem TTK m. 198 anlamında hem de TTK m. 201 anlamında bir donma gündeme geleceği için ispat önem arz etmektedir.

Bildirim ispatı, bildirim yapılması kadar önem arz etmektedir. Aytaç’ın İsviçre hukuku açısından yaptığı benzer yöndeki değerlendirmesinde de bu hususa dikkat çekilmektedir<sup>130</sup>. Yazar İsviçre hukukuna ilişkin değerlendirmesinde, “*Bildirim şekli konusunda Kanun’da bir düzenleme bulunmamakla birlikte, bildirim genelde yazılı veya sözlü<sup>131</sup> şekilde veya elektronik ortamda yapılabileceği kabul edilmektedir. Bildirime ağır sonuçlar bağlandığı için herhalde kanıtlanması mümkün bir yöntemle bildirim yapılmasında yarar vardır.*” ifadesini kullanmaktadır. Bu çalışmada, bildirim şekillerinin avantaj ve dezavantajları kısa bir şekilde değerlendirilmeye çalışılmıştır.

#### a. Bildirimin İadeli Taahhütlü Gönderi ile Yapılması

PTT aracılığı ile gönderilen iadeli taahhütlü bir gönderide, bir gönderinin gönderildiğinin ispatı mümkün iken, gönderinin içeriğinin ispatı mümkün değildir. Bu nedenle, TTK m. 198’de düzenlenen bildirim yükümlülüğünün, iadeli taahhütlü bir gönderi ile gönderilmesi pratikte içeriğin ispatı açısından sorun yaratacaktır<sup>132</sup>. Bu nedenle tercih edilmemektedir.

<sup>127</sup> Diğer tarafı temerrüde düşürmeye, sözleşmeyi feshe, sözleşmeden dönmeye ilişkin ihbarlar veya ihtarlar

<sup>128</sup> Hanife Dirikkan, “Tacirler Arası İhbar ve İhtarlar”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4, 2002, < [https://dergipark.org.tr/tr/pub/deuhfd/issue/46868/587667#article\\_cite](https://dergipark.org.tr/tr/pub/deuhfd/issue/46868/587667#article_cite) > Erişim Tarih 10 Kasım 2022, s. 106.

<sup>129</sup> Bkz. TTK m. 18 f. 3: “Tacirler arasında, diğer tarafı temerrüde düşürmeye, sözleşmeyi feshe, sözleşmeden dönmeye ilişkin ihbarlar veya ihtarlar noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile yapılır.”

<sup>130</sup> Aytaç, “Bildirim Yükümlülüğü”, s. 68.

<sup>131</sup> İsviçre hukuku açısından yapılan bir değerlendirmedir. Türk hukuku açısından, bildirim yazılı yapılması zorunludur.

<sup>132</sup> Bu gönderi türünde içeriğin ispatının mümkün olmadığına ilişkin değerlendirme için bkz. Dirikkan, s. 65.

## b. Bildirimin Telgraf ile Yapılması

TTK m. 198’de yer alan bildirim telgraf ile yapılması mümkündür ancak günümüzde uygulama alanı olduğunu düşünmemekteyiz. Bu yöntemde hem içeriğin hem de teslimin ispatı mümkündür. Telgrafi alan kişi, yetki kişi değilse geçerliliği de sorgulanacaktır.

## c. Bildirimin Noter Kanalıyla Yapılması

Türk uygulamasında ihtar, ihbar ve bildirimlerde sıklıkla gönderinin, noter aracılığı ile gönderildiği bilinmektedir. Gerçekten hem içeriğin ispatı hem gönderinin takibi hem de tebliğ şerhi alınabilmesi açısından, bildirim noter kanalıyla yapılması oldukça pratik ve tercih edilen bir yöntemdir.

7102 sayılı Tebligat Kanunu’nun Elektronik Tebligat madde başlıklı 7/a maddesi uyarınca; kanunla kurulanlar da dahil olmak üzere tüm özel hukuk kişilerine elektronik yolla tebligat yapılması zorunludur. Dolayısıyla, anonim ve limited şirketler açısından da elektronik tebligat zorunluluğu bulunmaktadır. Sair düzenleme nedeniyle uygulamada şirketlere, resen elektronik tebligat adresi tahsis edildiği, hatta bu elektronik tebligat adreslerinin şirketlerin Mersis sorgu ekranında yer aldığı ancak şirketler tarafından gerekli aktivasyon işlemleri yapılmadığı için elektronik tebligat adreslerinin âtıl durumda olduğu ve tebligata elverişli olmadığı bilinmektedir. Elektronik tebligat adresi bulunmayan ya da elektronik tebligat adresi bulunmakla beraber bu adrese tebligat yapılması mümkün olmayan anonim ve limited şirketlere hangi vasıta ile tebligat yapılacağı bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>133</sup>.

7/A maddesinin 3. fıkrası, elektronik tebligat yapılmasının mümkün olmaması durumunda tebligat kanunda belirlenen diğer usuller ile tebligat yapılacağını hüküm altına almaktadır. Nitekim Yargıtay 9. Hukuk Dairesi bir kararında mevcut mevzuat hükmüne vurgu yapılmıştır. Yargıtay;

*“...Tebliğat Kanununun 7/a maddesine göre tüm özel hukuk tüzel kişilerine elektronik yolla tebligat yapılması zorunlu olup anılan hükme rağmen elektronik yolla tebligat yapılamaması hâlinde Kanunda belirtilen diğer usulleriyle tebligat yapılacağı düzenlenmiştir.*

<sup>133</sup> Tebligat Kanunu’nun 7/A maddesinde, baro levhasına yazılı avukatlar da tıpkı şirketler gibi kendisine elektronik yolla yapılması zorunlu olan kişiler arasında sayılmaktadır. Elektronik tebligat adresi almayan avukatlar için mevzuat içerisinde ya da uygulama ile getirilmiş bir çözüm bulunmamaktadır. Bu nedenle, benzer bir problemin uygulamada çözüm beklediğini söylemek mümkündür.

...

*Davalı taraf tüzel kişi olup, öncelikle tebligata elverişli bir elektronik adresi varsa bu adrese, aksi takdirde Ticaret Sicil Memurluğu kayıtlarında mevcut merkez adresine tebligat yapılması gerekirken, mahkemece mağaza adresine tebligat yapılması hatalıdır. ...<sup>134</sup>”* yönünde hüküm kurmuştur.

TTK m. 198 kapsamında yapılan bildirim noter kanalıyla yapılacak olması halinde, öncelikle şirkete ait tebligata elverişli bir elektronik tebligat adresi bulunup bulunmadığı noter tarafından araştırılmalıdır. Bulunması halinde, Tebligat Kanunu’nun Elektronik 7/a maddesinin açık düzenlemesi uyarınca, elektronik tebligat adresine tebligat gönderilmelidir. Aynı madde uyarınca<sup>135</sup>, elektronik yolla gönderilen tebligat, şirketin elektronik tebligat adresine ulaştığı tarihi izleyen beşinci günün sonunda yapılmış sayılacaktır<sup>136</sup>.

<sup>134</sup> Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin 2021/10553 E., 2021/14959 K. ve 26/10/2021 tarihli kararı. <https://karararama.yargitay.gov.tr/> Erişim Tarihi: 10.11.2022

<sup>135</sup> 7102 sayılı Tebligat Kanunu m. 7/a f. 4: “Elektronik yolla tebligat, muhatabın elektronik adresine ulaştığı tarihi izleyen beşinci günün sonunda yapılmış sayılır.”

<sup>136</sup> Tebligatın hiç açılmamış olması halinde, gönderimi izleyen beşinci günün sonunda tebliğ edilmiş sayılacağı konusunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Ancak, tebligatın yasal olarak tebliğ edilmiş sayılacağı, gönderimi takip eden beşinci günün sonundan önce açılmış olması halinde, tebligatın ne zaman yapılmış sayılacağı uygulamada tereddüt yaratmıştır. Yargıtay’ın farklı daireleri tarafından farklı yönde kararlar verilmiştir. Şu an için yerleşik uygulamanın, tebligatın alıcısı tarafından açılıp açılmaksızın gönderimi takip eden beşinci günün sonunda tebliğ edildiği yönünde genel bir kabul ve yargı uygulaması mevcuttur. Kanunun açık düzenlemesi karşısında bu yönde bir kabulün mümkün olmadığı, tebligatın alıcısı tarafından açılıp açılmadığına bakılmaksızın; elektronik tebligatın, elektronik tebligat adresine ulaştığı tarihi izleyen beşinci günün sonunda yapılmış sayılacağı görüşündeyiz.

Benzer yönde görüş için bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 2020/547 E., 2020/924 K. numaralı ve 24/11/2020 tarihli kararı: “Görüldüğü üzere, 7201 sayılı Tebligat Kanunu’nun 7/a maddesinde muhatabın elektronik tebligatı tebellüğ etmiş sayılacağı tarihe ilişkin özel bir düzenleme yer almaktadır. Bu düzenlemeye göre “Elektronik yolla tebligat, muhatabın elektronik adresine ulaştığı tarihi izleyen beşinci günün sonunda yapılmış sayılır.” *Bunun sonucu olarak elektronik tebligatta tebellüğ tarihi elektronik tebligatın muhatabın elektronik posta hesabına ulaştığı veya okunduğu tarih olmayıp, tebligatın muhatabın elektronik adresine ulaştığı tarihi izleyen beşinci günün sonu olmaktadır.* Böylelikle, muhatabın kayıtlı elektronik posta hesabını kontrol etmemek suretiyle tebliğin sonuçlarını geciktirmesi ihtimali söz konusu olmayacaktır” . <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 7 Kasım 2022. Aksi yönde görüş için bkz. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi’nin 2020/1187 E., 2020/4264 K. numaralı ve 09/12/2020 tarihli kararı: “Dosya kapsamından, ... Bölge Adliye Mahkemesi 4. Hukuk Dairesi 05/11/2019 tarihli ilamının davalı vekiline elektronik tebligat yoluyla tebliğ edildiği, 25/11/2019 tarihinde muhatabın tebligat adresine ulaştığı, 25/11/2019 tarihinde tebligat alıcısı tarafından açılarak tebliğ edildiği, davalı vekili tarafından verilen temyiz dilekçesinin ise 10/12/2020 tarihinde dosyaya sunulduğu anlaşılmaktadır.” <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 7 Kasım 2022.

İlgili şirketin tebligatı açıp açmaması bu anlamda önem ifade etmemektedir.

TTK m. 198 kapsamında kendisine bildirimde bulunulacak tüzel kişinin tebligata elverişli bir elektronik tebligat adresi bulunmaması halinde, noter fiziki tebligat düzenleyerek kanun kapsamında işlem yapacaktır.

Tüzel kişiye çıkartılan fiziki tebligat, Tebligat Kanunu m. 12 veya m. 13 uyarınca tebliğ edilemezse, tebliğ memuru m. 21 f. 1'i uygulamalıdır. Ancak uygulamada ticaret sicil gazetesinde ilan edilen şirket adresinin, çoğu kez muhtara bildirilmediği, muhtarda tüzel kişilik adına herhangi bir adres kaydına rastlanmadığı bilinmektedir. Böyle bir durumda tebligat yapılamamaktadır.

Tüzel kişiye, Tebligat Kanunu m. 12, m. 13 uyarınca ve m. 21 f. 1 uyarınca tebligat yapılamaması halinde yapılabilecek tek tebligat türü Tebligat Kanunu m. 35'e göre tebligattır. Ancak Tebligat Kanunu m. 35'e göre tebligat yapma yetkisi sadece kazai makamlara hasredildiğinden, noterin bu yolla da tebligat yapması mümkün olamamakta ve bir usul sorunu ile karşılaşılmaktadır.

Kazai tebligat başlığı altında düzenlenen Tebligat Kanunu m. 35 f. 4; "daha önce tebligat yapılmamış olsa bile, tüzel kişiler bakımından resmî kayıtlardaki adresleri esas alınır ve bu madde hükümleri uygulanır" şeklindedir ancak noterler kazai merci olmadıkları için bu düzenleme kapsamında tebligat yapamamaktadır.<sup>137</sup>

Danıştay 8. Dairesi'nin 2013/5296 E., 2018/2743 K. nolu ve 22.05.2022 tarihli kararında; limited şirket hisse devrinin tescil ve ilan edilmesine ilişkin talebin noter kanalıyla ilgili şirkete iletilmek istendiği, çıkarılan tebligatın bila tebliğe döndüğü, bunun üzerine ilgilinin tebligat kanununun 35. maddesine göre yeniden tebligat yapılmasını talep ettiği, ilgili noterlikçe talebin reddedildiği, bunun üzerine talep sahibinin, ilgili Noterler Birliği genelgelerinin iptali talebi ile dava açtığı, davanın reddedildiği ve ret kararının gerekçesinde, noterlerin adli merci olmaması nedeniyle 35. maddenin tatbikinin mümkün olmadığı yer aldığı görülmektedir<sup>138</sup>.

Düzenlemeyi hatalı bulmakla beraber, TSY uygulamasının gerek karşılıklı iştirak gerekse bildirim yükümlülüğü açısından uygulama alanı kısıtlamasına gittiği ve düzenlemelerin sadece şirketler topluluğuna

<sup>137</sup> Fatih Tahiroğlu, "Tebligat Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Tebligat Çıkarmaya Yetkili Merciler", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 74(1), 2016, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/292221>>, Erişim Tarihi 01 Kasım 2022, s. 393.

<sup>138</sup> Cemal Ruhi, *Tebligat Hukuku*, 12. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2022, s. 965-967.

özgüldüğü, bundan bağımsız olarak TTK gereğince karşılıklı iştirakin sermaye şirketleri arasında geçerli olacağı göz önünde bulundurulduğunda, noter yolu ile yapılan bildirimlerin de her zaman sonuç doğurmaya elverişli olmayacağı görülmektedir.

## 7. Bildirimin KEP Yoluyla Yapılması

TTK m. 198'de her ne kadar teşebbüs kavramı kullanılmış ve uygulama alanı genişletilmişse de bildirim yükümlülüğüne ilişkin uygulamanın, genellikle anonim ve limited şirketler üzerinden ilerleyeceği yadsınamaz bir gerçektir. Kaldı ki bilindiği üzere, karşılıklı iştirak kurumu TTK ile sadece sermaye şirketleri arasında düzenlenmiş bir yapıdır.

Bildirimi alacak kişinin kayıtlı elektronik posta ("KEP") adresi olması halinde, KEP ile bildirim yapılması mümkündür<sup>139</sup>. KEP gönderilerinin ispata ilişkin sorunları, çok büyük ölçüde bertaraf edeceğini düşünmekteyiz. Daha önce de belirtildiği üzere, TTK m. 198 kapsamında yapılacak bildirim tek geçerlik şartı yazılı olmasıdır. Kaldı ki KEP gönderisi için elektronik imza kullanımı zorunludur ve TTK m. 1526 f. 3; kanunun zorunlu tuttuğu tüm işlemlerin güvenli elektronik imza ile yapılabileceğini hüküm altına almaktadır. *Ancak tüzel kişiler açısından, Kayıtlı Elektronik Posta ("KEP") bulundurma zorunluluğu bulunmamaktadır*<sup>140</sup>.

*Elektronik tebligat adresi ile KEP, mevcut yasal düzenleme çerçevesinde birbirinden farklı ve tamamen bağımsız iki sistemi ifade etmektedir. Tüzel kişilere elektronik yolla tebligat yapılması zorunludur ve Tebligat Kanunu m. 7/A uyarınca elektronik tebligat işlemleri; Ulusal Elektronik Tebligat Sistemi ("UETS") adı verilen ve Posta ve Telgraf Teşkilatı Anonim Şirketi tarafından kurulan UETS üzerinden yürütülecektir. Elektronik tebligat UETS adresi aracılığı ile ve ancak kanunda tebligat yapabileceği belirtilen kurumlar aracılığı ile yapılabilir. Nitekim 06.12.2018 tarihli ve 30617 sayılı Resmî*

<sup>139</sup> TTK m. 198 bağlamında bildirimde bulunacak kişinin, bildirim vekil (örn:avukat) aracılığı ile yapacak olması halinde, bildirimde bulunanın değil vekilin KEP adresinin bulunmasının yeterli olacağı görüşüdeyiz.

<sup>140</sup> Uygulamada kamu kurum ve kuruluşları da dahil olmak üzere bu konuda hatalı bir tespit yapılmaktadır. Tebligat Kanunu ile tüzel kişilere, elektronik yolla tebligat yapılma zorunluluğu getirilmiştir. Tebligat Kanunu m.7/A uyarınca elektronik tebligat işlemleri, Posta ve Telgraf Teşkilatı Anonim Şirketi tarafından kurulan ve işletilen Ulusal Elektronik Tebligat Sistemi ("UETS") üzerinden yürütülür. UETS sistemi devreye girdikten sonra sadece UETS üzerinden elektronik tebligat yapılır hale gelmiştir, mevcut yasal düzenlemeler çerçevesinde KEP ile tebligat yapılması mümkün değildir.

Gazete’de yayımlanan Elektronik Tebligat Yönetmeliği, elektronik tebligat adresini; “PTT tarafından, gerçek kişiler için kimlik bilgileri, tüzel kişiler için ise tabi oldukları sistem bilgileri esas alınmak suretiyle tek ve benzersiz şekilde oluşturulan ve UETS’ye kaydedilen tebligat adresi<sup>141</sup>” olarak tanımlamaktadır.

25.08.2011 tarihli ve 28036 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Kayıtlı Elektronik Posta Sistemine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik KEP’i, “elektronik iletilerin, gönderimi ve teslimatı da dâhil olmak üzere kullanımına ilişkin olarak hukukî delil sağlayan, elektronik postanın nitelikli şekli<sup>142</sup>” olarak tanımlamaktadır.

Uygulamada, KEP ve UETS’nin kavram olarak sıklıkla karıştırıldığı görülmektedir. Yukarıda da belirtildiği üzere, anonim ve limited şirketlerde, mevcut mevzuat açısından KEP adresi alma zorunluğu bulunmadığını savunmaktayız<sup>143</sup>. Ancak mevzuatta yapılacak bir değişiklik ile sermaye şirketleri açısından KEP sahibi olma ve KEP hesabının aktive edilmesine ilişkin yasal bir zorunluluk getirilmesi<sup>144</sup> ile şirketler arası bildirimlerin ispat açısından güvenli olan bu yol ile yapılmasının uygulamaya ciddi katkısı olacağını savunmaktayız. Nitekim, KEP adresi kullanıcısı olan tüzel kişilerin KEP adreslerinin, KEP rehberlerinde gizlenmesi mümkün olmadığından<sup>145</sup>, tüzel şirketlere ve özellikle sermaye şirketlerine, mevzuat ile getirilecek bir KEP hesabı zorunluluğunun, şeffaflığın sağlanmasına etki edileceği ve geçersiz bildirimlerin önüne geçileceğini düşünmekteyiz.

Sermaye şirketleri açısından KEP hesabının mevzuat ile zorunlu hale getirilmesi ve yükümlülüğün ihlali halinde idari para cezası yaptırımın düzenlenmesi, yasa yapma tekniğine uygun olmakla birlikte; uygulamada

<sup>141</sup> 30617 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Elektronik Tebligat Yönetmeliği m.3 f.1 b.d.

<sup>142</sup> 25.08.2011 tarihli ve 28036 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Kayıtlı Elektronik Posta Sistemine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik m. 4 f. 1 b. i

<sup>143</sup> Aynı yönde tespit için bkz PTT açıklaması. “KEP hesabı kullanmanın yürürlükteki KEP mevzuatına göre bir zorunluluğu bulunmamaktadır. Kamu Kurum ve Kuruluşları ile Düzenleyici ve Denetleyici Kurumlar muhattap oldukları Özel Tüzel Kişilikler ile Gerçek Kişilerden hizmetlerine başvuru esnasında KEP adresi almış olma zorunluluğu getirebilmektedir.” <<https://pttkep.gov.tr/sikca-sorulan-sorular/#1587460529438-09fb1125-c1e7>> Erişim Tarihi 10 Ekim 2022.

<sup>144</sup> Örneğin KEP hesabını aktive etmemiş olan tüzel kişinin tescil ve ilan talebinde, KEP aktivasyonun araması.

<sup>145</sup> 16.05.2012 tarihli ve 2829 Sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Kayıtlı Elektronik Posta Rehberi ve Kayıtlı Elektronik Posta Hesabı Adreslerine İlişkin Tebliğ m. 6 f. 1 b. b.

kullanımın yaygınlaştırmasını tek başına sağlayamayacaktır<sup>146</sup>. Şirket işleyişi açısından yerine getirilmesi zorunlu olan birtakım işlemlerde KEP aktivasyonunun bir ön koşul olarak düzenlenmesinin sorunun çözümü için bir adım olacağını düşünmekteyiz.

## B. Tescil ve İlan Yükümlülüğü

TTK m. 198 f. 1, ilgilinin şirkete yapacağı bildirim için 10 günlük bir süre görmüş ancak tescil ve ilan yükümlülüğüne ilişkin süre konusunda sessiz kalmıştır<sup>147</sup>.

TSY m. 107 f. 5 ise tescil ve ilana ilişkin daha detaylı bir hüküm getirmekte ve kendisindeki pay değişikliği, kendisine bildirilen şirkete; bildirim aldığı tarih itibarıyla 10 gün içinde, tescil ve ilan yükümlülüğü getirmektedir.

Düzenlemeler bir bütün açısından değerlendirildiğinde, süre açısından bir ayırım yapıldığı ve 10 + 10 olmak üzere toplam 20 günlük bir sürenin söz konusu olduğu görülmektedir. Ancak ilk bildirim 10 günden daha önce yapılması halinde, ikinci 10 günlük süre, bildirim şirkete ulaşması ile başlayacaktır. İlk on günlük süre, TTK m. 198/1 doğrultusunda şirkete yapılacak bildirim<sup>148</sup> için öngörülen süredir<sup>149</sup>. İkinci on günlük süre ise bildirim alan şirketin, ticaret sicilde tescil ve ilan yükümlülüğü için öngörülen süredir<sup>150</sup>.

TTK m. 198 ile öngörülen bildirim ve tescil ve ilan yükümlülüğü yerine getirilmediği takdirde, donma yaptırımı söz konusu olacaktır ve ilgili paylara ait oy hakkı dâhil, diğer haklar donacaktır.

## C. İnternet Sayfasında İlan

### a. TTK’de düzenlenen internet sayfasında ilan yükümlülüklerine genel bakış

<sup>146</sup> Nitekim, avukatlara elektronik tebligat yapılması zorunlu olmakla birlikte, UETS hesaplarının avukatlarca aktive edilmemesi nedeniyle, yasal düzenleme pratikte bir sonuç yaratmamaktadır.

<sup>147</sup> Yanlı / Okutan Nilsson, s. 776. Yazarlar, tescil ve ilan yükümlüsü konusunda da kanunun sessiz kaldığı görüşündedir.

<sup>148</sup> Bu bildirim açısından, payın iktisabının mı yoksa kazanılmasının esas alınacağı tartışma konusu olabilir. Gerekçede, iktisap itibarıyla sürenin işleyeceği ifade edilmektedir.

<sup>149</sup> Yanlı / Okutan Nilsson, s. 776.

<sup>150</sup> Yanlı / Okutan Nilsson, s. 776.

TTK m. 1524 f. 1, TTK m. 397 f. 4 uyarınca, bağımsız denetime tabi olan şirketler açısından bir internet sitesi kurma zorunluluğu getirilmiştir. Dolayısıyla, internet sitesinde ilan yükümlülüğünün ancak bir internet sitesi kurma zorunluluğu olan şirketler açısından söz konusu olabileceği görüşünü savunmaktayız<sup>151</sup>.

TTK m. 1524 f. 2 “Birinci fıkrada öngörülen yükümlülükler uymaması, ilgili kararların iptal edilmesinin sebebinin oluşturur, Kanuna aykırılığın tüm sonuçlarının doğmasına yol açar ve kusuru bulunan yöneticiler ile yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna neden olur. Cezai hükümler saklıdır.” düzenlemesini getirmektedir. Düzenleme iki nedenle eleştirilmektedir. İlk eleştiri, ağır bir yaptırım olan iptal yaptırımının getirilmesidir. İkinci eleştiri ise düzenlemede yer alan “kanuna aykırılığın tüm sonuçlarının doğmasına yol açar” ifadesinin hukuken öngörülebilir olmamasıdır.

İnternet sitesi oluşturma ve/veya TTK’de öngörülen internet sitesi aracılığıyla yapılması gereken bilgilendirme ve duyuruların yapılmaması, ilgili kararlar açısından iptal sebebi oluşturmaktadır. Kanun koyucu iptal yaptırımının yanı sıra, yükümlülükler aykırı davranılması halinde, “kanuna aykırılığın tüm sonuçlarının doğmasına” yol açılacağını düzenlemektedir. Kanuna aykırılığın tüm sonuçlarının doğması ifadesi, belirsiz ve muğlak bir ifadedir. Doktrinde Teoman, bu hususa dikkat çekmekte ve yasanın uygulamasının bir belirsizliği de beraberinde getirdiğini ve hukuk güvenliğini zedelediğini savunmaktadır<sup>152</sup>.

Kanun koyucu, TTK m. 1524 doğrultusunda yükümlü olmasına rağmen, internet sitesi oluşturmayan ve internet sitesinde yayımlanması öngörülen hususları yayımlamayan şirketlerin yönetim organı üyeleri için adli para cezası uygulanacağını hüküm altına almaktadır<sup>153 154</sup>.

<sup>151</sup> Benzer yönde değerlendirme için bkz. Kendigelen, s. 178.

<sup>152</sup> Ömer Teoman, “Sermaye Ortaklıklarının İnternet Sitesi Açma ve Burada Yasada Öngörülen İçerikleri Yayımlama Yükümlülüğüne Aykırı Davranmanın Yaptırımı Nedir?”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 7(4), 2011, s. 5.

<sup>153</sup> Düzenleme TTK m. 1524 f. 7’de yer almaktadır. TTK m. 562 f. 12 ise ilgililerin, internet sitesi oluşturulmaması halinde yüz günden üçyüz güne kadar ve ilgili içeriğin internet sitesinde yayımlanmaması halinde yüz güne kadar adli para cezası ile cezalandırılacaklarını açıkça düzenlemektedir. Detaylı bilgi için bkz TTK 562.

<sup>154</sup> Yapılan içtihat taramasında, yönetim organı üyelerinin cezai sorumluluğuna ilişkin yayımlanan herhangi bir karara rastlanamamıştır. Yapılan incelemede, bu yayın kapsamında internet sitesinde yayımlanmayan genel kurul çağrılarının toplantının geçerliliğine etkisi ile ilgili tartışmanın aktarıldığı bölümde kullanılan ve lexpera üzerinden erişilen bir ilk derece

TTK m. 198 f. 1, teşebbüslerin belli eşikte pay iktisabının ve pay elden çıkarmasının, sermaye şirketinin internet sitesinde de ilan edilmesi gerektiğini düzenlemektedir. Kanun koyucu, şeffaflığın sağlanmasını teminen internet sitesi kurulmasına ve kanunda belirtilen hususların bu internet sitesinde yayımlanmasına özel bir önem atfetmektedir. İnternet sitesinde yayımlama yükümlülüğü sadece TTK m. 198 için değil; pay sahiplerini, alacaklıları ve kamuyu ilgilendiren diğer durumlar için de özel olarak düzenlenmektedir.

TTK m. 39 f. 2, tacirlerin ticari mektup ve ticari defterlere yapılan kayıtların müstenit olduğu belgelerde, tacire ilişkin diğer bilgilerle birlikte internet sitesi bilgisine de yer verilmesi gerektiğini ve tacire ilişkin bilgilerin de yine bu internet sitesinde yayımlanması gerektiğini düzenlemektedir.

TTK m. 171 f. 4, bölünmeye katılan sermaye şirketlerinin, inceleme yapma hakkına ilişkin bir ilanının ve TTK m. 174 f. 1, bölünmeye katılan sermaye şirketlerinin alacaklılarına yapılacak çağrıya ilişkin bildirim internet sitesinde yayımlanması gerektiğini düzenlemektedir.

TTK m. 359 f. 1, anonim şirket yönetim kurulu üyeliğine bir tüzel kişi seçilmesi halinde, hem yönetim kurulu üyesi tüzel kişinin hem de atayacağı gerçek kişi temsilcinin, internet sitesinde açıklanması gerektiğini hüküm altına almaktadır.

TTK m. 399 f. 1, seçilecek denetçinin, Ticaret Sicil Gazetesi’nde tescil ve ilanına ek olarak internet sitesinde açıklanması gerektiğini ifade etmektedir.

TTK m. 414 f. 1, anonim şirket genel kurul toplantıya çağrısının da internet sitesinde yayımlanması gerektiğini düzenlemektedir.

mahkemesi kararında, anonim şirket yönetim kurulu üyeleri hakkında suç duyurusunda bulunulduğu ancak ön ödeme nedeniyle takipsizlik kararı verildiği görülmektedir.

“Bakırköy Cumhuriyet Başsavcılığının .... soruşturma .... karar sayılı dosya aslı celp edilmiş incelenmesinde; davalı şirket yönetim kurulu üyeleri hakkında Bakırköy... ATM ‘nin .... D.İş dosyasında yer alan bilirkişi raporu neticesinde 21/03/2016 tarihli sicil gazetesinde yayımlanan olağan genel kurul kararının, Bakırköy ...kesinleşmiş genel kurul kararının iptaline ilişkin ilanının 29/01/2016 tarihli ana sözleşmenin tadil ve yönetim kurulu kararının tescili kararı ile 29/02/2016 tarihli yeni yönetim kurulunun tescil ve ilanına ilişkin ilanların şirketin web sayfasında yayımlanmaması nedeniyle TTK 562/12 maddesi uyarınca cezalandırılmaları istemiyle mahkememiz dosyası davacıları tarafından şikayet dilekçesi verildiği, şirket yönetim kurulu üyelerine ön ödeme önerisinde bulunulduğu, yönetim kurulu üyelerinin yasal süre içerisinde ön ödeme önerisini yerine getirerek makbuzu sunduklarından kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verildiği..” (Bakırköy 1. Asliye Ticaret Mahkemesi, 2016/734 E., 2018/42, K. ve 01.02.2018 tarihli kararı) . <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 7 Kasım 2022.

TTK m. 420 f. 1 finansal tabloların müzakeresi ve buna bağlı konular nedeniyle toplantının ertelenmesinin yine internet sitesinde ilan edilmesi gerektiğini düzenlemektedir.

TTK m. 422 f. 1 uyarınca genel kurul toplantı tutanaklarının da internet sitesinde yayımlanması gerektiği düzenlenmiştir.

Kanun koyucu; TTK m. 448 f. 1 düzenlemesi ile genel kurul kararları için açılan iptal ve butlan davaları ile bu davalarda belirlenen duruşma günlerinin ve TTK m. 448 f. 1 ile iptal ve butlana ilişkin kesinleşmiş mahkeme kararlarının tescil ve ilan edilmesi gerektiğini düzenlemektedir.

TTK m. 455 f. 1, esas sözleşmenin değiştirilmesine ilişkin genel kurul kararının; TTK m. 461 f. 3 rüçhan hakkı kapsamında yeni pay alma hakkının kullanılması için yapılacak bildirimlerin; TTK m. 474 f. 1 esas sermaye azaltımına ilişkin yapılacak olan genel kurul çağrısına ilişkin özel açıklamaların; TTK m. 474 f. 1 esas sermaye azaltımına ilişkin genel kurul kararı neticesinde alacaklılara yapılacak çağrının; TTK m. 483'de düzenlenen ıskat prosedürünün işletilmesi kapsamında yapılacak ihtarın; TTK m. 486 f. 2 uyarınca yönetim kurulunun hamiline yazılı pay senetlerinin bastırılmasına ilişkin kararı; TTK m. 541 f. 1 uyarınca tasfiye esnasında alacaklılara yapılacak olan çağrının internet sitesine yayımlanması gerektiğini düzenlemektedir.

TTK m. 460 f. 2 ise kayıtlı sermaye sisteminde, sermaye artırımını açısından yine internet sitesinde yayım yükümlülüğü getirmektedir.

31.05.2013 tarihli ve 28663 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Sermaye Şirketlerinin Açacakları İnternet Sitelerine Dair Yönetmelik m. 6 f. 3 (s) "*Şirketler topluluğuna dahil bir teşebbüs tarafından payların, Kanunun 198 inci maddesinde belirtilen oranlarda kazanılması veya elden çıkarılmasına ilişkin açıklama, gerçekleşme tarihinden itibaren en geç beş gün içinde internet sitesine konur*" düzenlemesini içermektedir.

Sermaye Şirketlerinin Açacakları İnternet Sitelerine Dair Yönetmelik m. 6 f. 3 (t) ise yönetim kurulu üyelerine ilişkin bildirim yükümlülüğüne ilişkin bir düzenleme içermektedir, düzenleme "*Şirketler topluluğuna dahil olan teşebbüsün ve sermaye şirketinin yönetim kurulu üyeleriyle yöneticilerinin, kendileri, eşleri, velayetleri altındaki çocukları ve bunların, sermayelerinin en az yüzde yirmisine sahip buldukları ticaret şirketlerinin o sermaye şirketindeki payları ile ilgili olarak yapacakları açıklama, sicil gazetesinde yayımlandığı tarihten itibaren en geç beş gün içinde internet sitesine konur.*"

şeklinde.

TTK m. 198 f. 3 hakimiyet sözleşmesinin geçerliliği için ticaret siciline tescil ve ilan şartına bağlamakta ancak bu hususun internet sitesinde yayımlanmasına ilişkin suskun kalmaktadır. Buna karşın, Sermaye Şirketlerinin Açacakları İnternet Sitelerine Dair Yönetmelik m. 6 f. 3 (u), hakimiyet sözleşmesinin ticaret sicil gazetesinde yayımlanmasını takip eden beş gün içerisinde, ilgili şirketlerin internet sitesine eklenmesi gerektiğini düzenlemektedir.

#### **b. İnternet sitesinde ilan yükümlülüğünün ihlaline bağlanan hukuki sonuçlara genel bakış**

Yukarıda da ifade edildiği üzere, internet sitesinde yayımlama yükümlülüğü sadece TTK m. 198 için getirilmiş bir düzenleme değildir. Bu nedenle, bu yükümlülüğün ihlali halinde uygulanacak olan yaptırımlar açısından benzer maddelerin bir bütün halinde değerlendirilmesi yerinde olacaktır.

Öncelikle, yukarıda da ifade edildiği üzere yaptırımların, internet sitesi kurma yükümlülüğü bulunan şirketler açısından gündeme geleceği görüşüdeyiz.

Bu hususta kanunda açık düzenleme bulunmakta ve TTK m. 1524 f. 6., "*İnternet sitesiyle ilgili olarak bu Kanunun ilgili maddelerinde ve bu maddede öngörülen düzenlemeler denetime tabi olmayan sermaye şirketleri hakkında uygulanmaz.*" hükmünü ihtiva etmektedir. Yargıtay'ın bu yönde bir kararı mevcuttur<sup>155</sup>.

<sup>155</sup> Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 2015/10533 E., 2015/10189 K. no'lu ve 08.10.2015 tarihli kararında; sermaye koyma borcunu yerine getirmeyen ortağın ortaklıktan çıkartılması için dava açıldığı ve davanın kabul edildiği, daha sonra temyiz üzerine kararın bozulduğu, bozma kararı üzerine karar düzeltme kanun yoluna başvurulduğu ve bu suretle karar verildiği görülmektedir. Karar metninde, nedensellik anlamında bir kopukluk olduğu gözlenmektedir. Karar bir bütün olarak değerlendirildiğinde; konunun TTK m. 483 ve TTK m. 1524 etrafında toplandığı görülmektedir. Karar metninde açıkça belirtilmemiş olmakla birlikte, karar bütününden sermaye koyma borcunu yerine getirmeyen ortağa yapılan ihtarın internet sitesinde yayımlanmadığı, bu nedenle ıskata ilişkin karar verilmesinin mümkün olup olmadığı noktasında toplandığı varsayılmaktadır. Yargıtay kararının ilgili bölümüne aşağıda yer verilmektedir. "*Dava, sermaye koyma borcunu yerine getirmediği iddiasına dayalı davalının şirket ortaklığından çıkarılması istemine ilişkin olup, mahkemece benimsenen bilirkişi raporu doğrultusunda davanın kabulüne karar verilmiş ve karar Dairemizce davalı yararına bozulmuştur. Oysa, 6102 sayılı TTK 1524'üncü maddesi hükmünde sermaye şirketlerinin internet sitesi açma zorunluluğu düzenlenmiş ise de, davacı şirketin internet sitesi açma zorunluluğu olan şirketlerden olmadığına anlaşılması karşısında usul ve yasaya*

Doktrinde, internet sitesinde yayımlanması gereken hususların yayımlanmaması halinde karşılaşılabilecek yaptırım konusunda bir fikir birliği söz konusu değildir. Özellikle genel kurula çağrı konusunda tartışma söz konusudur.

Teoman, TTK m. 1524 ile hukuk sistemine giren düzenlemenin, TTK m. 445 ve m. 446'da düzenlenen genel kurul kararlarının iptali nedenlerine ek ve yeni bir takım iptal sebepleri getirip getirmediğine cevap bulunması gerektiğini ifade etmektedir<sup>156</sup>. Teoman, bu yönde bir kabulün hukuken himayesinin mümkün olmadığını ifade etmektedir.

Karaege, genel kurula çağrının internet sitesinde yayımlanması ile ilgili bir değerlendirme yapmış ve çağrının internet sitesinde yayımlanmasının madde düzenlemesi nedeniyle bir zorunluluk olduğunu, tercihe bağlı bir durumun söz konusu olmadığını ve internet sitesi bulundurma yükümlülüğü altında bulunan şirketin, çağrı ilanını internet sitesi üzerinden yayımlanmaması halinde TTK m. 1524 f. 2 uyarınca iptalin gündeme geleceğini görüşünü savunmaktadır<sup>157</sup>.

Akdağ Güney ise internet sitesinde yayım yükümlülüğünün yerine getirilmemesinin bir iptal sebebi oluşturduğunu ifade etmekte ve genel kurul kararlarının iptali açısından yeni bir iptal sebebi ihdas edildiğini savunmaktadır<sup>158</sup>.

Moroğlu, genel kurula ilişkin çağrının internet sitesinde yer almaması halinde, yokluktan ya da iptal edilebilirlikten söz etmenin mümkün olmadığını görüşünü savunmaktadır<sup>159</sup>. Moroğlu, TTK m. 1524'ün hukuken hatalı bir düzenleme olduğunu ve hatalı uygulamalar nedeniyle hukuki güvenliğin tehdit

ettiğini görüşündedir<sup>160</sup>. Genel kurul ya da yönetim kararının iptali için ilgili kararların oluşum ya da muhtevasında; esas sözleşmeye, dürüstlük kuralına, emredici hükümlere, ahlaka ya da kişilik haklarına aykırılık bulunması gerektiğini ifade etmektedir<sup>161</sup>. Genel kurul ya da yönetim kurulu kararın hüküm doğurmasının, internet sitesinde yapılacak bir bildirimle bağlanmış olması şartında da iptalin değil askıda hükümsüzlük durumunun ileri sürülebileceğini savunmaktadır<sup>162</sup>. Ancak askıda hükümsüzlüğün söz konusu olabilmesi için ilgili kararın internet sitesinde yayımlanmamasının askıda hükümsüzlük durumu yaratacağının yasada açıkça düzenlenmesi gerektiğini lakin mevcut TTK hükümleri arasında böyle bir düzenlemeye yer verilmediğini ifade etmektedir<sup>163</sup>. Moroğlu, ilgili madde düzenlemesinin yokluğa ya da iptale yol açacak şekilde yorumlanmasının, hukuk güvenliği açısından tehlikeli bulunduğunu ifade etmektedir<sup>164</sup>. Moroğlu ayrıca, TTK m. 1524'te yer alan ve iptal edilebilirliğine ya da kanuna aykırılığın tüm sonuçlarının doğmasına hükmünün gereksiz olduğunu ve kanundan çıkartılmasının zorunlu olduğunu ifade etmektedir<sup>165</sup>.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi,<sup>166</sup> kural olarak, genel kurul çağrısına ilişkin ilanının internet sitesinde yayımlanmamasının kararın geçerliliğini etkilemeyeceği görüşündedir. Burada, etki kıstasına göre değerlendirme yapılmaktadır. Yargıtay'ın ilgili kararında, bir anonim şirketin genel kuruluna ilişkin duyurunun internet sitesinde yayımlanmaması üzerine, noter vasıtasıyla e-tespit yaptırılmış<sup>167</sup> ve asliye ticaret mahkemesinde açılan

<sup>160</sup> Moroğlu, s. 372-373.

<sup>161</sup> Moroğlu, s. 372.

<sup>162</sup> Moroğlu, s. 372.

<sup>163</sup> Moroğlu, s. 372-373.

<sup>164</sup> Moroğlu, s. 373.

<sup>165</sup> Moroğlu, s. 373. Ancak aynı eserin çağrıya ilişkin bölümünde "... genel kurulun toplantıya çağrısı Türkiye Ticaret Sicil Gazetesi ile şirketin internet sitesinde yapılmadıkça ve pay defterinde yazılı pay sahipleri ile önceden şirkete pay senedi ve pay sahipliğini ispatlayıcı belge vererek adreslerini bildiren pay sahiplerine iadeli taahhütlü çağrı mektupları göndermiş olmadıkça çağrıdan söz edilemez..." ifadesine yer vermektedir.

<sup>166</sup> Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 2019/1742 E., 2020/4755 K. ve 05.11.2020 tarihli kararı. . <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 7 Kasım 2022.

<sup>167</sup> 10.05.2016 tarihinde saat 15:00'da gerçekleştirilecek genel kurul için, noterde 10.05.2016 tarihinde saat 14:06'da tespit yaptırılmıştır. Yapılan e-tespit ile ilgili şirketin internet sayfasında genel kurula ilişkin herhangi bir duyuru bulunmadığını tespit olunmuştur.

*uygun olan kararın onanması gerektiğinden davacı vekilinin karar düzeltme talebinin kabulü ile Dairemizin 19.06.2015 gün ve 4514-8567 sayılı kararı kaldırılarak usul ve yasaya uygun mahkeme kararının onanması gerekmiştir."* Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 2015/10533 E., 2015/10189 K. nolu ve 08.10.2015 tarihli kararı. <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 7 Kasım 2022.

<sup>156</sup> Teoman, s. 8.

<sup>157</sup> Özge Karaege, *Anonim Şirket Genel Kurulunun Toplantıya Çağrılması*, Adalet Yayınevi, 2022, s. 105-106.

<sup>158</sup> Necla Güney Akdağ, *Yeni Türk Ticaret Kanunu ve Avrupa Birliği Mevzuatı Çerçevesinde Ticaret Sicili*, Ticaret Odası Yayınları, 2011, s. 85.

<sup>159</sup> Erdoğan Moroğlu, *Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü*, 9. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 373.



tespit davasıyla durum tespit ettirilmiş<sup>168</sup>, bunun üzerine genel kurulun iptali talebiyle dava açılmış, ilk derece mahkemesi davayı reddetmiştir. İstinaf mahkemesi istinaf talebini, Yargıtay ise temyiz talebini reddetmiştir. İstinaf mahkemesinin gerekçesi, genel kurula davetin ilanının kararın geçerliliğini etkilemeyeceği, bir an için etkileyeceği ve davetin usulsüz olduğunun kabul edilmesi halinde dahi “bir davet ve ilan bulunduğundan alınan kararların iptalinin sağlanabilmesi için çağrının usulüne göre yapılmaması ve gündemin gereği gibi ilan edilmemesi sonucu oluşan aykırılıkların genel kurul kararının alınmasında etkili olduğunun ispat edilmesi gerektiği<sup>169</sup>” ve somut olay açısından böyle bir etkinin söz konusu olmadığı ifade edilmektedir<sup>170 171 172</sup>.

<sup>168</sup> Bakırköy 6. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 2016/243 D. İş sayılı dosyası ile 11/05/2016 tarihinde delil tespiti yapılmıştır.

<sup>169</sup> Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 2019/1742 E., 2020/4755 K. ve 05.11.2020 tarihli kararı. <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 7 Kasım 2022

<sup>170</sup> Karar metninin ilgili bölümüne burada yer verilmektedir. “TTK'nın 1524. maddesinin birinci fıkrasında belli ortaklıkların internet sitesi açması ve bu sitenin belirli bir bölümünü ortaklıkça kanunen yapılması gereken ilanların yayımlanmasına özgülemesi yükümlülüğünden söz edildiği, bu yükümlülüğün genel kurul veya yönetim kurulu kararlarıyla veya bunların geçerliliğiyle doğrudan hiçbir ilgisinin bulunmadığı, öte yandan ilan internet sitesinden yapılmadığından çağrının usulsüz olduğu kabul edilse dahi, bu durumda usulsüz de olsa bir davet ve ilan bulunduğundan alınan kararların iptalinin sağlanabilmesi için çağrının usulüne göre yapılmaması ve gündemin gereği gibi ilan edilmemesi sonucu oluşan aykırılıkların genel kurul kararının alınmasında etkili olduğunun ispat edilmesi gerektiği, davacıların sermaye payı ve dava konusu genel kurul kararlarının ise toplantıya katılanlar tarafından oybirliğiyle alındığı dikkate alındığında, çağrının usulüne göre yapılmaması ve gündemin gereği gibi ilan edilmemesi sonucu oluşan aykırılıkların genel kurul kararının alınmasında etkili olmadığı ve dolayısıyla alınan kararların iptali şartlarının oluşmadığının kabulü gerektiği...” Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 2019/1742 E., 2020/4755 K. ve 05.11.2020 tarihli kararı. <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 7 Kasım 2022

<sup>171</sup> Benzer yönde bir tespit için bkz. İstanbul Bölge Adliye Mah. 13. Hukuk Dairesi, 2019/2151 E., 2020/634 K. nolu ve 18.6.2020 tarihli kararı: “1524. maddenin birinci fıkrasında belli ortaklıkları internet sitesi açmak ve bu sitenin belirli bir bölümünü ortaklıkça kanunen yapılması gereken ilanların yayımlanmasına özgülemek yükümlülüğünden söz edilmektedir. Bu yükümlülüğün genel kurul veya yönetim kurulu kararlarıyla veya bunların geçerliliğiyle doğrudan hiçbir ilgisi yoktur”. <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 7 Kasım 2022.

<sup>172</sup> Benzer yönde bir ilk derece mahkemesi kararı için bkz. Bakırköy 1. Asliye Ticaret Mahkemesi, 2016/734 E., 2018/42, K. ve 01.02.2018 tarihli kararı: “Bu bağlamda davalı şirket genel kuruluna ilişkin toplantının şirketin internet sitesinde kanunda öngörüldüğü biçimde ve sürede ilan edilmemiş olması TTK'nun 1524 cü maddesi hükümlerine göre usuli bir eksiklik olup bu yükümlülüğe uyulmaması kararların iptal edilmesinin sebebinin oluşturur. TTK'nun 446/1-b madde ve bendine göre çağrının usulüne göre yapılmaması nedeniyle genel kurul kararının iptal edilebilmesi için yasa koyucu etki kuralı şartını getirmiştir. Esasen etki kuralının amacı genel kurul kararlarının iptal edilebilirliğini sınırlamaktır. Bir başka ifadeyle etki kuralı gereği kararın alınması sürecinde şekli eksiklik ile kanuna veya esas sözleşmeye aykırılık arasında bir sebep sonuç ilişkisi olup olmadığına bakılır. Genel kurul

### c. İnternet sayfasında ilan yükümlülüğünün ihlalinin TTK m. 198 bağlamında incelenmesi

Tekinalp, TTK m. 198 kapsamındaki içeriğin sermaye ortaklığının internet sitesinde yayımlanmaması halinde, oy haklarında bir donma söz konusu olmayacağını ancak TTK m. 199 f. 3 ve TTK m. 1524 f. 2'nin uygulanabileceğini savunmaktadır<sup>173</sup>.

Aytaç ise TTK m. 198'e ilişkin bildirimlerin internet sitesinde yayımlanmaması halinde, TTK m. 198 f. 2 ile öngörülen donma yaptırımın tartışmaya açık olduğunu savunmaktadır<sup>174</sup>.

### SONUÇ

Karşılıklı iştirakin ve bildirim yükümlülüğünün uygulama alanının tespiti açısından TTK ve TSY arasında çelişki söz konusudur. TSY her iki durum için de uygulamayı, topluluğa dahil olma ile sınırlandırmıştır. Bu sınırlama, TTK'de mevcut değildir. Bu çelişki, eleştiriye açıktır. Kanun düzeyinde bir düzenleme yapılarak uygulamada hukuki öngörülebilirliğin sağlanması gerekmektedir. Şirketler topluluğunun oluşması için aranan asgari şirket sayısı tartışması da ayrıca önem arz etmektedir.

Karşılıklı iştirak gerek sermayenin sulandırılması gerek yönetim kurulu karşısında genel kurulun gücünü kaybetmesi nedeniyle arzulanmayan ancak yasaklanmayan bir gerçekliktir. Türk hukukunda basit karşılıklı iştirak halinde bilerek karşılıklı iştirak yaratan sermaye şirketi “iştirak konusu olan paylardan doğan toplam oylarıyla diğer pay sahipliği haklarının sadece dörtte birini kullanabilir; bedelsiz payları edinme hakkı hariç, diğer tüm pay sahipliği hakları donar”. Nitelikli karşılıklı iştirak halinde ise hakimiyetin hüküm ve sonuçları uygulanır.

Özellikle basit karşılıklı iştirak açısından, sermaye şirketlerinin kendilerine iştirak edildiğini bilmesi önem arz etmektedir. Bu bilme, kural olarak, TTK m. 198'de düzenlenen bildirim yükümlülüğü ile gerçekleşecektir. Bildirim yükümlülüğü, hem işlem yapanın ilgili şirkete bildirimini hem de bildirim alan şirketin durumu ticaret siciline tescil ve ilanı ettirmesini

kararının alınma sürecindeki eksiklik olmasaydı da aynı doğrultuda karar alacak idiyse yani sebep sonuç ilişkisi gerçekleşmemiş ve bu eksiklik alınan kararı etkilememiş ise iptale gerek yoktur.” <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 7 Kasım 2022.

<sup>173</sup> Tekinalp, *Sermaye Ortaklıkları*, s. 635-636.

<sup>174</sup> Aytaç, “Bildirim Yükümlülüğü”, s. 91.

kapsamaktadır. Şirketin tescil ve ilan yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde, nasıl bir çözüm üretileceği konusunda açık bir düzenleme söz konusu değildir. Doktrinde haklı olarak eleştirilmektedir.

TTK m. 198, bildirim yazılı olarak yapılacağını düzenlemiştir. Bu bildirim yazılı olmak dışında herhangi bir şarta tabi olmadığı görüşündeyiz. Ancak bildirim ispatı açısından, hangi vasıta ile yapılacağı önem arz edecektir. Karşılıklı iştirak sadece sermaye şirketleri arasında uygulanacağı için hem bildirim yapan hem de bildirim alan kişi sermaye şirketi olacaktır. Bildirim e-posta ile gönderilebileceği kabul edilse dahi ispat açısından sorun yaşanacağını düşünmekteyiz. İadeli taahhütlü gönderi ile yapılan bildirimde, bildirim içeriğinin ispatı mümkün değildir, bu nedenle ispata da elverişli değildir. Telgraf ile bildirim yapılması halinde içeriğin ispatı mümkündür ancak uygulama alanı olmadığını düşünmekteyiz. Noter kanalıyla bildirim yapılabilir. Tüzel kişilere elektronik yolla tebligat yapılması zorunludur ancak uygulamada UETS adresi aktif olmayan şirket sayısı oldukça fazladır. Noter kanalıyla yapılacak bildirimde önemli olan, şirketin UETS adresi olması halinde, şirkete elektronik tebligat yapılması gerektiğidir. Elektronik tebligat adresi olmasına rağmen, fiziki tebligat yapılması halinde Yargıtay bu tebligatı geçersiz kabul etmektedir. Şayet şirketin UETS adresi yoksa ya da aktif değilse bu takdirde, şirkete fiziki yolla tebligat yapılacaktır. Tebligatın tebliğ edilmeksizin dönmesi halinde, noterlikçe çıkartılacak ikinci tebligatın Tebligat Kanunu'nun 35. maddesine göre yapılması mümkün değildir. Tebligat Kanunu'nun 35. maddesine göre tebligat yapma yetkisi sadece kazai mercilere hasredilmiştir. Bu nedenle, noter kanalıyla yapılacak TTK m. 198 bildirimlerinde tebliğ güçlükleri yaşanabilir. Alternatif olarak bildirim, her iki tarafın da KEP kullanıcısı olması halinde KEP gerçekleştirilebilir. Karşılıklı iştirak açısından önem arz eden TTK m. 198 bildirimleri sermaye şirketleri arasında gerçekleşeceği için Türk şirketleri açısından KEP hesabı bulundurma ve aktive etme zorunluluğunun getirilmesi halinde, ispat konusunda kayda değer bir kolaylık söz konusu olacaktır. KEP gönderisinin ulaştığı/ulaşmış kabul edileceği tarihe ilişkin de ayrı bir düzenleme yapılması gerektiğini düşünmekteyiz.

TTK m. 198 kapsamında, internet sitesinde ilan yapılmaması halinde uygulanacak olan yaptırım konusunda, öğretide bir fikir birlikteliği mevcut değildir. Anonim şirketlerde genel kurula çağrının internet sitesinde yayımlanmaması halinde de yaptırımın ne olacağı hususunda doktrinde görüş birliği söz konusu değildir. TTK m. 1524 yaptırımlarının neler olduğu, hangi

durumlarda uygulanacağı açık değildir. Kanun değişikliği ile düzenlemenin ve yaptırımların netleştirilmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

## KAYNAKÇA

- Altıntaş A, “Anonim Ortaklıklarda Karşılıklı İştirakler ve Sonuçları”, *Bilkent Üniversitesi Genç Hukukçu Araştırmacılar Sempozyumu 11-12 Ekim 2019*, 2020, s. 545-580.
- Ayhan R / Çağlar H / Özdamar M, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, 4. Bası, Yetkin Yayınları 2021.
- Aytaç Z, “İsviçre Hukukunda Anonim Şirket Pay Sahiplerinin Pay Edinimlerinde Bildirim Yükümlülüğüne İlişkin Yeni Düzenlemeler ve Konunun Türk Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, *Prof. Dr. Seza Reisoglu Armağanı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü*, 2016, s. 57-103. (Anılış: Bildirim Yükümlülüğü)
- Aytaç Z, “Bağlı İşletmeler Hukuku ve Türk Hukukundaki Görünüm”, *Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü*, 8(4), 1976, s. 97- 125. (Anılış: Bağlı İşletmeler)
- Baş K, “Anonim Şirketlerde Pay Sahiplerinin Türk Ticaret Kanunu m. 198 Uyarınca Bildirim Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğe Aykırılığın Sonuçları”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 36(1), 2020, s. 57-97.
- Bozkurt T, *Şirketler Hukuku*, 13. Bası, Yetkin Yayınları 2021.
- Can M Ç, *Hakimiyet Sözleşmesi (Anonim Şirketlerden Oluşan Şirketler Topluluğu Bakımından)*, Adalet Yayınevi, 2020.
- Çelikyurt F, *Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkının Donması*, Beta, 2018.
- Dirikkan, H, “Tacirler Arası İhbar ve İhtarlar”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4, 2002, <[https://dergipark.org.tr/tr/pub/deuhfd/issue/46868/587667#article\\_cite](https://dergipark.org.tr/tr/pub/deuhfd/issue/46868/587667#article_cite)> Erişim Tarih 10 Kasım 2022,

- s. 39-75.
- Emmerich V / Habersack M, *Konzernrecht*, 10. Auflage, C.H. Beck, 2013. (Anılış: Konzernrecht)
- Emmerich V / Habersack M, *Aktien- und GmbH-Konzernrecht*, 7. Auflage, C.H. Beck, 2013. (Anılış: Aktien)
- Gürbüz Usluel A, *Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Kâr Payı Alma Hakkı*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Estitüsü, 2016.
- Güney Akdağ N, *Yeni Türk Ticaret Kanunu ve Avrupa Birliği Mevzuatı Çerçevesinde Ticaret Sicili*, Ticaret Odası Yayınları, 2011.
- Göktürk K, “Ticaret Sicil Yönetmeliği’nin Şirketler Topluluğu Hakkındaki Bazı Düzenlemeleri Üzerine Düşünceler”, *Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi*, 3, 2014, s. 103-139. (Anılış: TSY)
- Göktürk K, *Şirketler Topluluğunda Sorumluluk Esasları (Anonim Şirketlerde Oluşan Topluluk Açısından)*, 2. Bası, Adalet Yayınevi, 2022. (Anılış: Şirketler Topluluğu)
- Kara E, “Hamiline Yazılı Pay Senetlerinin Devrinde Halka Kapalı Anonim Şirketler Açısından 7262 Sayılı Kanunla FEGG Tavsiyesi Doğrultusunda Yapılan Değişiklikler”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 16(184), 2021, s. 2320-2333.
- Karaege Ö, *Anonim Şirket Genel Kurulunun Toplantıya Çağırılması*, Adalet Yayınevi, 2022.
- Kendigelen A, *Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler*, 2. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2011.
- Moroğlu E, *Türk Ticaret Kanunu’na Göre Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü*, 9. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- Okutan Nilsson G, “Şirketler Topluluğunda Karşılıklı İştirak”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 18(2), 2012, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/maruhad/issue/48277/614762>>, Erişim Tarihi 01 Kasım 2022, s. 255-268. (Anılış: Karşılıklı İştirak)
- Okutan Nilsson G, *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Şirketler Topluluğu Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, 2009. (Anılış: Şirketler Topluluğu)
- Poroy R / Tekinalp Ü / Çamoğlu E, *Ortaklıklar Hukuku II*, 13. Bası, Vedat Kitapçılık, 2017.
- Pulaşlı H, *Şirketler Hukuku Şerhi*, 4. Bası, Adalet Yayınevi 2022. (Anılış: Şirketler Hukuku Şerhi)
- Pulaşlı H, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, 8. Bası Adalet, 2022. (Anılış: Şirketler Hukuku)
- Ruhi C, *Tebliğat Hukuku*, 12. Bası, Seçkin, 2022.
- Şener O H, *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı*, 5. Bası, Seçkin, 2022.
- Tahiroğlu F, “Tebliğat Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Tebliğat Çıkarmaya Yetkili Merciler”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 74(1), 2016, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/292221>>, Erişim Tarihi 01 Kasım 2022, s. 389-396.
- Teoman Ö, “Sermaye Ortaklıklarının İnternet Sitesi Açma ve Burada Yasada Öngörülen İçerikleri Yayımlama Yükümlülüğüne Aykırı Davranmanın Yaptırımı Nedir?”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 27(4), 2011, s. 5-12. (Anılış: İnternet Sitesi Açma)
- Tekinalp Ü, *Anonim Ortaklıkta Yeni Bağlam Sisteminin Esasları*, Vedat Kitapçılık, 2012. (Anılış: Yeni Bağlam)
- Tekinalp Ü, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, Vedat Kitapçılık, 2015. (Anılış: Sermaye Ortaklıkları)
- Yanlı V / Okutan Nilsson G, “Türk Ticaret Kanunu’nun 198. Maddesi Uyarınca Bildirim Yapılmamasının Anonim Şirketteki Oy Haklarına Etkisi”, *Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan*, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 771-788.
- Zöllner W / Noack U, *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, Band 1*, Auflage 3, Carl Heymanns Verlag, 2011.



**KAMU HUKUKU >>**

BOŞ

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

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068  
Cilt / Volume XXVII Nisan / April 2023 Sayı / No. 2

**GÜNCEL GELİŞMELER İŞİĞİNDA TEVFİK RÜŞDÜ ARAS'IN 31  
TEMMUZ 1936 TARİHLİ TEK TARAFLI BEYANININ HUKUKİ  
SONUÇLARI HAKKINDA BİR DEĞERLENDİRME**

AN EVALUATION OF THE LEGAL CONSEQUENCES OF  
UNILATERAL STATEMENT OF TEVFİK RÜŞDÜ ARAS DATED 31  
JULY 1936 IN THE LIGHT OF CURRENT DEVELOPMENTS

Uğur BAYILLIOĞLU\*  

**ÖZET**

[10.34246/ahbvuhfd.1230129](https://doi.org/10.34246/ahbvuhfd.1230129) 

*Türk Dışişleri Bakanı Tevfik Rüşdü Aras'ın, Türkiye Büyük Millet Meclisi önünde yaptığı, 31 Temmuz 1936 tarihli konuşmadaki bir beyanı, Limni ve Semadirek'in silahsızlandırılmış statüsü konusundaki Türk-Yunan uyuşmazlığının önemli bir parçasını oluşturmaktadır. Lakin bu beyan, Türkiye aleyhine bir hukuki sonuç doğurma kabiliyetini haiz bir tek taraflı işlem teşkil etmemektedir. Zira Aras'ın tek taraflı beyanı, tek taraflı işlemlerin oluşum ve geçerliliğine ilişkin uluslararası yargı kararlarında kabul edilen ilke ve kriterlerle bağdaşmamaktadır. Söz konusu tek taraflı beyan, siyasi bir nitelik arz etmekte olup, dönemin karşılıklı iyi duygulara dayanan Türk-Yunan ilişkilerinin bir yansımasıdır. Lakin Yunanistan bu beyanı, Limni ve Semadirek'in statüsünün değiştiğine ilişkin gerekçelerden birisi olarak kullanmaktadır. Üstelik Yunanistan bunu, yeni tarihli notalarında, resmi tezleri arasında ileri sürmüştür. Dolayısıyla Limni'nin statüsü bağlamında, Aras'ın beyanı açısından 1980'lerde doktrinel düzeyde yapılan tartışma, bugün resmi tezlere de konu olmuş ve büyük önem kazanmıştır. Bu itibarla, meselenin mutlaka incelenmesi ve bu konudaki Türk tezlerinin yeni ve ek argümanlarla desteklenmesinde fayda bulunmaktadır.*

\* Doç. Dr. Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı/  
ANKARA, e-posta: ugurbayil@cankaya.edu.tr, ORCID: 0000-0002-8601-7908  
DOI: 10.34246/ahbvuhfd.1230129

\* İntihal / **Plagiarism**: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / *This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.*



**Anahtar Kelimeler:** Devletin tek taraflı işlemleri • Doğu Ege Adalarının Silahsızlandırılmış Statüsü • Türk Boğazları • Türk-Yunan İlişkileri • Siyasi Beyanlar.

### ABSTRACT

A statement of Turkish Foreign Minister Tevfik Rüşdü Aras in his speech before the Turkish Grand National Assembly on 31 July 1936 constitutes an important part of the Turkish-Greek conflict over the demilitarized status of Lemnos and Samothrace. However, this statement does not constitute a unilateral action that can have legal consequences against Türkiye. Because unilateral statement by Aras does not comply with the principles and criteria accepted in international judicial decisions regarding the formation and validity of unilateral acts. The unilateral statement concerned is of political in nature and is a reflection of the Turkish-Greek relations of the period based on mutual good feelings. However, Greece uses this statement as one of the reasons why the status of Lemnos and Samothrace has changed. Moreover, Greece asserted this in its newly dated notes, among its official theses. Therefore, in the context of the status of Lemnos, in terms of Aras' statement, the discussion made at the doctrinal level in the 1980s has also been the subject of official theses and gained great importance today. In this respect, it is beneficial to examine the issue and to support Turkish theses on this subject with new and additional arguments.

**Keywords:** Unilateral acts of States • The Demilitarized Status of the Eastern Aegean Islands • Turkish Straits • Turkish-Greek Relations • political statements.

### EXTENDED ABSTRACT

As it is known, one of the disputes between Türkiye and Greece regarding the Aegean arises from the violation of the demilitarized status of the Eastern Aegean Islands by Greece. A statement of Turkish Foreign Minister Tevfik Rüşdü Aras in his speech at the Turkish Grand National Assembly session where the ratification of the Montreux Convention was discussed constitutes an important part of the Turkish-Greek conflict regarding the demilitarized status of the islands of Lemnos and Samothrace.

The purpose of the article is to determine whether Aras' statement constitutes a legally binding unilateral act. In this context, the main claim and assumption of the study is that the statement in question does not constitute a unilateral act capable of having legal consequences against Türkiye.

The topic remains up to date. Because, in the process of the Eastern Mediterranean maritime jurisdiction area delimitation dispute, this dispute has been the subject of the parties' notes. In the notes that reveal the legal positions of the parties, there are also evaluations regarding Aras' statement.

Aras' statement in question has no legal meaning. In other words, this statement does not create any legal result against Türkiye and in favor of Greece. Because, there is no

declaration of intent capable of creating a new legal situation, changing or ending an existing legal situation. Therefore, it does not seem possible in terms of unilateral act theory to attach a legal conclusion to the statement concerned. The main reason for this determination is that Aras' unilateral statement does not comply with the principles and criteria accepted in international judicial decisions regarding the formation and validity of unilateral acts. Indeed, in international judicial jurisprudence, there is an answer to the question of when a unilateral statement will constitute a unilateral legal act. First of all, the state must derive the authority to act unilaterally on this issue from international law. In addition, this action must be carried out by a body capable of representing the state. A declaration with these general qualifications will constitute a legally binding and unilateral act for the state concerned, provided that it is made public and is made with the intention of being bound, without being subject to any particular form requirement.

The intent to be bound is of great importance. The actual content of the statement and the conditions in which it is made play a decisive role in determining this intent. In addition, the interested states and the meaning given to the statement by them are important within the framework of goodwill and the principle of trust in international relations. In this context, the following practices of the parties are important for the determination of the meaning and status they give to the issue.

There is no intent of Türkiye to be bound by the content of this statement, which was reflected in the statements made publicly by President Atatürk and the Government at that time. Yet, the expressions used in the declaration are examined in determining the intention to be bound by the declaration. In Aras' statement, it is understood that there is no legal determination made with the intention to be bound, due to the use of ambiguous political concepts such as brotherhood, friendship, neighborliness, and the appearance of a political wish rather than a definitive judgment.

Moreover, it is clear that Greece did not develop an attitude based on Aras' statement, in accordance with the principle of goodwill and trust in international relations. Because it is clearly understood from the note of 10 May 1969 that Greece did not attribute importance to Aras' statement and from the ongoing practice for Lemnos and Samothrace until that time. Therefore, Greece, which contradicts its own claim, cannot claim a goodwill to be protected by law.

Moreover, Greece is a party to the Montreux Convention. Both before and during the Conference, Greece supported Türkiye's positions and views. Based on the principle of *rebus sic stantibus*, Türkiye's position is to terminate the demilitarized status stipulated for some parts of Türkiye in the Lausanne Convention. In that case, the views and positions that received the support of Greece are limited to this. The status of Lemnos and Samothrace is out of scope. As a matter of fact, as a reflection of this position, there is no regulation regarding Limnos and Samothrace in the Montreux Convention, and the status of the islands concerned was not brought to the agenda at the Conference.



*Aras' statement is the result of a personal misunderstanding of the political scene, with no legal consequences. However, this misunderstanding and misinterpretation creates a situation that has political, not legal, consequences. He made a very enthusiastic statement with sincerity and good feelings in the Turkish–Greek relations of the period. However, at that time, when the minutes of the Montreux Conference are examined, it is seen that the Greek authorities made such enthusiastic statements, as well. Indeed, this statement, based entirely on the political conjuncture of the period, is no less enthusiastic than the statement of the Greek Head of the Delegation, Politis.*

## GİRİŞ

Dışişleri Bakanı Tevfik Rüşdü Aras, Montrö Boğazlar Sözleşmesi'nin<sup>1</sup> onaylanmasına ilişkin Kanun Layihasının görüşüldüğü 31 Temmuz 1936 tarihli Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) oturumunda yaptığı konuşmada<sup>2</sup> şu beyanda bulunmuştur:

“1924 Lozan mukavelesile gayri askerî hale ifrağ edilmiş olan komşumuz ve dostumuz Yunanistana aid Limni ve Samotra adalarına dair olan hüküm de Montreux mukavelesile kalkmış oluyor demektir ki bundan da ayrıca memnunuz.

“Bu münasebetle yeni Türkiye siyasetinin bir vasfını da tekrar kaydetmek isterim: Kendimiz için iyi gördüğümüzü dostlarımız için de iyi görmek ve hakkımızda nareva telâkki ettiğimiz her şeyi yalnız dostlarımız için değil, fakat hiçbir devlet hakkında temeni etmemek.”<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Montrö Boğazlar Sözleşmesi, 31 Temmuz 1936 tarihli 3056 tarihli Kanun'la onaylanmıştır. Sözleşmesi'nin resmi Türkçe çevirisi için bkz: Resmi Gazete, 5 Ağustos 1936, Sayı: 3374. <<https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/3374.pdf>>, Erişim Tarihi 21 Kasım 2022. Sözleşme, yürürlük şartının yerine gelmesi ile 9 Kasım 1936'da yürürlüğe girmiş ve bu husus Dışişleri Bakanlığı tarafından tebliğ konusu yapılmıştır. Bkz: 31/7/1936 Tarihli ve 3056 Numaralı Kanun ile Kabul Edilmiş Olan “Boğazlar Rejimi Hakkında Montreux'de 20 Temmuz 1936 Tarihinde İmza Edilen Mukavenamenin Meriyete Konulması Hakkında Tebliğ”, Resmi Gazete, 9 Teşrinisani 1936, Sayı: 3459. <<https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/3459.pdf>>, Erişim Tarihi 21.11.2022. Lakin Sözleşme'nin ekinde yer alan Protokol'ün 1. maddesi ile Türkiye'nin Boğazlar bölgesini imzayı takiben derhal askerî hale getirebileceği kabul edilmiştir.

<sup>2</sup> Konuşma metni için bkz: T.B.M.M Zabıt Ceridesi, Devre: V, Cilt: 12, İçtima: 1, Seksen Birinci İnikad, 31–VII–1936 Cuma, s. 309–310. <<https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d05/c012/tbmm05012081.pdf>>, Erişim Tarihi 25 Eylül 2022.

<sup>3</sup> T.B.M.M Zabıt Ceridesi, Devre: V, s. 310.

Söz konusu beyan Yunan doktrininde, Limni (Limnos) ve Semadirek'in (Samotraki) yeniden silahlandırılma hakkının teslim edildiği yönünde iddialara neden olmuştur.<sup>4</sup> Türk doktrininde de buna karşı argümanlar ortaya koyan çalışmalar yapılmıştır.<sup>5</sup>

Aslında bu tartışma, Lozan Barış Antlaşması,<sup>6</sup> Lozan Boğazlar Sözleşmesi<sup>7</sup> ve 1947 Paris Barış Antlaşması<sup>8</sup> hükümleri gereği, silahsızlandırılmış statü altında bulunan Doğu Ege Adalarının, 1960'larda Yunanistan tarafından silahlandırılmasıyla başlayan uyuşmazlık sürecinin bir uzantısıdır. Türkiye'nin statü ihlalini ortaya koyan ilk notasının verildiği 29 Haziran 1964'ten itibaren taraflar arasında çok sayıda nota teatisi gerçekleşmiş; BM, NATO gibi uluslararası örgütlerle diğer devletleri de işin içine katan tartışmalar yaşanmıştır.<sup>9</sup> Yunanistan ilk başlarda statü ihlali yapmadığı konusunda savunma geliştirirken, Kıbrıs çatışmasının ardından tutumunda değişikliğe gitmiştir.<sup>10</sup>

<sup>4</sup> C.P. Economides, “La pretendue obligation de demilitarisation de l'île de Lemnos”, Revue Hellenique de Droit International, 1981, s. 10–11; Ph. Drakidis, “Le statut de demilitarisation de certaines îles grecques”, Defence Nationale, Septembre 1984, s. 78–79'dan aktaran, Hüseyin Pazarıcı, *Doğu Ege Adalarının Askerden Arındırılmış Statüsü*, 2. Baskı, Turhan Kitabevi, 1992, s. 48, 102 no'lu dipnot. Yine yeni yazarlar da bu görüşü ayrıntıya girmeden sanki verili bir değer olarak kabul etmişlerdir. Bkz: Haralambos Athanasopoulos, *Greece, Turkey and the Aegean Sea: A Case Study in International Law*, McFarland, 2001, s. 78–79; Angelos M. Syrigos, *The Status of the Aegean Sea According to International Law*, Sakkoulas/Bruylant, Bila–tarih, s. 59, 33 no'lu dipnot.

<sup>5</sup> Aslan Gündüz, *Limni Adası'nın Hukuki Statüsü Üzerinde Türk–Yunan Uyuşmazlığı*, Otağ Yayınevi, 1985, s. 70–72; Pazarıcı, s. 48–54; Sevin Toluner, *Summary of Conclusions: The Pretended Right to Remilitarize the Island of Lemnos Does Not Exist*, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Araştırma ve Uygulama Merkezi, 1987, s. 81–83; Sevin Toluner, “Limni Adası'nın Hukuki Statüsü ve Montreux Boğazlar Konvansiyonu”, *Milletlerarası Hukuk Açısından Türkiye'nin Bazı Dış Politika Sorunları*, Beta Yayınevi, 2000, s. 49–112; Deniz Bölükbaşı, *Turkey and Greece: The Aegean Dispute, A Unique Case in International Law*, Cavendish Publishing Limited, 2004, s. 777–778; Sertaç Hami Başeren, *Ege Sorunları*, TÜDAV Yayınları, 2006, s. 98–102.

<sup>6</sup> Metin için bkz: TBMM Zabıt Ceridesi, Cilt: 1, 11 Ağustos 1339 tarihli Birinci İçtimadan 8 Eylül 1339 tarihli On beşinci İçtima kadar, TBMM Matbaası, 1961, s. 111–150.

<sup>7</sup> Metin için bkz: TBMM Zabıt Ceridesi, *11 Ağustos 1339*, s. 150–157.

<sup>8</sup> Paris Barış Antlaşması'nın, Yunanistan'a devredilen adaların silahsızlandırılmış statünü düzenleyen 14. maddesi ve Ek XIII düzenlemesi için bkz: Pazarıcı, s. 85–86.

<sup>9</sup> Bkz: Bölükbaşı, s. 722–744. NATO bağlamında, 1983'te Limni'nin bir NATO tatbikatında kullanılması isteğinin tartışmayı alevlendirdiği ve 1980'lerin ortalarında Limni meselesinin NATO'nun gündemini işgal ettiği anlaşılmaktadır. Bkz: Stagos, s. 191–196.

<sup>10</sup> Lakin aşağıda da değinileceği gibi Limni açısından Yunanistan'ın ilk kez 20 Haziran 1970 tarihli notasında, Montrö Boğazlar Sözleşmesi ile Lozan Boğazlar Sözleşmesi'nin ilga

Yunanistan'ın statü ihlalini meşrulaştırmak için ortaya attığı argümanlar, ada gruplarına göre değişmektedir.<sup>11</sup> Yunanistan'ın Aras'ın beyanına dayandırdığı iddiası ise, Boğazözü Adaları grubuna dâhil bulunan Yunan egemenliğindeki Limni ve Semadirek içindir. Üstelik bu iddianın, doktrinle sınırlı kalmadığı, resmi Yunan tezlerinde de yer aldığı görülmektedir. Gerçekten de Doğu Akdeniz deniz yetki alanları sınırlandırma uyuşmazlığının devam ettiği süreçte, Doğu Ege Adalarının silahsızlandırılmış statüsünün ihlaline yönelik tartışma yeniden alevlenmiş ve söz konusu ihlaller Türkiye tarafından yeniden açıkça dile getirilmeye başlanmıştır. Bu bağlamda Türkiye 13 Temmuz 2021 tarihli notayla<sup>12</sup> Doğu Ege Adaları ile Akdeniz'deki bazı adaların silahsızlandırılmış statüsü ve bunun hukuki kaynaklarını açıklamış, açık bir şekilde, adaların egemenlik devrinin, silahsızlandırılmış statüye karşılık kabul edildiğini bildirmiş ve statü ihlalinin, egemenlik açısından sorun doğuracağını vurgulamıştır.<sup>13</sup>

Yunanistan'ın buna karşı verdiği 27 Temmuz 2021 tarihli notada,<sup>14</sup> Türkiye'nin silahsızlandırılmış statü konusundaki argümanlarına karşı ileri sürdüğü savunma niteliğindeki argümanlardan birini de Aras'ın söz konusu beyanı oluşturmuştur. Aras'ın beyanı, takip eden ve aşağıda değineceğimiz notalarda da tarafların tespit ve iddialarına konu olmuştur. Yine bu tartışmalar

edildiği gerekçesiyle söz konusu ada (ve Semadirek) için Lozan Boğazlar Sözleşmesi'nden kaynaklanan silahsızlandırılmış statüsünün ortadan kalktığını iddia ettiği görülmektedir. Bkz: Bölükbaşı, s. 725.

<sup>11</sup> Bkz: Pazarıcı, s. 28 vd.; Başeren, s. 80 vd. Yunan yazarların görüş ve değerlendirmeleri için ayrıca bkz: Yannis A. Stivachtis, "The Demilitarisation of the Greek Eastern Aegean Islands: The Case of the Central Aegean and Dodecanese Islands". *The Turkish Yearbook of International Relations*, 29, 1999, s. 99–130; Stylianos Politis, "Demilitarisation and the Legal Regime of the Aegean Islands according to International Law", *Revue Hellenique de Droit International*, 56(1), 2003, s. 247–259.

<sup>12</sup> Bkz: Letter dated 13 July 2021 from the Permanent Representative of Turkey to the United Nations addressed to the Secretary-General, <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N21/191/06/PDF/N2119106.pdf?OpenElement>>, Erişim Tarihi 24 Eylül 2022.

<sup>13</sup> Şarta bağlı egemenlik devrinin, etkileri Lozan görüşmelerine de yansıyan, Altı Büyük Devlet kararından itibaren gelen sürecin bir sonucu olduğu hakkında bkz: Aydoğan Özman, "Lozan Andlaşmalarında Ege Adalarının Hukuki Statüsü", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, 63 (3–4), 1988, s. 199 ve 202.

<sup>14</sup> Bkz: Letter dated 27 July 2021 from the Permanent Representative of Greece to the United Nations addressed to the Secretary-General, <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N21/209/60/PDF/N2120960.pdf?OpenElement>>, Erişim Tarihi 24 Eylül 2022.

yaşanırken, tek taraflı beyan meselesi, Uluslararası Adalet Divanının (Divan) güncel bir kararı olan Nikaragua–Kolombiya kararında<sup>15</sup> incelenmiştir.

Demek ki 1960'larda diplomatik beyanlarda yer alan, doktrinle düzlemde ise 1980'lerde başlayan tartışma, yeniden etkili şekilde gündeme gelmiştir. Hâlihazırda tarafların resmi tezlerinde bir argüman olarak yer almaktadır. Dolayısıyla tartışmayı güncel gelişmelerin ışığında yeniden ele almak, meselenin arz ettiği önem açısından bir zorunluluk olarak belirmektedir.

Çalışmada, Aras'ın beyanı, Yunanistan'ın resmi tezlerinde bu şekilde iddia konusu edildiği gibi tek taraflı işlem teorisi bağlamında incelenecektir. Dolayısıyla antlaşmalar hukuku bağlamında takip eden uygulama incelenmeyecektir. Lakin takip eden uygulama, tek taraflı işlem teorisi bağlamında değerlendirme konusu yapılacaktır. Yine tek taraflı işlem teorisiyle yakından ilgili bir kavram olan *estoppel* de konu dışıdır. Zira *estoppel* etkisi, muhatap devletin tutumuyla ortaya çıkmaktayken, tek taraflı bir işlemde kaynaklanan yükümlülük, doğrudan işlemi tesis eden devletin irade beyanına dayanır.<sup>16</sup> Hemen aşağıda değinileceği gibi Yunanistan resmi tezlerinde, Aras'ın beyanını, tanıma ve taahhüt olarak ifade etmiştir. Bilindiği gibi devletin tek taraflı işlemleri, çeşitli terimler altında sınıflandırılabilir. Biz burada, tek taraflı işlemler arasında herhangi bir şekli ayırım yapmadan, meseleyi, beyanın hukuki sonuçları açısından değerlendirmeye tabi tutacağız. Bu anlamda çalışmada incelenecek temel soru şudur: Aras'ın beyanı, Türkiye'yi bağlayan tek taraflı bir işlem neticesi doğurarak, Yunanistan'a Limni ve Semadirek'i yeniden silahlandırma hakkı verir mi?

## I. TÜRKİYE VE YUNANİSTAN'IN RESMİ İDDİA VE ARGÜMANLARI

Yukarıda belirtildiği gibi Yunanistan'ın, Türkiye'nin 13 Temmuz 2021 tarihli notasına karşı verdiği 27 Temmuz 2021 tarihli notasında ileri sürdüğü argümanlardan birini, Aras'ın beyanı oluşturmuştur. Bu bağlamda Yunanistan, Türkiye'nin Limni ve Semadirek'in silahlandırılmasını resmi olarak tanıdığını ileri sürmüştü ve bu konuda iki dayanak ortaya atmıştır. İlki; 6 Mayıs 1936

<sup>15</sup> Karar metni için bkz: Alleged Violations of Sovereign Rights and Maritime Spaces in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Colombia), <<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/155/155-20220421-JUD-01-00-EN.pdf>>, Erişim Tarihi 26 Mayıs 2022. (Nicaragua v. Colombia, 2022).

<sup>16</sup> Mehmet Emin Çağırın, *Uluslararası Hukukta Devletin Tek Taraflı İşlemleri*, Platin Yayınları, 2005, s. 387–388.

tarihli, Türkiye'nin Atina Büyükelçisi'nden Yunanistan Başbakanı'na hitaben yazılmış resmi bir mektuptur. Diğeri ise Aras'ın mezkûr beyanıdır. Nota metninde Yunanistan'ın mektuba resmi bir referans verdiği görülmekle beraber, BM'nin resmi sitesinden mektubun metnine ulaşmak mümkün olmamaktadır. Lakin mektubun içeriği Türk doktrinine yansımış ve değerlendirmeye konu olmuştur.<sup>17</sup> Söz konusu mektubun içeriği Aras'ın beyanı ile benzerlik taşıdığı için meseleye esas itibarıyla Aras'ın beyanı üzerinden devam etmek uygun olacaktır.

Türkiye, 30 Eylül 2021 tarihli notasında,<sup>18</sup> Yunanistan'ın bu argümanlarına karşı çıkarken, aşağıda değineceğimiz Burkina Faso–Mali kararında<sup>19</sup> Divanın, belirli bir muhataba yönelmemiş tek taraflı bir beyan söz konusu olduğunda daha da dikkatli davranmanın görevi olduğu yönündeki tespite atıf yapmıştır. Ardından da takip eden uygulamaya yönelik bir argüman ortaya konmuştur. Buna göre Türkiye'nin bugüne kadarki devlet uygulamasının ve Yunanistan'ın 1960'lara kadarki silahsızlandırılmış statü öngören belgelerin yorumuyla ilgili uygulamasının, Yunan iddialarını geçersiz kıldığını vurgulamıştır.<sup>20</sup>

Yunanistan, 25 Mayıs 2022 tarihli notasında<sup>21</sup> ise diğerleri yanında Aras'ın beyanına dayandığı iddiasını billurlaştırmıştır. Yunanistan, öncelikle Türkiye'nin, 30 Eylül 2021 tarihli notasındaki tespitleriyle bu beyanın önemini ve hukuki etkisini azaltmaya çalıştığını ileri sürmüştür. Yunanistan'a göre Aras, mezkûr beyanı ile Yunanistan'ın bu iki adayı yeniden silahlandırılabilirliğini teyit etmiştir ve bu konuda TBMM'nin bir itirazı olmamıştır. Yunanistan, bir devletin iradesini ifade eden tek taraflı

<sup>17</sup> Bkz: Pazarcı, s. 37, 40–42; Toluner, *Limni Adası'nın*, s. 91–94; Bölükbaşı, s. 759–760 ve 777–778.

<sup>18</sup> Bkz: Letter dated 30 September 2021 from the Permanent Representative of Turkey to the United Nations addressed to the Secretary-General, <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N21/275/89/PDF/N2127589.pdf?OpenElement>>, Erişim Tarihi 24 Eylül 2022.

<sup>19</sup> Bkz: Frontier Dispute, Judgment, I.C.J. Reports 1986.

<sup>20</sup> Türkiye, Yunanistan'ın 6 Mayıs 1936 tarihli mektuba ilişkin iddiasına karşı, taraflar arasındaki müzakereler sırasında verilmeyen siyasi taahhütlerin, herhangi bir hukuki yükümlülük doğurmayacağını vurgulamıştır. Gerçekten de mektubun tarihi itibarıyla henüz Montrö Konferansı toplanmamıştır. Kaldı ki çok taraflı bir antlaşma olması nedeniyle Lozan Boğazlar Sözleşmesi'nin tadili konusunda Türkiye ve Yunanistan'ın ikili müzakereleri yeterli olmayacaktır.

<sup>21</sup> Bkz: Letter dated 25 May 2022 from the Permanent Representative of Greece to the United Nations addressed to the Secretary-General, <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N22/362/80/PDF/N2236280.pdf?OpenElement>>, Erişim Tarihi 24 Eylül 2022.

eylemlerinin uluslararası hukukta bağlayıcı hukuki sonuçlar doğurabileceğini belirtmiş ve aşağıda aktarılacak olan Divan içtihadında tespit edilen kriterler doğrultusunda, söz konusu beyanların, Türkiye açısından hukuki olarak bağlayıcı bir taahhüt işlemi oluşturduğunu ileri sürmüştür. Bu bağlamda Yunanistan, Türkiye'nin gündeme getirdiği Divan içtihadının da tamamen ilgisiz olduğunu ileri sürmüştür.

Türkiye'nin o notaya kadar tek taraflı beyanlar konusunda gündeme getirdiği karar, Burkina Faso–Mali kararıdır. Yunanistan'ın atıf yaptığı kararlarda ise Burkina Faso–Mali kararı bulunmamaktadır. Oysa aşağıda inceleneceği gibi bu karar, tek taraflı işlemler konusunda önemli tespitler içermektedir ve Yunanistan'ın tek taraflı işlemlere yönelik tüm kararlara atıf yapıp bunu dışlaması, tezlerinin geçerliliği açısından manidardır.

Türkiye 17 Eylül 2022 tarihli notasında,<sup>22</sup> Divan içtihadının, müzakere edilen ve nihayetinde üzerinde anlaşmaya varılan yasal bir belgeye yansıtılmayan siyasi taahhütler veya beyanlara yasal ağırlık verme konusunda temkinli ve kısıtlayıcı bir yaklaşımı tercih ettiğini belirtmiş ve aşağıda değinilecek olan Nikaragua–Kolombiya kararına genel bir atıf yapmakla yetinmiştir. Ayrıca Türkiye, (Yunanistan'ın mektup iddiasına karşı olarak) Montrö Konferansı arifesinde Yunanistan'ın Konferans'taki temsilcilerinden biri olan Mavroudis'in verdiği bir demeçte; Sözleşme'nin, Doğu Ege Adaları için Türkiye'nin Boğazlar için elde edeceğine benzer bir hukuki statü sağlamaya çalışmayacağını beyan ettiğini kaydetmiştir. Netice olarak bu da bir temsilcinin yetkisi dâhilinde yaptığı bir açıklamadır ve Sözleşme'de ortaya konan amacı göstermesi açısından kayda değerdir.

## II. DİVANIN GÜNCEL İÇTİHADINDA TEK TARAFLI BEYAN MESELESİ

Divanın tek taraflı beyan meselesini incelediği en güncel kararını, Nikaragua–Kolombiya kararı oluşturmaktadır. Nikaragua ile Kolombiya arasında Divan önünde görülen davada verilen 19 Kasım 2012 tarihli kararlar hem bazı adaların egemenliği meselesi çözülmüş hem de taraflar arasında kıta sahanlığı ve münhasır ekonomik bölge sınırlandırması yapılmıştır.<sup>23</sup>

<sup>22</sup> Bkz: Letter dated 17 September 2022 from the Permanent Representative of Türkiye to the United Nations addressed to the Secretary-General, <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N22/646/64/PDF/N2264664.pdf?OpenElement>>, Erişim Tarihi 24 Ekim 2022.

<sup>23</sup> Bkz: Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia), Judgment, I.C.J. Reports 2012.

2022 kararı ise büyük ölçüde 2012 kararından miras kalan bazı meseleler hakkındadır.

Davada, Kolombiya'nın karşı iddialarından birisi, taraflar arasındaki 2012 kararıyla San Andrés takımadalarında yaşayan ve Raizal etnik kökenine bağlı olanlar da dâhil olmak üzere geleneksel balıkçılık faaliyetleri ile uğraşan kimselerin mağduriyet yaşadığı olgusuna dayanmaktadır. Kolombiya'ya göre, söz konusu kimselerin geleneksel balıkçılık sahalarının bir kısmı ve bu sahalara ulaşım yollarının bazıları, 2021 kararıyla Nikaragua münhasır ekonomik bölgesi içinde kalmıştır.<sup>24</sup> Kolombiya bu iddiasını desteklemek amacıyla üç argüman ortaya koymuştur. Bunlardan biri ve konumuzu ilgilendireni, Nikaragua Devlet Başkanı Ortega'nın açıklamalarına dayandığı argümandır. Buna göre Nikaragua, Devlet Başkanı'nın açıklamaları vasıtasıyla söz konusu balıkçıların; bir anlaşmaya, diğer mekanizmalara veya Nikaragua makamlarının iznine ihtiyaç duymadan, Nikaragua deniz alanlarında avlanma hakkını kabul etmiştir.<sup>25</sup> Kolombiya'ya göre Başkan Ortega'nın açıklamaları, söz konusu balıkçıların haklarının mevcudiyeti ve bunların tanınması olarak hukuki netice üretmeye muktedir tek taraflı işlem teşkil etmektedir.<sup>26</sup>

Nicaragua ise Başkan Ortega'nın, Kolombiya'nın Raizallerin balıkçılık uygulamalarıyla ilgili endişelerini ele almaya açık olduğunu ifade ettiği açıklamaların hiçbirinin, iddia edilen geleneksel balıkçılık haklarının açık bir şekilde tanınması veya kabulü anlamına gelmediğini ileri sürmüştür. Nikaragua'ya göre, yapıldıkları dönemin nazik şartları çerçevesinde anlaşılması gereken bu açıklamaların; uzlaştırıcı olması ve Kolombiya'nın Divanın 2012 kararını reddetmesinin yarattığı siyasi gerilimi dağıtması amaçlanmıştır. İlaveten Nikaragua, Başkan Ortega'nın, geleneksel balıkçıların faaliyetlerini temin etmek için uygun mekanizmaların kurulması çağrısında bulunduğunu; yoksa Nikaragua'nın, Raizaller de dâhil olmak üzere San Andrés Takımadaları sakinlerinin kendi münhasır ekonomik bölgesinde geleneksel balıkçılık faaliyetleri konusunda kazanılmış bir hakka sahip olduklarını kabul etmediğini ve fakat söz konusu balıkçılık ihtiyaçlarını karşılamak için "kardeşlik ruhu ve iyi komşuluk ilişkileri çerçevesinde" Kolombiya ile çalışmaya hazır olduğunu belirtmiştir.<sup>27</sup>

<sup>24</sup> Nicaragua v. Colombia, 2022, para, 201

<sup>25</sup> Nicaragua v. Colombia, 2022, para, 202. Söz konusu açıklamalar için bkz: Nicaragua v. Colombia, 2022, para, 203.

<sup>26</sup> Nicaragua v. Colombia, 2022, para, 213.

<sup>27</sup> Nicaragua v. Colombia, 2022, para, 211.

Divan, Ortega'nın beyanları bağlamında tek taraflı işlem konusu açısından iki durumu incelemiştir. İlki, söz konusu beyanların, Raizeller ve San Andrés Takımadalarındaki diğer geleneksel balıkçıların, Nikaragua'nın deniz alanlarından önceden izin talep etmeden balık avlama hakkına sahip olduğu yönünde bir kabul teşkil edip etmediğidir. İkincisi ise bu beyanlarla, Nikaragua adına söz konusu balıkçılık haklarına saygı göstermek konusunda hukuki bir yükümlülük doğup doğmadığıdır.<sup>28</sup>

Divan ilk durum açısından, beyanların içeriklerine ilişkin değerlendirmede bulunmuştur. Divana göre Ortega, Raizal topluluğunun veya Takımadada sakinlerinin balıkçılık faaliyetleri açısından hem Nikaragua'dan izin alma ihtiyacına hem de bu konuda iki devlet arasında kurulması gereken mekanizmalara atıfta bulunmuştur. Dolayısıyla bu beyanlar, Nikaragua'nın münhasır ekonomik bölgesinde, izinsiz şekilde balıkçılık haklarının kabul edildiği veya tanındığı yönündeki iddiaları desteklememektedir.<sup>29</sup>

Divan ikinci durum açısından ise söz konusu beyanların, geleneksel balıkçılara hak tanıyan hukuki bir taahhüt teşkil edip etmediğini değerlendirmiş ve bunun için önceki içtihadına atıf yapmıştır.<sup>30</sup> Bu bağlamda, Divan, beyanla bağlanma niyetini tespit için beyanın yapıldığı fiili şartları incelemiştir. Bu inceleme faaliyeti neticesi ulaştığı sonuç, Ortega'nın beyanlarının hukuki bağlayıcılığı bulunan bir taahhüt işlemi oluşturmamasıdır. Bunun temel nedeni, Divanın, taraflar arasındaki 2012 kararı sonrası siyasi şartları gözetmesi (özellikle Kolombiya'yı kararı tanımamaya zorlayan iç politika gereklilikleri) ve aşağıda değinilecek olan Divan içtihadında ortaya konan devletlerin hareket serbestilerini kısıtlayan açıklamaların, sınırlı yorumlanması ilkesini benimsemesidir.<sup>31</sup>

Divanın tek taraflı işlemler konusundaki en güncel kararında, tek taraflı beyanın yapıldığı fiili şartlar açısından mevcut siyasi ortamı bir değerlendirme kriteri olarak ele almanın yanında, devletlerin hareket serbestilerini kısıtlayan beyanlar açısından esas itibarıyla sınırlı yorumu benimsemesi, son derece kayda değerdir. Nitekim bu husus, yukarıda değinilen Türkiye'nin 17 Eylül 2022 tarihli notasında ayrıca ve açıkça atıf konusu yapılmıştır.

<sup>28</sup> Nicaragua v. Colombia, 2022, para, 225.

<sup>29</sup> Nicaragua v. Colombia, 2022, para, 226–227.

<sup>30</sup> Nicaragua v. Colombia, 2022, para, 228–229.

<sup>31</sup> Nicaragua v. Colombia, 2022, para, 230–231.

### III. DİVANIN ÖNCEKİ İÇTİHADİ ÇERÇEVESİNDE TEK TARAFLI BEYAN MESELESİ

#### A. Beyanın Atf ve İzafesi ve Hukuki Bağlayıcılığının Temel Şartlarına İlişkin Rehber Divan İctihadı:

Burada gündeme gelen ilk soru, bir devletin dışişleri bakanının beyanının o devlet için bağlayıcı olup olmadığıdır. Bu konuda Uluslararası Daimi Adalet Divanının Doğu Grönland'ın statüsü hakkındaki davada yaptığı tespit temel bir emsal oluşturmaktadır.

“Divan, yabancı bir diplomatik temsilcinin kendi yetki alanına giren bir soruyla ilgili talebine cevaben, Hükûmeti adına Dışişleri Bakanı tarafından verilen ... cevabın, Bakanın bağlı bulunduğu devlet için bağlayıcı ... olduğunu değerlendirmektedir.”<sup>32</sup>

Görüldüğü gibi bir dışişleri bakanının beyanları, daha geniş bir deyimle eylem ve işlemleri, bağlı bulunduğu devlet açısından bağlayıcıdır. Bu anlamda Divan, Demokratik Kongo Cumhuriyeti–Ruanda arasındaki Ruanda Ülkesindeki Askeri Faaliyetler davasındaki kararında, içtihadına atf yaparak, devlet başkanı, hükûmet başkanı ve dışişleri bakanının, görevleri nedeniyle yükümlülük niteliğindeki tek taraflı işlemler yapmak da dâhil olmak üzere

<sup>32</sup> Legal Status of Eastern Greenland, Permanent Court of International Justice, Series A./B. Judgments, Orders and Advisory Opinions, s. 71.

<[https://www.icj-cij.org/public/files/permanent-court-of-international-justice/serie\\_AB/AB\\_53/01\\_Groenland\\_Oriental\\_Arret.pdf](https://www.icj-cij.org/public/files/permanent-court-of-international-justice/serie_AB/AB_53/01_Groenland_Oriental_Arret.pdf)>, Erişim Tarihi 5 Ekim 2022.

Söz konusu davada temel tartışma noktası; Norveç Dışişleri Bakanı Ihlen'in, Norveç'in Grönland sorunu hakkında bir sorun çıkarmayacağı yönündeki beyanı olmuştur. Uluslararası Daimi Adalet Divanı, Ihlen deklarasyonunun lafzının, Grönland sorununun çözümünde bir anlaşmaya varılamaması durumunda herhangi bir güçlük çıkarmama taahhüdü içerdiğini kabul etmiş ve “Norveç'in, bir bütün olarak Grönland üzerindeki Danimarka egemenliğine itiraz etmekten ve Grönland'ın bir bölümünü işgal etmekten kaçınma yükümlülüğü altında olduğu” hükmüne ulaşmıştır. Bkz: Legal Status of Eastern Greenland, s. 70–73. Fakat Uluslararası Daimi Adalet Divanı, bu bağlayıcılığın kaynağını oluşturan işlemin tek taraflı bir işlem mi olduğunu yoksa sözlü bir anlaşma mı olduğunu açıklamamıştır. Tartışmalar için bkz: Çağırın, s. 101–106. Çağırın, bunu, tek taraflı işlem olarak nitelerken, (Çağırın, s. 105–106), Toluner, sözlü anlaşma örneği olarak tanımlamıştır. Toluner, *Limni Adası'nın*, s. 96, 78 no'lu dipnot. Söz konusu beyanın niteliği tartışmalı olduğu için bu konuda bir değerlendirme içine girmeyeceğiz. Lakin Ihlen'in beyanı ister tek taraflı bir işlem ister sözlü bir anlaşma olsun, Aras'ın beyanıyla aynı hukuki sonucu doğurmamaktadır. Zira inceleme konumuz açısından, Norveç ve Danimarka ilişkisinin aksine, ortada tarafların iradelerinin ürünü bir antlaşma, Montrö Boğazlar Sözleşmesi mevcuttur. Toluner, *Limni Adası'nın*, 96–97, 78 nolu dipnot. İleride görülecektir ki bu husus, Aras'ın beyanının neden Yunanistan'ın iddia ettiği şekilde bağlayıcı tek taraflı bir işlem oluşturmadığını ortaya koyan temel Türk argümanlarından biridir.

devletlerini temsil ettiklerinin kabul edildiğini belirtmiştir.<sup>33</sup> Mesela Divan, Nükleer Denemeler kararında, görevleri göz önüne alındığında, Devlet Başkanı'nın kamuya açık sözlü veya yazılı beyanlarının, Fransız Devleti'nin bir uluslararası ilişkiler fiili oluşturduğunu vurgulamıştır.<sup>34</sup> Divan, Bosna–Hersek ile Yugoslavya arasındaki Soykırım Sözleşmesi'nin Uygulanması davasında verdiği kararında, Yugoslavya'nın Aliya İzzetbegoviç'in başkanlık statüsü çerçevesindeki itirazını karşılarken, “uluslararası hukuka göre her devlet başkanının, uluslararası ilişkilerinde devleti adına hareket edebileceğine şüphe yoktur.” tespitini yapmıştır.<sup>35</sup> Divan, Demokratik Kongo Cumhuriyeti ile Belçika arasındaki Tutuklama Müzekkeresi davasındaki kararında, bir dışişleri bakanının, görevi nedeniyle devlet adına eylem ve işlem tesis etme konusunda tam yetkiye sahip olduğu yönünde mevcut olan bir karinenin altını çizmiştir.<sup>36</sup> Gerek bu kararda gerek Demokratik Kongo Cumhuriyeti–Ruanda kararında, Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin,<sup>37</sup> 2/7–a maddesinde yer alan düzenleme, örfi karakteri vurgulanarak alıntılanmıştır.<sup>38</sup> Söz konusu düzenleme, devlet başkanı, hükûmet başkanı ve dışişleri bakanının görevleri nedeniyle yetki belgesine ihtiyaç duymadan bir antlaşmanın akdi ile ilgili her türlü işlemin yapılması amacıyla devletlerini temsil ettiklerini kabul etmektedir. Şüphesiz mezkûr düzenleme sadece antlaşmalara hastır. Divanın bu yetkiyi, tek taraflı işlemlere teşmil etmesinin altında yatan neden açıktır: Eğer görevleri nedeniyle devlet başkanı, hükûmet başkanı ve dışişleri bakanı, antlaşma veya antlaşmaya ilişkin işlemler yapmak suretiyle temsil ettikleri devleti yükümlülük altına sokmaya yetkiliyse; diğer uluslararası hukuk

<sup>33</sup> Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 2006, para 46.

<sup>34</sup> Nuclear Tests (Australia v. France), Judgment, I.C.J. Reports 1974, para, 49; Nuclear Tests (New Zealand v. France), Judgment, I.C.J. Reports 1974, para 51. Söz konusu karar hakkında ayrıntılı bilgi ve değerlendirmeler için bkz: Çağırın, s. 295–320. Söz konusu karar çerçevesinde tek taraflı işlem teorisini inceleyen bir çalışma için bkz: Buket Deniz, “1974 Nükleer Denemeler Davası Işığında Uluslararası Hukukta Devletlerin Tek Taraflı İşlemleri”, *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 8(1), 2020, s. 21–38.

<sup>35</sup> Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1996, para, 44.

<sup>36</sup> Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment, I.C.J. Reports 2002, para, 53.

<sup>37</sup> Metin için bkz: Aslan Gündüz, *Milletlerarası Hukuk: Konu Anlatımı, Temel Belgeler, Örnek Kararlar*, Reşat Volkan Günel (Ed.), 6. Baskı, Beta Yayınevi, 2003, s. 66–87.

<sup>38</sup> Democratic Republic of the Congo v. Belgium, para, 53; Democratic Republic of the Congo v. Rwanda, para, 46.

kaynakları aracılığıyla da bu yetkiye sahip olmaları hukuk mantığının bir sonucudur. Burada her iki yönlü bir evveliyet değerlendirmesi de yapılabilir.

Bu bağlayıcılık olgusu, sadece devletin dış ilişkiler organlarıyla sınırlı olmayıp, diğer organlar için de geçerlidir.<sup>39</sup> Mesela Avustralya ile Fransa ve Yeni Zelanda ile Fransa arasındaki Nükleer Denemeler kararlarında Divan, Fransa Devlet Başkanı yanında, Savunma Bakanı'nın beyanlarını da gelecekteki nükleer testler hakkında Fransa adına yapılan resmi açıklamalar olarak telakki etmiştir.<sup>40</sup>

Divan, Demokratik Kongo Cumhuriyeti–Ruanda kararında ise adalet bakanının durumunu incelemiştir. Ruanda, Adalet Bakanı Mukabagwiza'nın beyanının, Ruanda'ya bir yükümlülük getirmeyeceğini zira bu beyanın, uluslararası ilişkilerde devleti otomatik olarak bağlama yetkisine sahip bir dışişleri bakanı veya hükümet başkanı tarafından yapılmadığı argümanını ileri sürmüştür.<sup>41</sup> Divan ise öncelikle modern uluslararası ilişkilerde giderek artan bir sıklıkta, belirli alanlarda bir devleti temsil eden diğer kişilerin de kendi yetki alanlarına giren konulara ilişkin beyanları vasıtasıyla bu devleti bağlamak konusunda yetkilendirilebileceklerini vurgulamıştır.<sup>42</sup> Divan bu genel tespitten sonra somut mesele hakkındaki görüşünü açıklamıştır. Divan, bir adalet bakanının, belirli koşullar altında temsil ettiği devleti, ifadeleriyle bağlayabileceği ihtimalinin ilke olarak göz ardı edilemeyeceğini, Mukabagwiza'nın BM İnsan Hakları Komisyonu önünde, adalet bakanı sıfatıyla konuştuğunu, bu beyana konu olan insan haklarının korunmasına ilişkin meselelerin bir adalet bakanının yetki alanına girdiğini belirlemiştir. Bu nedenlerle Divan, Mukabagwiza'nın ifa ettiği işlevlerin doğası gereği, beyanı vasıtasıyla Ruanda Devleti'ni uluslararası düzeyde bağlayamayacağı yönündeki iddiayı kabul edilemez bulmuştur.<sup>43</sup>

Demek ki Divana göre diğer devlet yetkilileri de kendi yetki alanlarına giren konulardaki ifadeleriyle temsil ettikleri devleti bağlayabilirler. Bu da şüphesiz temsil yetkisinin boyutunu arttırmakta ve tüm *intra vires* işlemlere genişletmektedir.

<sup>39</sup> Sevin Toluner, *Milletlerarası Hukuk ile İç Hukuk Arasındaki İlişkiler*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1973, s. 64. Örnek karar için bkz: Toluner, *Milletlerarası Hukuk ile İç Hukuk*, s. 64–68.

<sup>40</sup> Australia v. France, para, 41; New Zealand v. France, para 44.

<sup>41</sup> Democratic Republic of the Congo v. Rwanda, para, 37.

<sup>42</sup> Democratic Republic of the Congo v. Rwanda, para, 47.

<sup>43</sup> Democratic Republic of the Congo v. Rwanda, para, 48.

Uluslararası Hukuk Komisyonunun (UHK) 2006 tarihli, “Devletlerin Hukuki Yükümlülükler Oluşturabilecek Tek Taraflı Beyanlarına Uygulanacak Rehber İlkeler”<sup>44</sup> başlıklı çalışmasının 4. ilkesi, beyanları ile devleti hukuken bağlama yetkisini haiz kimselere ilişkindir. Buna göre:

“Tek taraflı bir beyan, ancak bu yetkiye sahip bir makam tarafından yapılması halinde devleti uluslararası olarak bağlar. Görevleri gereği devlet başkanları, hükümet başkanları ve dışişleri bakanları bu nevi beyanları yapmaya yetkilidir. Devleti belirli alanlarda temsil eden diğer kişiler, yetkilerine giren alanlardaki beyanları vasıtasıyla devleti bağlama yetkisine sahip olabilirler.”

Yorumlar kısmında UHK, bu konuda yukarıda değindiğimiz içtihadı atıf yapmıştır.<sup>45</sup> UHK devlet uygulamalarına yönelik de tespit yapmıştır. UHK'ye göre devlet uygulamaları, devletler için yükümlülük yaratan tek taraflı beyanların, genellikle devlet veya hükümet başkanları veya dışişleri bakanları tarafından yapıldığı ve bu kişilerin devleti yükümlülük altına sokma yetkilerinin sorgulanmadığını göstermektedir.<sup>46</sup> Bu tespit, uluslararası yargı içtihadının yukarıda aktarılan değerlendirmeleri de dikkate alınarak, bu konuda örfi karakteri haiz bir kuralın varlığının tevsiki şeklinde anlaşılmalıdır. Lakin devlet başkanı, hükümet başkanı veya dışişleri bakanı dışındaki görevliler konusunda devlet uygulamalarına atıf bulunmamaktadır. Belli ki UHK, bu nevi bir uygulamaya tesadüf etmemiştir. Yine de Divanın Demokratik Kongo Cumhuriyeti–Ruanda kararındaki tespit, belki bir örf ve âdet kuralının tevsiki olarak da yorumlanabilir. En azından 2006'dan itibaren bunun, devletlerin *opinio juris*lerinde etkiye neden olmadığı söylenemez.

Şu halde konumuz açısından en azından dışişleri bakanının beyanlarının bağlayıcı olduğu açıktır. Dolayısıyla dışişleri bakanı konumundaki Aras'ın beyanları, Türkiye için bağlayıcıdır. Burada sorun, söz konusu tek taraflı beyanın, hukuki sonucu olan bir tek taraflı işlem teşkil edip etmediğidir.<sup>47</sup> Buna ilişkin şartları tespit etmek için Divanın Nikaragua–Kolombiya kararında

<sup>44</sup> Metin için bkz: Guiding Principles applicable to unilateral declarations of States capable of creating legal obligations, with commentaries thereto, 2006, <[https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9\\_9\\_2006.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_9_2006.pdf)>, Erişim Tarihi 4 Ekim 2022.

<sup>45</sup> Guiding Principles, s. 372–374.

<sup>46</sup> Guiding Principles, s. 373–374.

<sup>47</sup> Toluner, *Limni Adası'nın*, s. 96.



yaptığı gibi Nükleer Denemeler kararlarına müracaat etmek gerekmektedir.<sup>48</sup> Gerçekten de Divan, söz konusu kararda, öncelikle hukuki veya fiili durumlarla ilgili tek taraflı beyanların hukuki yükümlülükler yaratabileceğini vurgulamış ve bunun şartlarını şu şekilde tespit etmiştir: "... bir taahhüt, aleni olarak ve bağlanmak niyetiyle verilmişse, uluslararası müzakereler kapsamında yapılmaya bile bağlayıcıdır."<sup>49</sup> Divana göre beyanı yapan devletin niyeti, beyanın içeriğiyle bağlanmaksa, bu niyet, beyana hukuki bir taahhüt niteliğini verecek ve ilgili devlet bundan böyle hukuki açıdan beyanla uyumlu bir davranış şekli takip etmek zorunda kalacaktır.<sup>50</sup>

Şekil açısından ise Divan, şeklin belirleyici olmadığını ve bu bağlamda beyanın sözlü veya yazılı olmasının fark yaratmadığını belirtmiştir.<sup>51</sup>

Nitekim söz konusu kararlarda atıf yapılan Preah Vihear Tapınağı kararında Divan, tarafların niyetlerinin açıkça ortaya çıkması şartıyla istedikleri şekli seçmekte serbestiye sahip olduklarını belirtmiş ve bunun nedenini de mesela özel hukukta belirli şekil şartlarının hukuken bir zorunluluk olarak öngörülmesine karşın, uluslararası hukukun tarafların niyetini esas almasına bağlamıştır.<sup>52</sup>

Demek ki, aleniyete kavuşturulmuş beyanlar, bağlanma niyetiyle yapılmışsa, herhangi bir şekil şartına tabi olmadan, ilgili devlet açısından hukuken bağlayıcı, tek taraflı bir işlem teşkil edecektir.

Burada temel tartışma noktası, bağlanma niyetinin tespiti olmaktadır. Divana göre bağlanma niyeti, fiilin yorumlanmasıyla tespit edilecektir ve devletlerin hareket serbestilerini kısıtlayan açıklamalar, sınırlı yorumlanmalıdır.<sup>53</sup> Bu, Divanın tek taraflı beyanların değerlendirilmesi için koyduğu önemli bir sınırdır. Divan, Fransız makamlarından sadır olan beyanları yorumlarken iki durumu dikkate almıştır. İlki, iyi niyet ilkesi ve uluslararası işbirliği çerçevesinde güven mefhumu ve muhatabın ve uluslararası toplumun tek taraflı beyanları nasıl değerlendirecekleridir. İkincisi ise bunların tüm

<sup>48</sup> Bkz: Nicaragua v. Colombia, 2022, para, 228.

<sup>49</sup> Australia v. France, para, 43; New Zealand v. France, para, 46.

<sup>50</sup> Australia v. France, para, 43; New Zealand v. France, para, 46.

<sup>51</sup> Australia v. France, para, 45; New Zealand v. France, para, 48.

<sup>52</sup> Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand), Preliminary Objections, Judgment of 26 May 1961: I.C. J. Reports 1961, s. 31.

<sup>53</sup> Australia v. France, para, 44; New Zealand v. France, para, 47.

uluslararası topluma yönelmiş olmalarıdır.<sup>54</sup> Nihayetinde Divan, meseleyi şu şekilde bağlamıştır:

"Fransız Hükûmeti, 1974 atmosferik test serisinin sonuncusu olacağını açıklayarak, davacı devlet de dâhil olmak üzere tüm dünyaya bu testleri etkili bir şekilde sona erdirmeye niyetini iletmiştir. Fransa, diğer devletlerin bu ifadeleri dikkate alabileceklerini ve bunların etkisine güvenileceklerini varsaymak zorundaydı. Bu beyanların geçerliliği ve hukuki sonuçları, uluslararası ilişkilerin emniyeti ve devletler arasındaki ilişkilerde çok önemli olan bağımlılık ve güvenin genel çerçevesi içinde değerlendirilmelidir. Tek taraflı eylemin hukuki sonuçları, bu ifadelerin gerçek özünden ve bunların yapılmasına eşlik eden şartlardan çıkarılmalıdır. Bu ifadelerin amacı açıktır; bir bütün olarak uluslararası topluluğa yöneliktir ve Divan, bunların hukuki etkiye sahip bir taahhüt işlemi teşkil ettiğine hükmeder".<sup>55</sup>

Yukarıda yer verilen Divan içtihadı ile tek taraflı beyanın atıf ve izafesi ve hukuki bağlayıcılığının temel şartlarına ilişkin değerlendirme kriterleri ortaya konmuştur. Divanın takip eden içtihadında ise bu kriterler somut olaylara uygulanmış ve böylece daha ayrıntılı değerlendirmelere konu olmuştur.

## **B. Divan İctihadı Çerçevesinde Tek Taraflı Beyanın Nitelendirilmesi Meselesi**

### **1. Nikaragua'daki Askeri ve Yarı Askeri Faaliyetler Kararı**

Bu bağlamda ilk değinilmesi gereken ve Nikaragua-Kolombiya kararında da atıf yapılan karar, Nikaragua ile Amerika Birleşik Devletleri (ABD) arasındaki Nikaragua'daki Askeri ve Yarı Askeri Faaliyetler davasındaki karardır.<sup>56</sup> Söz konusu kararda Divan, öncelikle tek taraflı beyanların delil değerine yönelik değerlendirme yapmış,<sup>57</sup> akabinde Nikaragua makamlarından sadır olan bir takım beyanların niteliğini incelemiştir.

ABD Kongresi'ne göre ABD'nin kontralara yardımı, Nikaragua tarafından kendi halkına, ABD'ye ve Amerikan Devletleri Örgütüne verilen,

<sup>54</sup> Australia v. France, para, 46-50; New Zealand v. France, para, 49-52.

<sup>55</sup> Australia v. France, para, 51; New Zealand v. France, para, 53.

<sup>56</sup> Bkz: Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986.

<sup>57</sup> Nicaragua v. United States of America, para, 59-73.

başta insan hakları olmak üzere hükûmetin oluşumu, ideolojisi ve saldırganlık konularındaki resmi taahhütlerin ihlaline dayanmaktadır.<sup>58</sup> Bu görüş, daha genel bir ifadeyle Nikaragua'nın, taahhütlerine uymaması nedeniyle ABD'nin müdahalesine maruz kaldığı iddiası üzerine bina edilmiştir. Dolayısıyla Divan, Nikaragua makamlarının mevzubahis bildirimlerinin, ABD'ye, yasal olarak karşı önlemler alma hakkını verecek bir nitelik taşıyıp taşımadığını incelemesi gerektiğini belirtmiştir.<sup>59</sup> Bunun için de öncelikle söz konusu beyanların hukuken bağlayıcı olup olmadığı meselesini değerlendirme konusu yapmıştır.

Divana göre Nikaragua Hükûmetinin taahhütte bulunduğu ileri sürülen meseleler iç politika meseleleri teşkil etmekle beraber, taahhüt iddiası, bir devletin ülkesinde serbest seçimlerin düzenlenmesi gibi bir iç politika meselesiyle ilgili olarak anlaşma yoluyla kendisini bağlama olasılığı sorununu gündeme getirmektedir.<sup>60</sup> Bu bağlamda, Nikaragua'yı yöneten Cunta rejiminin, Amerikan Devletleri Örgütü'ne sunduğu yazılı bildirim ve planlarla, ülkeyi demokratik bir şekilde yönetme niyetini dile getirdiği görülmektedir.<sup>61</sup> Burada soru, söz konusu uluslararası örgüte yapılan bu yöndeki bildirimlerin, Nikaragua açısından hukuken bağlayıcı tek taraflı bir taahhüt işlemi teşkil edip etmeyeceğidir.

Divan, bu belgelerde, herhangi bir hukuki taahhüt yaratma niyetini gösteren bir sonuç bulamadığını ifade etmiştir. Divana göre Cunta, siyasi hükûmet programının bir parçası olarak serbest seçimler düzenlemeyi planlamıştır ve bu, yalnızca Örgüte değil, aynı zamanda bundan ilk nazarda fayda sağlaması amaçlanan Nikaragua halkına da verilen esasen siyasi bir taahhüttür. Netice olarak Divan, ortada, Nikaragua'nın serbest seçim düzenleme veya bunun yöntemleri konusunda kendisini taahhüt altına koyan, tek taraflı veya iki taraflı, hukuki güce mazhar bir belge bulunmadığına hükmetmiştir.<sup>62</sup> Demek ki maddi şartlar itibariyle serbest seçim taahhüdü, dış ilişkilerle de bağlantılı bir politika meselesidir ve esas itibariyle Nikaragua halkına yönelik bir vaat teşkil etmektedir. Dolayısıyla hukuken bağlayıcı tek taraflı bir işlem niteliğini haiz değildir.

<sup>58</sup> Nicaragua v. United States of America, para, 257 ve 267.

<sup>59</sup> Nicaragua v. United States of America, para, 257.

<sup>60</sup> Nicaragua v. United States of America, para, 258–259.

<sup>61</sup> Nicaragua v. United States of America, para, 260.

<sup>62</sup> Nicaragua v. United States of America, para, 261. Aynı yere atıf yapan Toluner, bunu “siyasi bir vaat” olarak ifade etmiştir. Toluner, *Limni Adası'nın*, s. 98.

## 2. Burkina Faso–Mali Hudut Uyuşmazlığı Kararı

Bu konuda gündeme gelen ve Divan tarafından karara bağlanan bir diğer uyuşmazlık, yukarıda değinilen Türkiye'nin 30 Eylül 2021 tarihli notasında atıf yaptığı, Burkina Faso ile Mali arasındaki hudut uyuşmazlığıdır. Söz konusu uyuşmazlığı çözmek üzere Afrika Birliği Örgütü Arabuluculuk Komisyonu faaliyette bulunmuş ve bir Hukuk Alt Komisyonu kurmuştur. Alt Komisyonun görevi, Komisyona sunulmak üzere özet bir çözüm içeren bir ilk taslak teklifi hazırlamak olarak belirlenmiştir. Mali Devlet Başkanı, 11 Nisan 1975 tarihli Fransız basınına verdiği bir demeçte, Komisyonun objektif olarak tespit edeceği hudut hattına Hükûmetinin uyacağını söylemiştir.<sup>63</sup> Burkina Faso, Mali'nin, Devlet Başkanı'nın 11 Nisan 1975 tarihinde yaptığı beyan gereği, Alt Komisyon raporuyla bağlandığını, buna önceden rıza gösterdiğini ileri sürmüştür.<sup>64</sup>

Mali ise bu iddiaya iki noktadan karşı çıkmıştır: İlk olarak, Komisyonun nihai ve bağlayıcı bir karar verme yetkisi bulunmadığını belirtmiştir. İkinci olarak ise Mali'ye göre Devlet Başkanı'nın yorumu sadece, basın toplantılarında mutad şekilde dile getirilen klişelerden ibaret olup, esas itibariyle Mali'nin, Komisyonun tavsiyelerini iyi niyetle değerlendirme niyetini ortaya koymaktadır.<sup>65</sup>

Divan, yukarıda değinilen önceki içtihadı atıf yaparak, Mali Devlet Başkanı'nın beyanının hukuki sonucu olan tek taraflı bir işlem teşkil edebilmesi için söz konusu beyanla bağlanma niyetinin gerekliliğini vurgulamıştır. Divan bu niyeti tespit ederken, “belirli bir muhataba yönelmemiş tek taraflı bir beyan söz konusu olduğunda daha da dikkatli davranmanın görevi olduğunu” vurgulamıştır.<sup>66</sup> Bir başka ifadeyle Divan, belirli bir muhataba yönelmemiş beyanlarda, bağlanma niyetinin tespitinin zorluğunu belirtmiştir. Türkiye'nin 30 Eylül 2021 tarihli notasında da atıf yapılan bu tespitin, Aras'ın beyanı açısından hukuki sonuçlarına aşağıda değineceğiz.

Divan, beyan sahibinin niyetini değerlendirmek için, işlemin zuhur ettiği tüm fiili şartların dikkate alınması gerektiğini belirtmiş ve Nükleer Denemeler

<sup>63</sup> Frontier Dispute, para, 36.

<sup>64</sup> Frontier Dispute, para, 34 ve 38.

<sup>65</sup> Frontier Dispute, para, 38.

<sup>66</sup> Frontier Dispute, para, 39.



davasında Fransa'nın durumuyla, derdest davada Mali'nin durumunu karşılaştırmıştır. Divanın bu noktada yaptığı tespitler, Türkiye'nin temel argümanlarından biri olarak aşağıda incelenecektir.

### 3. Ruanda Ülkesindeki Askeri Faaliyetler Kararı

Söz konusu kararda Divan, yukarıda aktarıldığı gibi adalet bakanının *intra vires* beyanının Ruanda'yı bağladığını tespit ettikten sonra, söz konusu tek taraflı beyanının mahiyetini incelemiştir. Divan öncelikle, beyanın gerçek içeriğinin ve yapıldığı şartların incelenmesi gerektiğini ve ancak açık ve belirli şartlarda yapılması halinde hukuki yükümlülükler doğurabileceğini bildiren önceki içtihadı atıf yapmıştır.<sup>67</sup> Bu şekilde esas alacağı değerlendirme kriter ve hukuki zemini ifade eden Divan, somut olayı değerlendirmeye başlamıştır.

Divan, Ruanda Adalet Bakanı'nın Soykırım Sözleşmesi'nin IX. maddesine konulmuş çekinceye açıkça atıfta bulunmadan, "henüz geri alınmamış olan geçmiş çekincelerin kısa süre içinde geri alınacağı" yolundaki beyanında, atıfta bulunulan uluslararası anlaşmaların belirsiz olduğunu vurgulamış ve buna neden olarak şunları göstermiştir:

- Açıklama, yalnızca genel anlamda Ruanda'nın çekinceleri sorununu gündeme getirmektedir; bu itibarla, "henüz geri alınmamış geçmiş çekinceler" ifadesi, ayırım gözetmeksizin Ruanda'nın taraf olduğu herhangi bir uluslararası anlaşmaya yaptığı herhangi bir çekinceyi ifade eder.
- Kendi bağlamı içinde bakıldığında, bu ifade yalnızca, Ruanda tarafından "uluslararası insan hakları belgelerine" konulmuş çekincelere atıfta bulunulduğu şeklinde yorumlanabilir.
- Bu şartlar altında söz konusu uluslararası belgelerin, geniş bir şekilde anlaşılması gerekir; zira ifadenin kendisi, bunların, sadece "kadın haklarına ilişkin" belgeleri değil, aynı zamanda "yolsuzlukla mücadele, kitle imha silahlarının yasaklanması ve çevre" konularını da kapsadığını göstermektedir.<sup>68</sup>

Divan, kastedilen uluslararası antlaşmaların belirsizliğine, zamanın belirsizliğini de eklemiştir ve söz konusu beyanda, çekincelerin geri alınması

<sup>67</sup> Democratic Republic of the Congo v. Rwanda, para, 49–50.

<sup>68</sup> Democratic Republic of the Congo v. Rwanda, para, 50.

açısından kesin bir zaman aralığı bulunmadığı tespitini yapmıştır.<sup>69</sup> Şüphesiz bu, taahhüt işleminde zamanın önemine yapılan bir atıftır.

Divan, bu iki belirsizliğe, kullanılan terimlerin belirsizliğini de eklemiştir. Gerçekten de Divan'a göre Ruanda Adalet Bakanı'nın açıklaması, çekincelerin geri alınması hakkındaki özel bir soruna ilişkin yeterince spesifik terimler içermemektedir. Kullanılan ifadelerin genel doğası göz önüne alındığında, söz konusu beyan, Ruanda tarafından Soykırım Sözleşmesi'nin IX. maddesine konulan çekincenin geri alınması kararının teyidi veya bu konuda hukuki etkileri olan herhangi bir tek taraflı taahhüt olarak değil, olsa olsa kapsamı çok genel olan bir niyet beyanı olarak yorumlanabilir.<sup>70</sup> Görüldüğü gibi Divan, beyanı, bir siyasi taahhüt olarak nitelemiştir. Nitekim Divan, beyanın yapıldığı şartların da bu sonucu teyit ettiğini vurgulamıştır. Gerçekten de Divana göre Ruanda Adalet Bakanı'nın BM İnsan Hakları Komisyonu huzurunda yaptığı açıklamaların bağlamını, insan haklarının teşviki ve korunmasına ilişkin genel bir politika sunumu oluşturmaktadır.<sup>71</sup> Görüldüğü gibi burada aynı zamanda bir mekân vurgusu da bulunmaktadır. Şu halde somut olayda zaman, mekân, kullanılan terimler ve içerik, hukuken bağlayıcı bir tek taraflı taahhüdün inşasına izin vermemiştir. Ortada, hukuki sonucu olmayan bir siyasi taahhüt bulunmaktadır.

### 4. Bolivya–Şili Müzakere Yükümlülüğü Kararı

Bir diğer karar, Bolivya ile Şili arasında Divan tarafından karara bağlanan Pasifik Okyanusu'na Erişimi Müzakere Yükümlülüğü davasındaki karardır.<sup>72</sup> Kararda tek taraflı işlem teorisi açısından tartışılan mesele, Bolivya ile müzakere etmeye vurgu yapan Şili makamlarından sadır beyanlardır. Bolivya'nın temel iddiası, Pasifik Okyanusu'na serbest erişimini müzakere etme yükümlülüğünün, bir dizi Şili beyanına ve diğer tek taraflı eylemlere dayandığı yönündedir.<sup>73</sup> Bolivya'ya göre, devlet temsilcileri tarafından yapılan ve bir başka devlete karşı yükümlülükler üstlenme niyetini açıkça gösteren yazılı ve sözlü beyanlar, diğer devletten bir taahhüt gerektirmeksizin hukuki sonuçlar doğurabilir; bu nevi işlemlerin yükümlülük tesis etmesi için

<sup>69</sup> Democratic Republic of the Congo v. Rwanda, para, 51.

<sup>70</sup> Democratic Republic of the Congo v. Rwanda, para, 52.

<sup>71</sup> Democratic Republic of the Congo v. Rwanda, para, 53.

<sup>72</sup> Bkz: Obligation to Negotiate Access to the Pacific Ocean (Bolivia v. Chile), Judgment, I.C.J. Reports 2018.

<sup>73</sup> Bolivia v. Chile, para, 140–143.

diğer devletten müteakip bir kabul veya cevap gerekli değildir.<sup>74</sup> Bu anlamda tartışma konusu beyanlar açısından iki örnek üzerinde durulmuştur. Dönemin Şili Devlet Başkanı Videla, 29 Mart 1951 tarihli beyanında, Hükûmetinin değişmez siyasetinin, sahili bulunmayan devlet durumunu çözmeyi amaçlayan herhangi bir Bolivya teklifine kulak vermek olduğunu belirtmiştir. Dönemin Şili Devlet Başkanı Pinochet ise 11 Eylül 1975 tarihli beyanında, kardeş Bolivya'nın Devlet Başkanıyla, açık ve dostane bir müzakere çerçevesinde, Bolivya'nın sahili bulunmamasından kaynaklanan engelleri incelemek konusundaki değişmeyen amacı tekrarladıklarını belirtmiştir.<sup>75</sup> Bolivya'ya göre Şili, tek taraflı beyanları aracılığıyla sadece müzakere sözü vermekle kalmamış, aynı zamanda kesin bir hedefe ulaşmayı da taahhüt etmiştir.<sup>76</sup> Bolivya'nın bu değerlendirmesi, Şili'nin tek taraflı işlemler icra etmek suretiyle bir edim olan müzakere etmeyi hedeflediğini ve böylece söz konusu edimi ifa etmek yükümlülüğü altına girdiğini intaç etmektedir.

Şili ise bir devletin tek taraflı bir beyanla yükümlülükler yaratabilmesi için gereken bu yöndeki açık niyetin, kullanılan terimlere göre objektif olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Şili'ye göre, bu konuda ispat standardı yüksek olup; kullanılan ifadenin “açık ve spesifik” nitelik arz etmesi ve eylemi çevreleyen şartların ve müteakip tepkilerin dikkate alınması gereklidir ki Bolivya bu konuda yetersiz tespitler yapmıştır.<sup>77</sup> Şili ayrıca bu genel tespitten sonra, bir müzakere taahhüdünün, her iki olası müzakere tarafının karşılıklı yükümlülüklerini gerektirmesi nedeniyle Bolivya'nın derdest davada var olduğunu iddia ettiği yükümlülüğün tek taraflı olarak yerine getirilemeyeceğine dikkat çekmiştir.<sup>78</sup>

Divan, öncelikle yukarıda değinilen içtihadına atıf yaparak, bir beyanın hukuki bağlayıcılık taşıması için aleniyete kavuşturulmuş ve içeriğiyle bağlanma niyetinin mevcut olması gerektiğini belirtmiş; ayrıca beyanın gerçek içeriğinin ve yapıldığı şartların incelenme zorunluluğunu ilave etmiştir.<sup>79</sup>

Bu çerçevede ilk olarak Şili makamlarından sadır olan ve iki örneği yukarıda aktarılan beyanlarda kullanılan ifadeleri değerlendirmiştir. Divana

<sup>74</sup> Bolivia v. Chile, para, 140.

<sup>75</sup> Bolivia v. Chile, para, 143.

<sup>76</sup> Bolivia v. Chile, para, 141.

<sup>77</sup> Bolivia v. Chile, para, 144.

<sup>78</sup> Bolivia v. Chile, para, 145.

<sup>79</sup> Bolivia v. Chile, para, 146.

göre, söz konusu ifadeler, Şili'nin, Bolivya'nın Pasifik Okyanusu'na serbest erişimini müzakere etmek için bir yükümlülük üstlendiğini göstermemekte, sadece bu konuda müzakere istekliliğini ortaya koymaktadır.<sup>80</sup> Görüldüğü gibi Divan, tek taraflı beyanlarda yer alan ifadelere ilişkin değerlendirmeyi, Şili makamlarının niyeti anlamak için kullanılmıştır ve neticeten bu ifadelerden bir hukuki yükümlülük üstlenme niyetini bulamamıştır. Bu sonuçta, Şili Devlet Başkanı Videla ve Pinochet'in beyanlarında yer alan; “Bolivya teklifine kulak vermek” veya “kardeş Bolivya ile açık ve dostane bir müzakere çerçevesinde, Bolivya'nın sahili bulunmamasından kaynaklanan engelleri incelemek konusundaki değişmeyen amaç” ifadelerinin rolü bulunmaktadır. Divan ayrıca, beyanın yapıldığı şartlar bağlamında da Şili'nin niyetini tespit etmeye çalışmış ve fakat bu açıdan da bir delil bulunmadığını tespit etmiştir. Netice olarak da Bolivya'nın atıfta bulunduğu tek taraflı beyanların, Şili açısından bir müzakere yükümlülüğü doğurmadığına hükmetmiştir.<sup>81</sup>

#### IV. İÇTİHAT VE UHK'NİN REHBER İLKELERİ IŞIĞINDA ARAS'IN BEYANININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Yukarıda aleniyete kavuşmuş ve bağlanma niyetiyle yapılan tek taraflı beyanların bağlayıcı olacağı ve bağlanma niyetinin unsurları içtihatteki örneklerle gösterilmiştir. Yine başka bir vesileyle yukarıda değinilen UHK'nin, 2006 tarihli çalışmasında, devletler açısından yükümlülük yaratabilecek tek taraflı beyanlara ilişkin tespitler yapılmıştır. Her ne kadar söz konusu ilkeler tartışmalı olsa da,<sup>82</sup> değerlendirme konusunda ölçütler sundukları açıktır. Ayrıca söz konusu ilkeler hazırlanırken, hem yukarıda değindiğimiz içtihattan hem de devlet uygulamalarından yararlandığı görülmektedir. Bu itibarla, bazı açılardan örf ve âdet hukukunu yansıtmaya potansiyeli nedeniyle UHK çalışmasındaki tespitler çerçevesinde Aras'ın beyanı değerlendirmek uygun olacaktır.

Lakin daha önce bununla bağlantılı son derece önemli bir veri sunması açısından, Yunanistan'ın, statü ihlali konusunda ilk Türk notalarına verdiği cevaplara değinmek gerekmektedir. Yukarıda belirtildiği gibi bu konudaki ilk Türk notası, 29 Haziran 1964 tarihinde verilmiştir ve esas itibarıyla Rodos ve

<sup>80</sup> Bolivia v. Chile, para, 147.

<sup>81</sup> Bolivia v. Chile, para, 147.

<sup>82</sup> Rehber ilkeler hakkında değerlendirme ve tartışmalar için bkz: Elif Uzun, “Uluslararası Hukukta Bildirim Tek Taraflı Devlet İşlemi Niteliği Üzerine Bir İnceleme”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, 2, 2019, s. 8–12.

İstanköy'deki askeri faaliyetleri protesto etmektedir. Yunanistan ise 1 Temmuz 1964 tarihli cevabi notasında, Paris Barış Antlaşması'ndan kaynaklanan statüye uyduğunu ve adaları silahlandırmadığını bildirmiştir.<sup>83</sup>

Türkiye, 2 Nisan 1969 tarihli notayla, bu defa Limni ve Semadirek'i de dâhil ederek, adaların silahlandırıldığını bildirmiş ve Yunanistan'a statüye uyma talebini iletmıştır. Yunanistan ise 10 Mayıs 1969 tarihli cevabi notada, Limni'deki havaalanında, sivil havacılık konusunda çalışmalar yapıldığını vurgulamıştır.<sup>84</sup> Türk doktrininde Yunanistan'ın, Limni'deki faaliyetleri sivil amaçlara hasrettiğinin ve söz konusu adanın silahsızlandırılmış statüsünün sona erdiği iddiasında bulunmadığının altı özellikle çizilmiştir.<sup>85</sup>

Yalnız söz konusu notada Yunanistan'ın, Limni'deki radar tesislerinin, NATO'nun ileriye dönük planları çerçevesinde değerlendirildiğini bildirmek suretiyle statü ihlalini, dönemin ittifak politikaları açısından meşrulaştırmaya çalıştığı, en azından bu konuda bir mazeret ürettiği görülmektedir. Yine de dikkat çekmek gerekir ki Yunanistan henüz Limni'nin statüsünün değiştiğini ileri sürmemiştir. Lakin sonradan radar mevzuu, Yunanistan'ın Limni'nin statüsünün değiştiği iddiasına vesile olacaktır. Şöyle ki: Türkiye, 4 Nisan 1970 tarihli nota ile NATO'nun Limni'ye radar tesisi kurulması planını 1966'da reddettiğini, dolayısıyla söz konusu radarın bir Yunan radarı olduğunu bildirmiş, Yunanistan ise 20 Haziran 1970 tarihli cevabi notada, radarın NATO'nun tam kontrolünde olduğunu ileri sürmüştür.<sup>86</sup> İlaveten Yunanistan, ilk kez söz konusu nota vasıtasıyla Limni'nin Lozan Boğazlar Sözleşmesi'nden kaynaklanan silahsızlandırılmış statüsünün, Montrö Boğazlar Sözleşmesi'nin Lozan Boğazlar Sözleşmesi'ni ilga ettiği gerekçesiyle sona erdiğini iddia etmiştir.<sup>87</sup> Lakin burada da Aras'ın beyanına atıf yapılmamıştır.

Bu verileri içeren parantezi kapatıp, değerlendirme faaliyetine dönersek, UHK çalışmasında tek taraflı beyanlar konusunda on başlık halinde rehber ilkelere yer verildiği görülmektedir. Bunların bir kısmı birbirleriyle bağlantılı bir kısmı ise konumuzla ilgisizdir. Konumuzla ilgili olanları, Aras'ın beyanına uygularsak, şu sonuçlara ulaşabiliriz:

<sup>83</sup> Söz konusu notalar için bkz: Bölükbaşı, s. 722–723.

<sup>84</sup> Söz konusu notalar için bkz: Pazarcı, s. 53–54 ve 87–90; Bölükbaşı, s.722–724.

<sup>85</sup> Pazarcı, s. 54; Toluner, *Limni Adası'nın*, s. 102; Bölükbaşı, s. 724; Başeren, s. 102.

<sup>86</sup> Bölükbaşı, s. 725. 1983 yılına kadar radar meselesi ve NATO'nun tutumu hakkında bilgi için bkz: Stagos, s. 192–194.

<sup>87</sup> Bölükbaşı, s. 725.

## A. Aleniyet Açısından

UHK çalışmasındaki ilk rehber ilke şöyle belirlenmiştir:

“Aleniyete kavuşmuş ve bağlanma iradesini ortaya koyan beyanlar hukuki yükümlülükler doğurabilir. Gerekli şartlar sağlandığında, bu tür beyanların bağlayıcılığı iyi niyete dayalıdır; ilgili devletler daha sonra bunları dikkate alabilir ve onlara güvenebilir. Bu devletler, bu tür yükümlülüklerle saygı gösterilmesini talep etme hakkına sahiptir.”

Böylece UHK aslında genel ilkeyi ortaya koymuş ve genel bir tespit yapmıştır. Aleniyete kavuşmuş olma meselesi ve şekil konusu birbiriyle ilişkilidir. Yukarıda belirtildiği gibi aslolan beyanın aleniyete kavuşmuş olmasıdır ve bunun için bir şekil şartı bulunmamaktadır. Nitekim UKH'nin 5. rehber ilkesi, beyanın yazılı veya sözlü olabileceğini vurgulamıştır.

Aras'ın beyanı açısından bir şekil sorunu bulunmasa da aleniyet hususu Türk doktrininde itiraza neden olmuştur. Toluner, aleniyetin somut olayda gerçekleşmemesini, söz konusu beyanın, “Yunanistan tarafından dile düşürülene kadar, kırk yıl Tutanaklar'da gizli kalmasına” bağlamıştır.<sup>88</sup> Yani aslında, Aras'ın beyanına müracaat, Yunanistan'ın sonradan statü ihlaline gerekçe bulma amacının ürünü olarak kabul edilmelidir.

## B. Beyanın Muhatabı ve Muhatap Tarafından Değerlendirilmesi (İyi Niyet ve Uluslararası İlişkilerde Güven İlkesi)

İlk rehber ilkedeki tespitler, 6. rehber ilkeyi de yakından ilgilendirmektedir. Buna göre; “Tek taraflı beyanlar bir bütün olarak uluslararası topluluğa, bir veya birkaç devlete veya diğer kuruluşlara yönelik olabilir.” Aslında 1. ve 6. rehber ilkeler, Divanın yukarıda değinilen içtihadında yer alan, beyanın yöneldiği muhatap ve muhatabın ne şekilde değerlendireceği meselesi ile iyi niyet ilkesi ve uluslararası ilişkilerde güven meselesine ilişkindir.

İlk olarak beyanın verildiği mekân ve muhataba yönelme açısından bakılınca şu tespitler yapılabilir: Söz konusu beyan, Yunanistan'ın bir talep veya sorusuna cevap olarak verilmemiş, dolayısıyla Yunanistan'a hitap etmemiştir.<sup>89</sup> Bu beyan mekân olarak TBMM'de verilmiştir ve muhatapları

<sup>88</sup> Toluner, *Limni Adası'nın*, s. 97.

<sup>89</sup> Gündüz, *Limni Adası'nın*, s. 71–72, Toluner, *Summary of Conclusions*, s. 82. Van Dyke da Toluner'in bu görüşüne atıf yapmıştır. Van Dyke, s.79, 131 no'lu dipnot. Schmitt ise Aras'ın beyanına hukuki bağlayıcılık atfetmese de bunu, Montrö Boğazlar Sözleşmesi'nin amacını

da milletvekilleri ve Türk kamuoyudur. Yukarıda önemle altını çizdiğimiz ve Türkiye'nin 30 Eylül 2021 tarihli notasında da referans verilen; Divanın Burkina Faso–Mali kararında, belirli bir muhataba yönelmemiş beyanlarda, bağlanma niyetinin tespitinin zorluğuna yaptığı vurgu, önemli bir argümandır. Şu halde Yunanistan'a değil, TBMM'ye yönelmiş, muhatabın doğrudan milletvekilleri ve Türk kamuoyu olduğu aşikâr söz konusu beyan, Divanın bu kriterine takılmaktadır.

İkinci olarak muhatabın beyanı ne şekilde değerlendireceği meselesi ile iyi niyet ilkesi ve uluslararası ilişkilerde güven meselesi açısından bakılınca da takip eden uygulama yol gösterici olacaktır. Zira 3. rehber ilkeye göre bu tür beyanların hukuki etkilerini belirlemek için diğerleri yanında, yol açtıkları tepkiler de dikkate alınmalıdır. Bu tepkinin izi de takip eden uygulama ile sürülebilmektedir. Bu bağlamda Yunanistan'ın takip eden uygulaması, hem Montrö düzenlemelerini ne şekilde anladığını hem de güveninin suiistimal edilmediğini göstermektedir. Bu husus yukarıda yer verilen notalardan açıkça anlaşılmaktadır. Hatırlanacağı üzere Yunanistan 1970'e kadar statü değişikliği iddiasını ortaya atmamış ve 1969'daki nota teatisinde statü ihlali yapmadığını beyan etmiştir. Görüldüğü gibi ortada bir tutarsızlık vardır ve bu tutarsızlık hukukun sıyanet etmeyeceği bir tutarsızlıktır.<sup>90</sup> Türkiye'nin 30 Eylül 2021 tarihli notasında da vurgu yapılan bu tutarsızlık, Yunan iddialarının dayanaksızlığına verilmiş temel bir cevaptır. Nihai olarak Van Dyke, Toluner'in görüşlerine atıf yaparak, Yunanistan'ın Limni'yi, Montrö Boğazlar Sözleşmesi'nden hemen sonra silahlandırmamasını, Aras'ın açıklamasının önemini azaltan, Türkiye'nin rıza gösterdiği iddiasını bertaraf eden bir uygulama olarak değerlendirmiş ve Yunanistan'ın silahsızlandırılmış statüyü 1936'dan sonra da yürürlükte kalacak gibi gördüğü gerçeğinin bir kanıtı olarak kabul etmiştir.<sup>91</sup>

Şu halde ortada Yunanistan'ın iyi niyetini ve güvenini suiistimal eden bir durum yoktur. Zira o dönemde Yunanistan'ın silahsızlandırılmış statünün

gösteren bir delil olarak takdim etmiştir. Schmitt, s. 63.

<sup>90</sup> Tutarsızlık hakkında bkz: Pazarci, s. 51–53, Toluner, *Limni Adası'nın*, s. 99–100. Başeren, s. 101–102.

<sup>91</sup> Van Dyke, s. 79–80, 98 ve 132 no'lu dipnot. Başeren'e göre de:

“Yunan iddialarının aksine, Türkiye ve Yunanistan'ın Montrö Boğazlar Sözleşmesi'ni takip eden uygulamalarının, tarafların Sözleşmeyi Limni Adası'nın silahsızlandırılmış statüsünü sona erdirecek şekilde yorumlamadıkları gibi, bu doğrultuda yeni bir yükümlülük altına da girmediklerini gösterdiği anlaşılmaktadır.” Başeren, s. 101.

değiştirmesine ilişkin güven duyabileceği hiçbir veri yoktur. Zaten bu yönde iyi niyetle güven geliştirebilecek bir dayanağı olmadığı da 1970'e kadarki uygulamasından anlaşılmaktadır. Yunanistan'ın 1970'e kadar bulunmadığı bir iddiadan, mezkûr tarihte bulunması, bünyesinde, iyi niyet ve güven ilkesi açısından esasa ilişkin bir sakatlık barındırmaktadır. Yunanistan'ın bu tutarsız ve ikircikli davranışı kendi lehine bir hak doğurmayacaktır. Zira Aras'ın beyanıyla hemen hemen aynı zamanlarda yapılmış Türk resmi makamlarından sadır beyanlara bakınca, Yunanistan'ın neden iyi niyetli ve uluslararası ilişkilerdeki güven ilkesi çerçevesinde esas alacağı bir durumun zuhur etmemiş olduğu görülecektir.

Hükümet tarafından sunulan Montrö Boğazlar Sözleşmesi'nin onaylanmasına ilişkin Kanun Layihası ve Dışişleri ve Milli Savunma Karma Komisyonunun mazbatasında,<sup>92</sup> şu tespitler yer almaktadır:

“Protokol :

Mukavelenamenin Türkiye dahil olmak üzere altı devlet tarafından tasdiki keyfiyetinin bir müddet uzaması hasebile Mukavele hükümlerinin hemen tatbik edilmemesi ihtimali de ayrıca derpiş edildi. Türkiye arazisinin taarruzdan masuniyeti için elzem olan emniyet tertibatının Hükümetimiz tarafından vakit geçmeksizin alınması için Protokole ahkâm konuldu.

Bu ahkâma tevfi kan:

1 - Boğazlar mıntakası işbu mukavelenin imzasını müteakib yeniden askerileştirilebilecektir, Bu hükme göre Türkiye Cumhuriyetinin kara, deniz ve hava kuvvetleri 21 temmuz 1936 tarihinde Boğazlar mıntikasını bilfiil işgal etmiştir.

2- 15 ağustos 1936 tarihinden itibaren Türkiye Hükümeti mukavelenamede yazılı Boğazlar rejimini muvakkaten tatbik edecektir. Bu suretle mezkûr tarihten itibaren yeni mukavele hükümleri cari olacaktır.”<sup>93</sup>

Bu tespit açıkça Türk Hükümetinin anlayışını göstermektedir. Onay

<sup>92</sup> S. Sayısı 272, Boğazlar rejimi hakkında Montreux de 20 Temmuz 1936 tarihinde imza edilen mukavelenamenin tasdikine dair kanun layihası ve Hariciye ve Milli Müdafaa encümenlerinden mürekkep Muhtelit encümen mazbatası (1/605), s. 1–19.

<<https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d05/c012/tbmm05012081.pdf>>, Erişim Tarihi 25 Eylül 2022.

<sup>93</sup> S. Sayısı 272, s. 3–4.

işlemlerinin uzun sürme ihtimali nedeniyle imza tarihinden itibaren Boğazlar mıntıkasının yeniden Türk ordusu tarafından askeri hale getirildiği belirtilmek suretiyle (ki bu hak Sözleşme'nin ekinde yer alan Protokol'ün 1. maddesi ile tanınmıştır) açıkça yeniden silahlandırma düzenlemesi, bir Türk hakkı olarak kabul edilmiştir.<sup>94</sup> Bir başka ifadeyle düzenleme, “Boğazlar Mıntıkasına” hasredilmiştir ki zaten burada amacın Boğazların ve Türkiye'nin korunması olduğu açıktır. Eğer Türk Hükûmetinin Yunanistan'ın iddia ettiği gibi Limni ve Semadirek açısından da böyle bir anlayışı olsaydı, bu hususun ayrıca ve açıkça belirtilmesi gerekirdi. Lakin tezkere, hiçbir şekilde Yunan iddialarını bu yönden doğrulamadığı gibi Aras'ın beyanının içeriğini de doğrulamamaktadır. Dolayısıyla ortada Yunanistan'ın statü değişikliğine güvenebileceği, bu konuda iyi niyetle bir tutum geliştirebileceği bir veri ve durum bulunmamaktadır. Zira nasıl Aras'ın beyanı Türkiye'yi bağlıyorsa tüm Türk Hükûmetinin Kanun Layihasına yansıyan iradesi de Türkiye'yi (evveliyetle) bağlayacaktır ve Hükûmetin anlayışının yeniden silahlandırma hakkının sadece Türkiye'ye ait olduğu yönünde tecelli ettiği açıktır.

Yine Karma Komisyonun TBMM Başkanlığına sunduğu üst yazıda:

“Ana vatanın en mühim toprakları üzerinde gayriaskeriligi kaldırarak her noktadan Türkiyenin hakimiyetini tamamlayan, beynelmilel siyasette mevkiini bir kat daha yükselten ve milli müdafaamız bakımından kudretimizi arttıran bu mukavele encümenimiz tarafından ittifakla ve takdir ve şükranla kabul olunmuş ve tasdikini mutazammın kanun lâyihasi aynen tasvib olunarak müstacelen müzakeresi ricasile Heyeti umumiyeye sevki için Yüksek Reisliğe takdim edilmiştir.”<sup>95</sup>

Bu da Hükûmet tespit ve anlayışının Komisyon tarafından da onaylandığını göstermekte ve yukarıdaki görüşü desteklemektedir.

Üstelik Cumhurbaşkanı Mustafa Kemal Atatürk'ün beyanları da bu yöndedir. Atatürk, 1 Kasım 1936 tarihinde, TBMM'nin yasama yılı açılış nutkunda şu tespiti yapmıştır:

“Türkiye'nin hakkını teslim etmekle yüksek dostluk ve anlayış gösteren Montrö Mukavelesi âkidleri, aynı zamanda kritik devam eden arsulusal durumun bu önemli devresinde, istikrarı için herkesin çalışması icabeden

umumi sulh işine de, değerli hizmet etmiş oldular.”<sup>96</sup>

Atatürk'ün Türkiye'nin hakkını teslimden kastının, Türkiye'nin boğazları silahlandırma hakkı olduğu açıktır. Dolayısıyla Atatürk'ün Montrö Boğazlar Sözleşmesi'ne yönelik anlayışı da tıpkı Hükûmetin anlayışı gibi Türkiye'nin, silahlandırma hakkı bağlamında teessüs etmiştir ve Yunanistan'ın da bu nevi bir hakka sahip olduğu yönünde bir tespit yoktur. Gerek Atatürk'ün gerek Hükûmetin beyanları, Lozan Boğazlar Sözleşmesi'nde Türkiye'nin bir kısım ülke parçaları için öngörülen silahsızlandırılmış statünün, Montrö Boğazlar Sözleşmesi'yle ilga edildiği yönündeki anlayışın dışavurumudur.

Cumhurbaşkanı Atatürk 21 Haziran 1935 tarihinde verdiği bir demeçte şu tespiti yapmıştır:

“Türkiye'nin Boğazları açık bırakmağa razı olduğu Lozan muahedesinden beri dünya vaziyeti ve bazı şerait değişmiştir. Boğazlar, Türk arazisini iki kısma ayırır. Bundan dolayı bu deniz geçidinin tahkimi Türkiye'nin emniyeti ve müdafaası için çok ehemmiyetlidir. O, aynı zamanda, beynelmilel münasebatın can alıcı bir unsurudur. Anahtar vaziyetinde böyle mühim bir yer herhangi sergüzeştçi bir mütearrızın keyfine ve merhametine bırakılmaz. Türkiye, muhtemel sulh bozucularının, birbirleriyle harbetmek için Boğazlardan geçmesine mâni olmağa mecburdur.”<sup>97</sup>

Burada Atatürk'ün, temel olarak *rebus sic stantibus* ilkesini gündeme getirdiği görülmektedir. Atatürk, bu ilkeyle bağlantılı olmak üzere, görüşünü, saldırgan devletlere karşı Türkiye'nin Boğazları korumasına dayandırmıştır ki bunun, Limni ve Semadirek'le hiç ilgisi bulunmamaktadır. Bu da çok açık bir şekilde Atatürk'ün de meselenin Türkiye'nin boğazlar bölgesini silahlandırma hakkı meselesi olduğu ve Yunanistan'la ilgili bir yönü bulunmadığı anlayışının göstergesidir. Cumhurbaşkanı olarak Atatürk'ün beyanları, Türkiye'yi bağladığına göre O'nun iradesini izhar ettiği beyanlarında Limni ve Semadirek için bir tespit bulunmamasını, Türkiye'nin nihai anlayışının ifadesi olarak kabul etmek gerekir.

<sup>96</sup> Bkz: *Atatürk'ün Söylev ve Demeçleri I, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde ve C.H.P Kurultaylarında, (1919-1938)*, 5. Baskı, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu, Atatürk Araştırma Merkezi, 2006, s. 404-410.

<sup>97</sup> Bkz: *Atatürk'ün Söylev ve Demeçleri III, (1918-1937), (Açıklamalı Dizin ile)*, 5. Baskı, Türk İnkılâp Tarihi Enstitüsü Yayınları, 2006, s. 137-140.

<sup>94</sup> Bu konuda Konferans tutanakları çerçevesinde yapılan veciz değerlendirmeler için bkz: *Gündüz, Limni Adası'nın*, s. 58-65.

<sup>95</sup> S. Sayısı 272, s. 4.

Şurası açıktır ki eğer bir statü sona ermişse, muhatap bir devletin bu hususu ayrıca ve açıkça belirtmesi, bu yönde bir anlayışa sahip olduğunun temel göstergesidir. Dolayısıyla Türkiye adına tek taraflı işlem yapma yetkisini haiz Cumhurbaşkanı Atatürk'ün ve Türk Hükûmetinin, Limni ve Semadirek'in durumundan hiç bahsetmesi, Türkiye'de bu yönde bir anlayış bulunmadığının temel delilidir. Türkiye'yi bağlayan söz konusu beyanlarda, söz konusu adaların durumundan mutlaka bahsedilmesi gerekmediği iddiası, hukuken ve mantıken doğru değildir. Zira Lozan Boğazlar Sözleşmesi'nde, Limni ve Semadirek, Türkiye'ye ait ülke parçaları ile beraber silahsızlandırılmış statü altına alınmıştır. Eğer bu statü sona erecekse veya ermişse, Türkiye'nin bu konudaki anlayışının, Cumhurbaşkanı Atatürk ve Hükûmet tarafından, ayrıca ve açıkça Limni ve Semadirek için de gösterilmesi zaruridir. Aksi halde tek taraflı işlem teorisi çerçevesinde bu nevi bir çıkarım yapılamaz. Fakat durum böyle olmamıştır.

Cumhurbaşkanı Atatürk'ün ve Hükûmetin beyanları ile Aras'ın tespiti arasında bir tutarsızlık bulunduğu açıktır. Bu tutarsızlıktan, Yunanistan lehine bir hak doğmayacaktır. Gerçekten de Yunanistan'ın bu beyanlardan sadece birini, lehe olanı seçmesi, hukukun korumayacağı *ad absurdum* bir durumdur. Zira söz konusu beyanının yapıldığı zamana tekabül eden ve Aras'ın beyanı kadar hukuken bağlayıcı olan başka beyan ve resmi Türk belgelerinde, söz konusu beyanı doğrulayan hiçbir ifade yer almamaktadır. Üstelik Atatürk'ün beyanları ve Hükûmet'in görüşü aksini göstermektedir. Yine Hükûmetin Kanun Layihasına yansıyan görüşünün, Aras'ın beyanı ile aynı TBMM celsesinde ortaya konmuş olması da Yunan iddiasının iyi niyet ilkesi açısından gösterdiği bir diğer sakatlıktır. Tüm bunlar, Yunanistan'ın, tek taraflı işlem teorisi çerçevesinde Limni ve Semadirek konusunda iyi niyetle esas alacağı ve güvенеceği bir dayanağı bulunmadığını göstermektedir.

Kaldı ki Yunanistan'ın kendisinin bile Montrö Konferansı öncesi ve sonrasında Limni ve Semadirek'in silahsızlandırılmış statüsünün değiştiğini kabul ettiğine ilişkin bir veri bulunmamaktadır. Hatta veriler, aksini göstermektedir. Türkiye, 11 Nisan 1936 tarihli notayla Lozan Boğazlar Sözleşmesi'nin tadil talebini ve bunun gerekçelerini beyan etmiştir.<sup>98</sup> Lozan Boğazlar Sözleşmesi âkidi devletlere gönderilen söz konusu notada tadil

<sup>98</sup> Notanın özeti için bkz: Yüksel İnan, *Türk Boğazlarının Siyasal ve Hukuksal Rejimi*, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş II. Baskı, Turhan Kitabevi, 1995, s. 45; Mehmet GönlübolCem Sar, *Atatürk ve Türkiye'nin Dış Politikası (1919-1938)*, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu, Atatürk Araştırma Merkezi, 1997, s. 126.

gerekçesi, *rebus sic stantibus* ilkesine dayanmakta olup, esas itibariyle Türkiye'nin ve Boğazların güvenliği meselesi üzerine odaklıdır. Balkan Antantı Daimi Konseyi, 4 Mayıs 1936 tarihinde yaptığı Belgrad toplantısında, Antant üyelerinin Türkiye'yi desteklemeleri yönünde karar almış, Antant üyeleri Konferans'ta Türkiye ile beraber hareket etmişlerdir.<sup>99</sup> Yunanistan'ın bir Antant üyesi olduğu hatırlanınca tablo netleşmektedir. Demek ki Balkan Antantı üyesi Yunanistan, Türkiye'nin 11 Nisan 1936 tarihli notasında savunduğu ve sadece Türkiye'nin güvenliğine yönelik tespitlere katılmıştır. Anılan Türk notasında, Yunanistan'ın güvenliğine veya Limni ve Semadirek'e ilişkin bir tespit bulunmamaktadır. Yunanistan, söz konusu notayı kabul etmek suretiyle Limni ve Semadirek'in gündemde olmadığını da kabul etmiş olmaktadır. Üstelik Yunanistan'ın bunu açıkça kabul ettiği görülmektedir. Gerçekten de yukarıda da değinildiği gibi Türkiye, 17 Eylül 2022 tarihli notasında, Konferans arifesinde Yunan temsilci Mavroudis'in, Yunanistan'ın Doğu Ege Adaları için Türkiye'nin elde edeceğine benzer bir statü sağlama amacıyla olmadığını beyan ettiğini aktarmıştır ki bu çok açık şekilde, Yunanistan'ın Limni ve Semadirek için Montrö Konferansı'nda bir talebi olmadığını göstergesidir.<sup>100</sup>

Nitekim 17 Eylül 2022 tarihli Türk notasında bu husus,

“Montrö Sözleşmesi'nin hazırlık çalışmalarından, Sözleşme'nin, Türkiye'den başka hiçbir devleti, askersizleştirme yükümlülüklerinden muaf tutacağı konusunda taraflar arasında ortak bir anlayışa işaret edecek hiçbir şeyin bulunmadığı açıkça görülmektedir” şeklinde ifade edilmiştir.

Gerçekten de müzakereler esnasında Limni ve Semadirek'in statüsünün

<sup>99</sup> Gönlübol/Sar, s. 106, 127.

<sup>100</sup> Lakin Konferans'ta Yunan Heyet Başkanı Politis'in, antlaşmanın yapılmasıyla Lozan Sözleşmesi'nin ilga olacağını belirttiği görülmektedir. Bkz: Seha L. Meray/Osman Olcay (Çev.), *Montreux Boğazlar Konferansı, Tutanaklar, Belgeler*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1976, s. 240. Bir taraftan Doğu Ege Adalarının statüsü konusunda bir talebi olmadığını belirtmek, diğer taraftan ise Limni ve Semadirek'e açıkça değinmeden dolaylı tespitler yapmak, (farklı temsilcilerden sadır olsa da) Yunanistan'ın ikircikli tutumunun yansımaları olup, hukuki bir sonuç doğurma potansiyelini bünyesinde taşımamaktadır. Aslında bu son derece çekingen ve dolaylı beyan, temel inceleme konumuzu oluşturmaz, Montrö Boğazlar Sözleşmesi'nin Lozan Boğazlar Sözleşmesi'ni ilga edip etmediği tartışmasına ilişkindir. Bu tartışma hakkında ayrıntılı bilgi ve değerlendirmeler için bkz: Gündüz, *Limni Adası'nın*, s. 35-65; Pazarcı, s. 35-42; Toluner, *Limni Adası'nın*, s. 71-94; Bölükbaşı, s. 768-776; Başeren, s. 89-96. Bu konu, tarafların yukarıda değinilen notalarında da argüman ve karşı argüman olarak yer almıştır. Bkz: 30 Eylül 2021 ve 17 Eylül 2022 tarihli Türk notaları; 27 Temmuz 2021 ve 25 Mayıs 2022 Yunan notaları.

değişmesine yönelik Yunanistan da dâhil olmak üzere hiçbir devletten bir görüş veya talep gelmemesi gerçeği karşısında, "... Aras'ın konuşmasının hukukten bağlayıcı olduğunu ileri sürmek, tarafların Konferans sırasındaki iradelerini aşan bir yorum olacaktır".<sup>101</sup> Nitekim Montrö Boğazlar Sözleşmesi metninde Limni ve Semadirek'e ilişkin bir düzenleme bulunmaması, âkit devletlerin iradesinin yansımalarıdır. Nitekim Aras'ın beyanının lafzi yorumu da bu hususun teyididir. Gerçekten de beyanda geçen "demektir" ibaresi, bir "tahmin ve temenni" ifadesi olup, Konferans'ın Yunanistan için yeniden silahlandırma konusunda bir irade beyan etmediğinin göstergesidir.<sup>102</sup>

Yine Yunanistan tek taraflı işlem teorisi açısından iyi niyetten uzak tutumunu ortaya koyan bir diğer veriyi, Divan Statüsü'nün 36/2. maddesi kapsamında Divanın zorunlu yargı yetkisini kabul eden bildirimini oluşturmaktadır. Yunanistan'ın 20 Aralık 1993 tarihli bildiriminde, Doğu Ege Adalarının silahsızlandırılmış statüsüne ilişkin uyuşmazlıkları kapsam dışı bıraktığı görülmektedir<sup>103</sup> ve bu husus, Bölükbaşı tarafından, söz konusu devletin geçerli ve bağlayıcı antlaşmaları kasten ihlal ettiğinin delili olarak kıymetlendirilmiştir.<sup>104</sup> Yunanistan'ın 14 Ocak 2015 tarihli nihai bildiriminde de aynı istisnayı içermektedir.<sup>105</sup> Bu beyanlar Yunanistan'ın, üstelik 1970'ten sonra bile, statü ihlali yaptığını, dolayısıyla Aras'ın beyanının hukuki bir neticesi olmadığı bilincine sahip olduğunu zımnen gösteren olgulardır. Böylece Yunanistan, Aras'ın beyanının verdiği güvene dayanarak bir tutum takınmadığını zımnen itiraf etmekte ve dolayısıyla iyi niyetten uzak tutumunu ortaya sermektedir.

### C. Beyanın Gerçek İçeriği ve Yapıldığı Şartlar Yönünden

UHK çalışmasındaki 3. rehber ilke şöyle belirlenmiştir: Tek taraflı "beyanların hukuki etkilerini belirlemek için içeriklerini, yapıldıkları tüm fiili şartları ve yol açtıkları tepkileri dikkate almak gerekir." Beyanın yol açtığı tepki yukarıda incelendiği için burada, diğer kriterler incelenecektir. Aslında, beyanın gerçek içeriği ve beyana eşlik eden fiili şartlar, yukarıda incelenen içtihatla ortaya konduğu gibi hemen daima, bağlanma niyetini ispat

<sup>101</sup> İnan, s. 50.

<sup>102</sup> Pazarcı, s. 49.

<sup>103</sup> Syrigos, bildirimde kullanılan ifadelerin açıkça Doğu Ege Adalarını kastettiğini kabul etmektedir. Syrigos, s. 320.

<sup>104</sup> Bkz: Bölükbaşı, s. 820-822.

<sup>105</sup> Bkz: <<https://www.icj-cij.org/en/declarations/gr>>, Erişim Tarihi 17 Kasım 2022.

çerçevesinde ele alınmaktadır.<sup>106</sup> Yani aslında, kullanılan ifadelerden, niyete ulaşma faaliyeti icra edilmektedir.

Aras'ın beyanı, yukarıda incelenen Şili Devlet Başkanları Videla ve Pinochet ile Nikaragua Devlet Başkanı Ortega'nın beyanlarına benzemektedir. "Komşumuz ve dostumuz", "kendimiz için iyi gördüğümüzü dostlarımız için de iyi görmek ve hakkımızda nareva telakki ettiğimiz her şeyi yalnız dostlarımız için değil, fakat hiçbir devlet hakkında temeni etmemek".

Divan, nasıl Şili Devlet Başkanı Videla ve Pinochet'in beyanlarında yer alan; "Bolivya teklifine kulak vermek" veya "kardeş Bolivya ile açık ve dostane bir müzakere çerçevesinde, Bolivya'nın sahili bulunmamasından kaynaklanan engelleri incelemek konusundaki değişmeyen amaç" ifadelerden bir hukuki yükümlülük üstlenme niyetini bulamamışsa, Aras'ın beyanındaki ifadelerde, aynı sonucu vermelidir. Aynı durum, Nikaragua Devlet Başkanı Ortega'nın, "kardeşlik ruhu ve iyi komşuluk ilişkileri çerçevesinde" Kolombiya ile çalışmaya hazır olduğunu belirtmesi için de geçerlidir.

Görüldüğü gibi içtihatla, işin içine kardeşlik, dostluk, komşuluk, gibi müphem kavramlar girmesi halinde bunlara hukuki sonuç bağlayan bir örnek bulunmamaktadır. Zira bunlar birer hukuki terim değildir. Bunlar siyaset gibi tutarlılık taşımayan bir alana ait kavramlardır. Hukuk ise tutarlılık ve kesinlik arar. Kaldı ki sadece kavramsal açıdan değil, siyasetin değişken doğası da siyasi söylemlere hukuki sonuç bağlanamayacağını göstergesidir. Mesela bugün iyi komşuluk ilişkileri geliştirilen bir devlet, yarın kötü bir komşu olabilir. Yine bugünkü kardeş ülke, yarın düşman ülke olabilir. Bu ihtimallerin tersi de mümkündür. Hukuk bu nevi tutarsızlıkları korumaz ve bunlardan hak veya yükümlülük doğmaz.

Lakin beyanın yapıldığı fiili şartların tespitinde, o dönemin siyasi konjonktürü rol oynayabilir. Bu, siyasi bir kavrama hukuki sonuç bağlamak değil, hukuki sonuç bağlanma adayı bir beyanın, yapıldığı şartların panoramasını tespit etmede yardımcı bir unsurdan destek almaktır. Divan, Nikaragua-Kolombiya kararında, Ortega'nın beyanlarının yapıldığı fiili şartları incelerken, dönemin siyasi konjonktürünü de gözetmiştir. Gerçekten de Divan, Ortega'nın beyanlarının hukuki bağlayıcılığı bulunan bir taahhüt işlemi oluşturulmamasında, Kolombiya'yı 2012 kararını tanımamaya zorlayan iç politika gerekliklerini hesaba katarak hareket etmesinin önemine dikkat

<sup>106</sup> Bkz: Nicaragua v. Colombia, 2022, para, 229.

çekmiştir.<sup>107</sup> Görüldüğü gibi dönemin siyasi konjonktürüne vurgu yapan bu tespit, Aras'ın beyanının yapıldığı fiili şartların tespiti için de belirleyicidir.

Bu anlamda dönemin dış politika konjonktürü, 1930'dan itibaren Türk–Yunan ilişkilerinin çok iyi olduğunu hatta yukarıda değinildiği gibi bir ittifak ilişkisine oturtulduğunu göstermektedir.<sup>108</sup> Aras'ın beyanının bu ilişkileri hesaba kattığı açıktır. Nasıl Ortega'nın siyasi ortama göre şekil alan beyanları, beyanın yapıldığı fiili şartlar yönünden hukuki bağlayıcılığı bulunan bir tek taraflı işlemi olarak kabul edilmemişse, aynı değerlendirme Aras'ın beyanları için de yapılmalıdır. Nitekim dönemin siyasi konjonktürü de kullanılan ibarelere ve dolayısıyla beyanın maddi içeriğine yansımıştır.

Nitekim Türk doktrini de Aras'ın beyanlarının siyasi olduğu noktasında hemfikirdir. Bölükbaşı, beyanı, “dönemin hâkim siyasi şartları çerçevesinde yapılmış bir iyi niyet göstergesi” olarak nitelemiş ve bir hukuki yükümlülük doğurmadığını vurgulamıştır.<sup>109</sup> Toluner'e göre “Bu sözler, Konferans öncesinde Yunan adalarının yeniden askerleştirilmesi sorununa iyi niyetle yaklaşma sözünün Konferans ertesinde de tekrarlanmasından başka bir amaç taşımaz.”<sup>110</sup> Pazarıcı da Aras'ın görüşünün, bir “tahmin ve temenni üzerine oturtulmuş” olduğunu belirtmiş ve “bu sözleri kesin bir irade açıklamasından çok, coşku dolu bir siyasal açıklama” olarak nitelemiştir.<sup>111</sup>

<sup>107</sup> Nicaragua v. Colombia, 2022, para. 230.

<sup>108</sup> Bkz: Gönlübol/Sar, s. 64–66, 99–107.

<sup>109</sup> Bölükbaşı, s. 778.

<sup>110</sup> Toluner, *Limni Adası'nın*, s. 95.

<sup>111</sup> Pazarıcı, s. 49–50. Pazarıcı'nın tespitleri, beyanın siyasi niteliğini veciz bir şekilde ortaya koymaktadır:

“Bu görüşün bir iyi niyet açıklaması olduğu kanısı cümlelerin devamı ile daha da açığa çıkmaktadır. Çünkü T.R. Aras bu görüşün Türkiye'nin memnun olacağı bir görüşü oluşturduğunu bildirmektedir. 1930'lu yıllarda Türk–Yunan yakınlaşmasının havasından ve Montreux'de elde edilen sonuçtan etkilenen bu iyi niyet gösterisi olasılığı ikinci cümle ile daha da kesinlik kazanmaktadır. T.R. Aras'ın burada açıkladığı mantığa göre, madem ki Türkiye istediğini elde etmiştir, dostları ve hatta öteki devletler için de aynı şeyleri, temenni etmek gerekmektedir.” Pazarıcı, s. 49–50.

Yunan yazar Politis de dönemin siyasi konjonktürünün altını çizerek, beyanın coşkulu bir tavırla yapıldığını vurgulamıştır. Politis, s. 253.

Bu coşku, sadece Aras'a has değildir. Gerçekten de Konferans esnasında Yunan temsilcilerin de benzer coşkulu beyanları tutanaklara yansımıştır. Yunan Heyet Başkanı Politis'in şu tespitleri bu açıdan iyi bir örnektir:

“... Bu başarıdan sonra, Türkiye, buradan dünya gözünde moral açıdan daha da yücelmiş olarak, uluslararası haklılığın sancakdarı, uluslararası uzlaşmanın koruyucusu ve

Bu söylenenler UHK çalışmasındaki 7. rehber ilkeyi de kapsamaktadır. Gerçekten de söz konusu ilkeye göre:

“Tek taraflı bir beyan, ancak açık ve spesifik terimlerle ifade edilmişse, formüle eden devlete yükümlülükler getirir. Böyle bir beyandan kaynaklanan yükümlülüklerin kapsamı konusunda şüphe olması durumunda, bu tür yükümlülükler sınırlayıcı bir şekilde yorumlanmalıdır. Bu tür yükümlülüklerin içeriğinin yorumlanmasında, bağlam ve formüle edildiği koşullar ile birlikte, her şeyden önce beyanname metnine ağırlık verilir.”

Beyanda kullanılan ibareler yukarıda belirtildiği gibi bir yükümlülük doğuracak şekilde formüle edilmemiştir. Gerçekten de Aras'ın beyanında kullandığı ibareler, bir siyasetçinin, tipik siyasi beyanlarıdır. Aras'ın beyanından, Yunanistan, Limni, Semadirek, Montrö ve devlet ibarelerini kaldırdığımız zaman, sanki bir devletlerarası sorundan değil de kat mülkiyeti kanuna tabi bir ilişkiden bahsedildiği sanılabilir.<sup>112</sup> Bağlam ve şartları yukarıda tasvir edilen beyanın metninde kullanılan ibarelerin (“komşumuz ve dostumuz”, “kendimiz için iyi gördüğümüzü dostlarımız için de iyi görmek ve hakkımızda nareva telakki ettiğimiz her şeyi yalnız dostlarımız için değil, fakat hiçbir devlet hakkında temenni etmemek”), bir hukuki yükümlülük doğurmaya elverişli olmadıkları açıktır.

Yine, beyanda kullanılan ibareler bir kesinlik de barındırmamaktadır. Bu anlamda yukarıda değinildiği gibi beyandaki “demektir” ibaresi bir tahmin ve temenni belirtmektedir ve esas itibarıyla kesin bir hüküm ifadesi olarak anlaşılamaz. Dolayısıyla kullanılan ibarelerin yükümlülük getirmemesi olgusuna bir de şüphenin varlığı eklenebilir ki bu da yukarıda değinilen Nükleer Denemeler kararında Divanın ortaya koyduğu sınırlılık ilkesini gündeme getirir. Buna göre Aras'ın beyanı, zaten sınırlı yorumlanmalıyken bir de mahiyetinde mündemiç olan müphemiyetten kaynaklanan şüphe, söz konusu beyana hukuki bir sonuç bağlanamayacağı görüşünün bir diğer dayanağıdır.

barışın düzenlenmesinin savunucusu olarak çıkmaktadır. Türkiye'yi dünyanın gözünde yücelten herşey, dostları için bir kazançtır; işte bana burada elimden geldiğince çalışma gücü veren, açıkça söylemek isterim ki, bu duygu olmuştur; çünkü, Türkiye'nin kazancı, dolaylı yoldan benim ülkemin de kazancıdır.” Meray/Olcay, s. 272. Aras'ın beyanında, belki de bu beyanın etkisinin izleri görülmektedir.

<sup>112</sup> Sonuç kısmında açıklayacağımız gibi burada amacımız Aras gibi önemli bir devlet adamını küçümsemek değil, sadece beyanda kullanılan dilin, hukuki sonuçsuzluğunu vurgulamaktır.



#### D. Tek Taraflı İşlem Yapma Konusundaki Yetki Açısından

UHK çalışmasındaki 9. rehber ilkeye göre: “Bir devletin tek taraflı beyanı, diğer devletler için hiçbir yükümlülük doğuramaz. Bununla birlikte, ilgili diğer devlet veya devletler, böyle bir beyanı açıkça kabul ettikleri ölçüde, böyle bir tek taraflı beyanla ilgili yükümlülükler üstlenebilirler.”

Şu halde Türkiye, tek taraflı bir işlemle diğer âkitler ve tüm uluslararası toplum için bir yükümlülük yaratamaz. Esas itibarıyla Türk Boğazlarının güvenliği hem Lozan Boğazlar Sözleşmesi âkitlerini hem de tüm uluslararası toplumu ilgilendirmektedir. Bu anlamda Türkiye tek başına, Yunanistan'a Limni ve Semadirek'i silahlandırma hakkı veremez; zira bu, diğer devletlere silahlanmaya ve güvenlik riskine katlanma yükümlülüğü getirir. Montrö âkidi diğer devletlerin bunu böyle kabul ettikleri varit değildir. Dolayısıyla tek taraflı işlem tesis yetkisi, her şeyden önce Aras'ın beyanının hukuki sonuç doğurmasını önlemektedir.

Aras'ın beyanı ile Norveç Dışişleri Bakanı ve Fransa Cumhurbaşkanı ile Dışişleri Bakanı'nın beyanları aynı nitelikte değildir. Bu ikisinde mesele, bir eylemi yapıp yapmamaktır; dolayısıyla bu eylem veya eylemsizlik, beyanı yapan süjenin yetkisine tabidir. Gerçekten de Doğu Gröndland'ın statüsüne ilişkin sorun çıkarmamak Norveç'in elindedir. Nükleer denemeleri durdurmak Fransa'nın elindedir. Lakin Aras'ın beyanı bir statü değişikliği gerektirir. Limni ve Semadirek'in statüsünü değiştirmek ise Türkiye'nin elinde değildir. Zira bu statü, çok taraflı bir antlaşmayla yaratılmıştır ve statü değişikliği de ancak yine çok taraflı bir antlaşmayla yapılmalıdır.<sup>113</sup> Tek taraflı işlem, bu hukuki kapasiteye sahip değildir. Bu yöndeki bir kabul, çok açıkça uluslararası hukuka aykırılık teşkil eder. Nitekim “devletin başka bir andlaşmayla yüklenmiş olduğu yükümlülükleri ihlal eden bir işleminin/eyleminin de tek taraflı işlem kabul edilmemesini gerektirir”.<sup>114</sup> Şurası açıktır ki Aras'ın beyanı, Montrö Boğazlar Sözleşmesi'ne aykırıdır. “Bu sözler olsa olsa O'nun Sözleşme taslağının (onaylanmadan önce) yanlış anlaşılmasına dayanan şahsi

bir yorumunun bir ifadesidir.”<sup>115</sup> Fakat bu yanlış yorum, yukarıda belirtildiği gibi hukuki değil, siyasi sonucu olan bir durum yaratmaktadır. Zira Aras'ın beyanı, esas itibarıyla kesin bir hükümden ziyade, siyasi alicenaplık gösterisi niteliğindeki bir temenniden ibarettir. Belki siyasi açıdan sorgulanabilir. Lakin hiçbir suretle Türkiye aleyhine hukuki bağlayıcı olan tek taraflı bir işlem teşkil etmemektedir.

Divanın Burkina Faso–Mali kararında, Nükleer Denemeler davasındaki durumla yaptığı mukayese, bu açıdan oldukça önemlidir. Divan, Nükleer Denemeler davasında Fransız Hükümetinin, tek taraflı beyanlar dışında başka bir şekilde bağlanma niyetini ifade edemeyeceğini; zira Fransa tarafından yapılan denemelerin devamı konusunda endişe duyanların sadece davacı devletlerden ibaret olmaması nedeniyle, Fransız Hükümetinin tek taraflı beyanlarının, tüm dünyaya bu denemeleri sona erdirmeye niyetini iletmediği kanaatine ulaşmıştır.<sup>116</sup> Görüldüğü gibi burada, hem yetki hem de muhabata ulaşmak için gerekli yöntem konusunda bir tespit bulunmaktadır. Nükleer Denemeler davasında, Fransa'nın muhabatı, nükleer denemelerin olumsuz etkileri nedeniyle sadece davacı devletler olan Avustralya ve Yeni Zelanda değil, tüm uluslararası toplumdur. Dolayısıyla Fransa, muhabatlarına ulaşmak için sadece tek taraflı işlem yapabilir. Aras'ın beyanı açısından ise Türkiye'nin tek taraflı işlem yetkisi olmaması bir yana, muhabatlarla daha yeni ulaşmış olduğu görülmektedir. Gerçekten de Montrö Konferansı henüz yeni sona ermiş ve bir antlaşma imzalanmıştır. Dolayısıyla âkit devletler (ki bunlar esas itibarıyla tüm uluslararası toplumu temsil etmektedirler) zaten yakın zamanda bu meseleleri görüşmek için bir araya gelmişlerdir. Eğer yeniden silahlandırma yönünde bir niyet mevcut olsaydı bu, Konferans'ta Türkiye veya Yunanistan tarafından gündeme getirilebilirdi. Dolayısıyla yöntem bakımından, tek taraflı bir işleme gerek yoktu. Demek ki Yunanistan'ın tek taraflı işlem iddiası, sadece yetki bakımından değil, yöntem bakımında da sakattır.

Divan, Burkina Faso–Mali kararında devamla, derdest davanın şartlarının esaslı şekilde farklılık arz ettiğini; zira tarafların, Arabuluculuk Komisyonunun ulaştığı sonuçların bağlayıcı niteliğini, bir antlaşma vasıtasıyla kabul etme

<sup>113</sup> Aynı yönde, bkz: Bölükbaşı, s. 778. Yazar bu bağlamda, Türkiye, Yunanistan ve Bulgaristan arasındaki 1923 tarihli Trakya Hududu Hakkındaki Sözleşme'yle, Trakya hududunda öngörülen silahsızlandırılmış statünün, tarafların açık rızasıyla ve 31 Temmuz 1938 tarihli Antlaşma'yla açıkça ilga edildiği örneğini vermiştir. Bkz: Bölükbaşı, s. 779–781.

<sup>114</sup> Camille Goodman: “Acta Sunt Servanda—A Regime for Regulating the Unilateral Acts of States at International Law” *Australian Yearbook of International Law*, C: 25, 2006, s. 55'den aktaran, Uzun, s. 12.

<sup>115</sup> Gündüz, *Limni Adası'nın*, s. 72. Montrö konusunda bu, Aras'ın ilk yanlış şahsi yorumu değildir. Gerçekten de Aras, Konferans esnasında Sovyet Dışişleri Bakanı Litvinov ile yaptığı görüşmelerde bazı yanlış yorum ve değerlendirmelere düşer olmuştur. Bu konuda bkz: Kâmuran Gürün, *Türk–Sovyet İlişkileri (1920–1953)*, 2. Baskı, Türk Tarih Kurumu, 2010, s. 152–156.

<sup>116</sup> Frontier Dispute, para, 40.

niyetini ortaya koymalarını engelleyecek herhangi bir durumun bulunmadığını belirtmiştir. Divana göre taraflar arasında bu tür bir anlaşma yapılmadığından, Mali Devlet Başkanı'nın tek taraflı beyanının, hukuki sonuçları olan tek taraflı bir işlem olarak yorumlamak için hiçbir gerekçe bulunmamaktadır.<sup>117</sup>

Toluner, Divanın tespitini, Yunan iddialarına verilmiş bir cevap olarak değerlendirmiş ve şu nihai tespiti yapmıştır:

“Limni Adası'nın yeniden askerileştirilmesi konusunda bir andlaşma akdetme yolu açıkken, üstelik Montreux Konferansının toplanması buna uygun bir zemin hazırlamışken bu yola gidilmemiş olması, taraflardan birinin andlaşmanın akdinden hemen sonra andlaşmayla ilgili olarak yapmış olduğu bir açıklamanın, içeriği uyarınca hukuki sonuç doğuran bir hukuki işlem olarak değerlendirilmesini engelleyen bir durumdur.”<sup>118</sup>

Hülasaten, taraflarca daha yeni bir antlaşma yapılmışken, Limni ve Semadirek'in statüsünü değiştiren bir düzenleme yapılmayıp, sonradan bunun bir TBMM konuşmasına dayandırılması, diğer birçok unsur yanında, yetki ve yöntem açısından da geçersizdir.

## SONUÇ

Dönemin Dışişleri Bakanı Aras'ın, Montrö Boğazlar Sözleşmesi'nin onaylanmasının görüşüldüğü TBMM celsesinde Limni ve Semadirek için söylediği sözlerin, hukuki bir karşılığı bulunmamaktadır. Bir başka ifadeyle bunlar, Türkiye aleyhine ve Yunanistan lehine hukuki bir sonuç yaratmamaktadır. Zira ortada; yeni bir hukuki durum yaratma, mevcut bir hukuki durumu değiştirme veya sona erdirme kabiliyetini haiz bir irade beyanı bulunmamaktadır. Dolayısıyla söz konusu beyana hukuki sonuç bağlamak, tek taraflı işlem teorisi açısından mümkün görünmemektedir. Aras'ın tek taraflı beyanının, tek taraflı işlemlerin oluşum ve geçerliliğine ilişkin uluslararası yargı kararlarında kabul edilen ilke ve kriterlerle bağdaşmaması, bu tespitin temel gerekçesidir. Gerçekten de uluslararası yargı içtihadında, tek taraflı bir beyanın, ne zaman tek taraflı bir hukuki işlem teşkil edeceği sorusunun cevabı bulunmaktadır. Buna göre:

Evveleminde ilgili devletin, o işlemi yapabilme, yani, tek taraflı bir işlemle hukuki durum yaratabilme, değiştirebilme veya sona erdirebilme

<sup>117</sup> Frontier Dispute, para, 40.

<sup>118</sup> Toluner, *Limni Adası'nın*, s. 99.

yetkisi olmalıdır. Yine o işlemin, devlete atıf ve izafe edilebilmesi gerekir ki bu da işlemi yapan organının temsil kabiliyetini gündeme getirmektedir. Eğer bir devlet, uluslararası hukuktan bu nevi bir yetki almışsa ve ortada kendini temsile yetkili bir makam tarafından yapılan bir beyan mevcutsa, söz konusu beyan, aleniyete kavuşmuş olmak ve herhangi bir şekil şartına tabi olmadan, bağlanma niyetiyle yapılmak şartıyla ilgili devlet açısından hukuken bağlayıcı, tek taraflı bir işlem teşkil edecektir.

Bağlanma niyeti, büyük önem taşımaktadır ve bu niyetin tespitinde, beyanın gerçek içeriği ve yapıldığı şartlar belirleyici rol oynamaktadır. Ayrıca, beyanın yöneldiği muhatap ve muhatabın beyana verdiği anlam, iyi niyet ve uluslararası ilişkilerde güven ilkesi çerçevesinde önemlidir. Bu bağlamda, tarafların takip eden uygulamaları, meseleye verdikleri anlam ve statünün tespiti için önemlidir.

Türkiye'de bu beyanın içeriğiyle bağlanma konusunda bir niyet yoktur ki bu husus o dönemde, Cumhurbaşkanı Atatürk'ün ve Hükümetin açıkça ifade ettikleri beyanlarına yansımıştır. Yine beyanla bağlanma niyetinin tespitinde, beyanda kullanılan ifadeler incelenmektedir. Aras'ın beyanında hem kardeşlik, dostluk, komşuluk, gibi muğlak siyasi kavramların kullanılmış olması hem de kesin bir hükümden ziyade, siyasi bir temenniden ibaret görüntüsü nedeniyle ortada bağlanma niyetiyle yapılmış hukuki bir tespit bulunmadığı anlaşılmaktadır.

Yukarıda değindiğimiz gibi *estoppel* müessesesi konumuz dışında olmakla beraber, muhatabın beyana verdiği anlam, tek taraflı işlem teorisi açısından da önem arz etmektedir. Bu çerçevede, Yunanistan'ın iyi niyet ve uluslararası ilişkilerde güven ilkesi gereği, Aras'ın beyanına dayanarak bir tutum geliştirmedeği açıktır. Zira Yunanistan'ın Aras'ın beyanına hiçbir kıymet atfetmediği, 10 Mayıs 1969 notasından ve o döneme kadar Limni ve Semadirek için süregelen uygulamasından açıkça anlaşılmaktadır. Şu halde kendi iddiasıyla kendisi ters düşen Yunanistan, hukuken korunacak bir iyi niyet iddiasında bulunamaz. Üstelik mutlaka bir *estoppel* etkisinden söz etmek gerekiyorsa bunun, Yunanistan'ın söz konusu notasındaki tespitiyle oluştuğu söylenebilir.

Kaldı ki Yunanistan, Montrö Boğazlar Sözleşmesi'nin tarafıdır. Hem öncesinde hem de Konferans esnasında Yunanistan, Türkiye'nin tutum ve görüşlerini desteklemiştir. Türkiye'nin tutumu, *rebus sic stantibus* ilkesine dayanarak, Lozan Boğazlar Sözleşmesi'nde Türkiye'nin bir kısım ülke

parçaları için öngörülen silahsızlandırılmış statünün sona erdirilmesidir. Şu halde Yunanistan desteğine mazhar olan görüş ve tutum bununla sınırlıdır. Limni ve Semadirek'in statüsü kapsam dışıdır. Nitekim bu tutumun yansıması olarak, Montrö Boğazlar Sözleşmesi'nde Limni ve Semadirek'e ilişkin bir düzenleme bulunmadığı gibi Konferans'ta söz konusu adaların statüsü gündeme de gelmemiştir.

Aras'ın beyanı, hukuki sonucu olmayan, siyaset sahnesine ait, şahsi bir yanlış anlama ürünüdür. Fakat bu yanlış anlama ve yorum, hukuki değil, siyasi sonucu olan bir durum yaratmaktadır. Bu çalışmada yapılan hiçbir tespit, Aras'ı küçümsemek veya kınamak amacı taşımamaktadır. Kendisi, Atatürk'ün Dışişleri Bakanı namını kazanmak gibi bir mazhariyete kavuşmuş, değerli bir devlet adamıdır. Türk siyasi tarihinin seçkin bir şahsiyettir. Kendisi, dönemin Türk-Yunan ilişkilerindeki samimiyet ve iyi duygular içinde fazlasıyla coşkun bir beyanda bulunmuştur. Şurası kesindir ki tamamen dönemin siyasi konjonktürüne dayanan bu beyanın, seneler sonra Türkiye aleyhine kullanılmasını en çok kendisi istemezdi. Demek ki devlet yetkilileri her ihtimale karşı, sözlerine ve kurdukları cümlelere azami dikkat göstermelidir.<sup>119</sup> Zira devlet başkanı, hükümet başkanı ve dışişleri bakanı başta olmak üzere, diğer devlet yetkililerinin *intra vires* işlemleri, şartları taşıyorsa, temsil ettikleri devleti bağlamaktadır. Bu örnek de bize, devlet yetkililerinin sözlerine son derece ihtimam göstermeleri gerektiğini gösteren bir ikazdır. Aksi halde, bir devlet için hayati önemi haiz ve büyük çıkarları ilgilendiren konular, irade dışı bir şekilde, salt hukuki argümantasyonların insafına kalabilir. Zira hukuki bağlayıcılığı sağlayan normativite, kimi zaman iki dudak arasında pusuda beklemektedir.

İnceleme konusu yaptığımız tartışma, Türk-Yunan sorunlarında hiçbir şeyin eskimediğini göstermektedir. Sorunların hiçbiri çözülemediği için sorunlar ve bunlara eşlik eden argümanlar, yeniden uyanacakları güne kadar kış uykusunda beklemektedirler. 1980'lerde Yunan doktrininde ileri sürülen

<sup>119</sup> Nitekim Yunanistan'ın Aras'ın beyanı dışında, eski Dışişleri Bakanları Melih Esenbel, İhsan Sabri Çağlayangil ve Başbakan Süleyman Demirel'in bazı beyanlarını, (aslında bunların bir kısmı Ege'deki Türk haklarını muhafazaya yöneliktir) güvenlik endişesi ve meşru müdafaa gerekçesi olarak takdim etmek suretiyle adaları silahlandırma faaliyetini meşrulaştırmaya çalıştığı görülmektedir. Bkz: Stivachtis, s. 106–110. Dolayısıyla hukuki bir sonucu bulunmasa da siyasi nitelikteki beyanlarla Yunanistan'a, statü ihlali için gerekçe olarak ileri süreceği bahaneler vermeme gerekir. Aksi halde bunlar, Türkiye aleyhine hukuki argümantasyonlara konu olacak ve bu da Yunanistan'a aslında maddi ve hukuki açıdan sahip olmadığı bir avantaj vermek anlamına gelecektir.

Aras'ın beyanını da kapsayan Limni'ye ilişkin görüşler, kırk sene sonra Yunan resmi tezlerinde yer almaktadır. Dolayısıyla gerek Ege gerek Kıbrıs meselesi, siyasi açıdan olduğu gibi akademik ve hukuki açıdan da tüketilmiş değildir. Bunun en iyi örneği, hem deniz alanlarının sınırlandırılması sorununu hem de Kıbrıs sorununu içine alan Doğu Akdeniz deniz yetki alanları sınırlandırma uyuşmazlığıdır.<sup>120</sup> Dolayısıyla gerek Ege'ye gerek Kıbrıs'a ilişkin eski tartışmaları, güncel gelişmeler ışığında değerlendirmek, mevcut argümanları berkitmek ve yenilerini üretmek açısından hayatidir. Zira Türk-Yunan sorunlarının akademik olarak gündemde tutulması, hem farkındalık yaratılması hem de daha ayrıntılı ve derinlikli çalışmalara ilham vermesi açısından önemlidir.

<sup>120</sup> Söz konusu uyuşmazlığı her iki bağlamda da inceleyen bir çalışma için bkz: Uğur Bayıllıoğlu, *Türkiye-Libya Antlaşması Ekseninde Doğu Akdeniz Deniz Yetki Alanları Sınırlandırma Uyuşmazlığı*, Turhan Kitabevi, 2021.

**KAYNAKÇA**

- Atatürk'ün Söylev ve Demeçleri I, Türkiye Büyük Millet Meclisi 'nde ve C.H.P Kurultaylarında, (1919–1938)*, 5. Baskı, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu, Atatürk Araştırma Merkezi, 2006.
- Atatürk'ün Söylev ve Demeçleri III, (1918–1937), (Açıklamalı Dizin İle)*, 5. Baskı, Türk İnkılâp Tarihi Enstitüsü Yayınları, 2006.
- Athanasopoulos H, *Greece, Turkey and the Aegean Sea: A Case Study in International Law*, McFarland, 2001.
- Başeren SH, *Ege Sorunları*, TÜDAV Yayınları, 2006.
- Bayilloğlu U, *Türkiye–Libya Antlaşması Ekseninde Doğu Akdeniz Deniz Yetki Alanları Sınırlandırma Uyuşmazlığı*, Turhan Kitabevi, 2021.
- Bölükbaşı D, *Turkey and Greece: The Aegean Dispute, A Unique Case in International Law*, Cavendish Publishing Limited, 2004.
- Çağırın ME, *Uluslararası Hukukta Devletin Tek Taraflı İşlemleri*, Platin Yayınları, 2005.
- Deniz B, “1974 Nükleer Denemeler Davası Işığında Uluslararası Hukukta Devletlerin Tek Taraflı İşlemleri”, *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 8(1), 2020, s. 21–38.
- Gönlübol M/ Sar C, *Atatürk ve Türkiye'nin Dış Politikası (1919–1938)*, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu, Atatürk Araştırma Merkezi, 1997.
- Gündüz A, *Limni Adası'nın Hukuki Statüsü Üzerinde Türk–Yunan Uyuşmazlığı*, Otağ Yayınevi, 1985.
- Gündüz A, *Milletlerarası Hukuk: Konu Anlatımı, Temel Belgeler, Örnek Kararlar*, Reşat Volkan Günel (Ed.), 6. Baskı, Beta Yayınevi, 2003.
- Gürün K, *Türk–Sovyet İlişkileri (1920–1953)*, 2. Baskı, Türk Tarih Kurumu, 2010.
- İnan Y, *Türk Boğazlarının Siyasal ve Hukuksal Rejimi*, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş II. Baskı, Turhan Kitabevi, 1995.
- Katsoufros T, “Ege Deniziyle İlgili Türk Yunan Uyuşmazlıkları”, Semih Vaner (Ed.), *Türk–Yunan Uyuşmazlığı*, Metis Yayınları, 1990, s. 76–94.
- Meray SL/ Olcay O (Çev.), *Montreux Boğazlar Konferansı, Tutanaklar, Belgeler*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları,

1976.

- Özman A, “Lozan Andlaşmalarında Ege Adalarının Hukuki Statüsü”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, 63(3–4), 1988, s. 197–206.
- Pazarcı H, *Doğu Ege Adalarının Askerden Arındırılmış Statüsü*, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Turhan Kitabevi, 1992.
- Politis S, “Demilitarisation and the Legal Regime of the Aegean Islands according to International Law”, *Revue Hellenique de Droit International*, 56 (1), 2003, s. 247–259.
- Schmitt MN, “Aegean Angst: The Greek–Turkish Dispute”, *Naval War College Review*, 49(3), 1996, s. 42–72.
- Stagos PN, “Limni'nin NATO Düzeni İçindeki Yerine İlişkin Türk–Yunan Uyuşmazlığı (Yunanistan'ın Tutumundaki Amaçlar ve Etkiler)”, Semih Vaner (Ed.), *Türk–Yunan Uyuşmazlığı*, Metis Yayınları, 1990, s. 191–207.
- Stivachtis YA, “The Demilitarisation of the Greek Eastern Aegean Islands: The Case of the Central Aegean and Dodecanese Islands”. *The Turkish Yearbook of International Relations*, 29, 1999, s. 99–130
- Syrgos AM, *The Status of the Aegean Sea According to International Law*, Sakkoulas/Bruylant, Bila–tarih.
- Toluner S, *Milletlerarası Hukuk ile İç Hukuk Arasındaki İlişkiler*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1973.
- Toluner S, *Summary of Conclusions: The Pretended Right to Remilitarize the Island of Lemnos Does Not Exist*, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Araştırma ve Uygulama Merkezi, 1987.
- Toluner S, “Limni Adası'nın Hukuki Statüsü ve Montreux Boğazlar Konvansiyonu”, *Milletlerarası Hukuk Açısından Türkiye'nin Bazı Dış Politika Sorunları*, Beta Yayınevi, 2000, s. 49–112.
- Uzun E, “Uluslararası Hukukta Bildirimin Tek Taraflı Devlet İşlemi Niteliği Üzerine Bir İnceleme”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, 2, 2019, s. 1–22.
- Van Dyke JM, “An Analysis of the Aegean Disputes under International Law”, *Ocean Development & International Law*, 36(1), 2005, s. 63–117.



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

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068  
Cilt / Volume XXVII Nisan / April 2023 Sayı / No. 2

**DEĞİŞEN YÖNLERİYLE SUI GENERIS BİR ÖRNEK OLARAK  
İNGİLİZ ANAYASAL SİSTEMİ  
VE YAZISIZ ANAYASANIN GELECEĞİ**

THE SUI GENERIS NATURE OF THE BRITISH CONSTITUTIONAL  
SYSTEM IN CHANGING ASPECTS AND THE FUTURE OF THE  
UNWRITTEN CONSTITUTION

**Sezen KAMA IŞIK\*** 

*“The Constitution of the United Kingdom exists  
in hearts and minds and habits as much as it does in law.”  
“Birleşik Krallık Anayasası, hukukta olduğu kadar  
kalplerde, zihinlerde ve alışkanlıklarda mevcuttur.”*

Jack Straw

Birleşik Krallık Adaletten Sorumlu Devlet Bakanı- 2008

**ÖZET**

[10.34246/ahbvuhfd.1206335](https://doi.org/10.34246/ahbvuhfd.1206335) 

*İngiliz anayasal sistemi, anayasa hukuku teorisinde her daim önemli örneklerden biri olagelmektedir. Söz konusu sistemi geneli itibarıyla anlamak gayreti de bu çalışmanın temelini oluşturmaktadır. Bunun için öncelikle sistemin kendine özgü yanlarından olan yazısız anayasayı anlamak başlangıç noktasıdır. Bu anayasa, mevzuat, önemli içtihatlar, anayasal teamüller ve birçok konvansiyondan oluşmakta ve özünde kısmen yazılı ancak tamamen kodifiye edilmemiş bir teamül düzenini barındırmaktadır. Dolayısıyla sistemin anayasal kaynaklarını ortaya koymak da bu anlamak gayretinin*

\* **Dr. Öğr. Üyesi**, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı / İSTANBUL, **e-posta:** sezenkama@hotmail.com, **ORCID:** 0000-0001-9654-9118  
**DOI:** 10.34246/ahbvuhfd.1206335

\* **İntihal / Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / *This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.*

aşamalarındandır. İlaveten aynı gaye ile, sistemin yazılı ayağını da oluşturan ve tarihsel düzlemde karşımıza çıkan temel anayasal metinler de incelenmektedir. Çalışmada bu kendine özgü sistemin üzerine inşa edildiği parlamento egemenliği ve hukukun üstünlüğü ilkeleri de İngiliz anayasa hukukundaki özgün anlamları ile ortaya konulmaktadır. İşte bu çerçevede çalışmada yaşayan bir enstrüman olan organik anayasa, 21. yüzyılın İngiltere'ye getirdiği siyasi ve toplumsal nedenlerle geçirmekte olduğu dönüşümü birlikte ele alınacak ve zamanla çok ırklı ve çok kültürlü bir şekle evrilen İngiltere'de AB'ye üye olma, yetki devirleri, AB'den ayrılma gibi pek çok köklü olay neticesinde süregelen bir yazılı anayasaya eğilimin mevcudiyeti tartışılacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** İngiliz Anayasal Sistemi, Yazısız Anayasa, Anayasal Teamül, Parlamento Egemenliği, Parlamentonun Üstünlüğü, Hukukun Üstünlüğü

### ABSTRACT

The British constitutional system has long been regarded as a model for constitutional law theory. The effort to comprehend the system in question serves as the foundation for this research. Understanding the unwritten constitution, which is one of the most unique aspects of the system, is the starting point for this. This constitution includes legislation, significant jurisprudence, constitutional customs, and numerous conventions, as well as a customary order that is partially written but not fully codified. As a result, one stage of this understanding effort is revealing the system's constitutional resources. Furthermore, the basic constitutional texts that comprise the written leg of the system and that we encounter in the historical plane must be examined. The principles of "Parliamentary Sovereignty" and "Rule of Law" that underpin this one-of-a-kind system should be revealed in their original meanings in English constitutional law. For this reason and in this context, the organic constitution, which is a living instrument, will be discussed in conjunction with the transformation that England is undergoing as a result of the political and social reasons brought about by the twenty-first century. Furthermore, as a result of many rooted events such as EU membership, delegation of powers, and leaving the EU, the existence of an ongoing tendency towards a written constitution in the UK, which has evolved into a multi-ethnic and multicultural form over time, will be discussed.

**Keywords:** British Constitutional System, Unwritten Constitution, Constitutional Custom, Parliamentary Sovereignty, Supremacy of Parliament, Rule of Law.

### EXTENDED ABSTRACT

Throughout the world, states have preferred to codify the relationships between fundamental rights and liberties and the state's main organs in a written text, or more specifically in written constitutions. Although rare in the world of written constitutions, some states have preferred to apply these rules customarily and enforce unwritten constitutions. The United Kingdom (UK), Israel, and New Zealand are a few examples.

In the doctrine of constitutional law, the British Constitution is the prime example of an unwritten constitution. As to British constitutional system, the constitution is an unwritten one that has evolved organically over time in response to political, economic, and social changes from Magna Carta to the present. The foundation of this study is the effort to understand the system with its transformations in the twenty-first century, as well as the necessity of transitioning from an unwritten constitution to a written one. Understanding the system's unwritten constitution, which is one of its distinguishing features, is the starting point.

The British Constitution is essentially a set of rules that govern the citizen-state relationship, the political system, and the formation of public authority. However, as Parau points out, the British constitutional system is "ambiguous" as a result of such sophisticated conjuncture. The system makes no clear distinction between what is "constitutional" and "unconstitutional" in this context. To comprehend the constitutional rule in practice, it is necessary to examine the key documents in the historical process. This multi-document system is also referred to as "British Constitutions" by Blackstone.

The system is also founded on some basic principles. The meanings of the principles of parliamentary sovereignty and the rule of law in the British constitutional order are crucial in this context. Parliamentary sovereignty, in particular, plays an important role in the transformation of the British constitutional system. Like Bogdanor, some argue that the system's lack of a written constitution is explained by the existence of the principle of parliamentary sovereignty. The fact that the UK, unlike many democracies with written constitutions, has not gone through any constituent power processes such as founding a new government, transition to a new regime, or post-colonial re-establishment also contributes to the country's continued existence in an unwritten order.

The rise of constitutionalist movements in the eighteenth century had the primary goal of limiting the monarch's power. The goal of the nineteenth century was to increase participation and establish a more democratic and representative system. The specific issue of the British constitutional system in the twentieth and twenty-first centuries is the limitation of the principle of parliamentary sovereignty, which can be considered the system's most fundamental principle. Furthermore, the UK was able to overcome difficult issues such as two world wars and the disintegration of the empire in the twentieth century, even succeeding in renewing the meaning of the Crown in the minds of the people, and thus it adapted to the new conditions. Constitutional reforms, particularly those implemented since 1997, can be viewed as a fresh start that necessitates a written constitution. In this context, the Constitutional Reform Act of 2005 specifically stated that one of the main goals is to reform the constitution. The legal system was thus harmonized with a regional order in the twentieth century, particularly under the umbrella of the European Union (EU). The United Kingdom's withdrawal from this regional system, as well as the delegation of powers by the UK to

*its own countries, have had an impact on the constitutional system in the twenty-first century. As a result of the political and social changes brought about by the twenty-first century in the UK, the living constitution mentioned in this framework is still evolving. Specifically, reformers began to speak out with respect to the importance of a written constitution following the Scottish independence referendum in 2014 and the Brexit referendum in 2016.*

*A fundamental question of constitutional law will determine the fate of the UK's constitutional system in the near future: Should a new and written constitution be created? Although a written constitution would eliminate the unwritten and sui generis system, supporters argue that it would bring rulers and citizens closer together by making British democracy more accessible and understandable to all. In a nutshell, strengthening the system in terms of legal certainty, accessibility, and intelligibility is expected to have a positive impact on the UK's democratic understanding, which has gradually shifted away from its centrality as a result of the Brexit process. Because the constitution is a text of social consensus, it is obvious that this should occur in the presence of an established consensus. Everyone, not just lawyers and parliamentarians, should be included in the preparation of a written constitution as part of this system change.*

## GİRİŞ

Karşılaştırmalı anayasa hukukunda Birleşik Krallık<sup>1</sup> *sui generis* bir özellik taşımaktadır. Bilindiği üzere İngiliz Anayasası, anayasa hukuku doktrininde yumuşak anayasa türünün kült örneğidir. Bugünkü Birleşik Krallık'ın temel anayasal metni de İngiltere Kralı John (Yurtsuz John) tarafından 1215'te yayınlanan Magna Carta'dır. İşte bu sistemde anayasa, katı bir metne bağlı olmayan, Magna Carta'dan günümüze siyasi, ekonomik ve sosyal değişimlere yanıt olarak zaman içinde organik olarak gelişen yumuşak bir anayasa olarak görülebilir.

Yazısız ve kendine özgü bir anayasası olan bu sistemin anayasa hukukuna yansımaları ve Kara Avrupası anayasal anlayışından farkları keskindir. İşte bu sebeple en temelde İngiliz anayasal sistemini anlamak yazısız anayasayı anlamakla başlamalıdır. Mevzuat, önemli içtihatlar, anayasal teamüller ve birçok konvansiyondan oluşan bu yazısız anayasa, özünde kısmen yazılı ancak tamamen kodifiye edilmemiş bir teamül düzenini barındırmaktadır.

<sup>1</sup> Çalışmada Birleşik Krallık, Britanya ve İngiltere kavramları bağlamına göre muadil olarak kullanılabilir. Detaylı anlatım için bkz. Anthony W. Bradley, Keith D. Ewing, *Constitutional and Administrative Law*, 14th edn., Pearson Longman, 2007, s. 35.

Bu sebeple sistemdeki anayasal kaynakları bilmek İngiliz anayasal sistemini anlamının ikinci aşamasıdır. Sistemin yazılı ayağını oluşturan üçüncü basamak ise tarihsel düzlemde karşımıza çıkan belli başlı anayasal metinlerdir.

Sistemin dayandığı bazı temel prensipler de söz konusudur. Bu bağlamda parlamento egemenliği ve hukukun üstünlüğü ilkelerinin İngiliz anayasal düzenindeki anlamları oldukça önem taşımaktadır. Anayasa hukuku doktrininde kendine özgü koşullarda doğup gelişen İngiliz yazısız anayasasında, herhangi bir yasa ile gerçekleştirilecek anayasa değişiklikleri de sistemin temelinde yer alan parlamento egemenliği ile doğrudan ilgilidir.

Anayasa hukukuna önemli katkıları olan ve tarihin erken süreçlerinden beri anayasacılık hareketlerinin bir biçimde merkezi olan ve fakat yazılı bir anayasası bulunmayan İngiltere<sup>2</sup>, yukarıda genel hatlarıyla ele alınan sebeplerin etkisiyle, ortaya yaşayan bir anayasa çıkardığı için İngiliz anayasal sistemi tarihsel düzlemde her zaman dünyanın geri kalanından önemli ölçüde farklılaşmıştır. Bu sistemde yazılı bir anayasanın bulunmamasını parlamento egemenliği ilkesinin varlığıyla açıklayan görüşler mevcuttur<sup>3</sup>. İngiltere'nin yazılı anayasa bulunan pek çok demokrasiden farklı olarak herhangi bir yeni başlangıç, yeni bir rejime geçiş, kolonileşme sonrası yeniden kurulum gibi kurucu iktidar süreçlerinden geçmemiş olması da yazısız/ teamüli bir düzende devam edişine katkı sunmaktadır<sup>4</sup>.

Ancak özellikle 1997 yılından günümüze gerçekleşen anayasal reformların yazılı bir anayasayı gerektiren yeni bir başlangıç olarak değerlendirilmesi gerektiği de doktrinde savunulmaktadır<sup>5</sup>. Bu çerçevede anılan organik anayasa, 21. yüzyılın İngiltere'ye getirdiği siyasi ve toplumsal nedenlerle dönüşmeye devam etmektedir. Giderek çok ırklı ve çok kültürlü bir şekle evrilen İngiltere'de, AB'ye üye olma, yetki devirleri, AB'den ayrılma gibi pek çok köklü olay neticesinde yazılı anayasaya doğru bir yönelim de baş göstermektedir. Bu döngüde hem merkezîyetçilikten uzaklaşmakta hem de "Britanyalılık" gibi bir anayasal birleşim noktası oluşturulmaya çalışılmaktadır. İlâveten bu şekilde sisteme özgünlüğü veren bahis konusu tüm esasların da toplandığı yol gösterici yazılı bir metin ihtiyacından söz edilmektedir.

<sup>2</sup> Mark Ryan/Steve Foster, *Unlocking Constitutional and Administrative Law*, Routledge, 2014, s. 15.

<sup>3</sup> Vernon Bogdanor, *The New British Constitution*, Hart Publishing, 2009, s. 215.

<sup>4</sup> Bogdanor, s. 215.

<sup>5</sup> Bogdanor, s. 215.



## I. İNGİLİZ YAZISIZ ANAYASASININ ÖZELLİKLERİ

Dünyanın genelinde devletler temel hak ve özgürlükler ile devletin temel organları arasındaki ilişkileri biçimsel olarak yazılı bir metinde, daha açık bir deyişle yazılı anayasalarda bir araya getirmeyi tercih etmişlerdir<sup>6</sup>. Böylece ilgili hukuk sisteminde anayasa en üstün hukuk normu olmakta ve diğer tüm normlar anayasanın altında sıralanmaktadır<sup>7</sup>. Öte yandan yazılı anayasaların dünyasında<sup>8</sup> nadiren de olsa bazı devletler bahis konusu bu kuralları teamülen uygulamayı ve bu sebeple de yazısız anayasaları<sup>9</sup> esas almayı tercih etmiştir. Bu bakımdan İngiltere, İsrail<sup>10</sup> ve Yeni Zelanda yazısız anayasa denildiğinde

<sup>6</sup> Bertil Emrah Oder, *Avrupa Birliği'nde Anayasa ve Anayasacılık*, Anahtar Kitaplar Yayınevi, 2004, s. 41.

<sup>7</sup> Ömer Anayurt, *Anayasa Hukuku Genel Kısım- Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar*, 4. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 107; Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, C. I, 2. Bası, Ekin Yayınevi, 2020, s. 121; Abdurrahman Eren, *Anayasa Hukuku Dersleri- Genel Esaslar – Türk Anayasa Hukuku*, 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 41- 42; Hasan Tunç, *Anayasa Hukuku Genel Esaslar*, 2. Bası, Gazi Kitabevi, 2019, s. 20- 21; Şeref Gözübüyük, *Anayasa Hukuku*, 16. Bası, Turhan Kitabevi, 2008, s. 10; Şeref İba, *Anayasa Hukuku ve Siyasal Kurumlar*, 2. Bası, Turhan Kitabevi, 2008, s. 11; Colin Turpin, Adam Tomkins, *British Government and the Constitution*, Cambridge University Press, 2007, s. 3.

<sup>8</sup> “Dünya bir yazılı anayasalar dünyasıdır.” Cem Eroğul, *Anayasayı Değiştirme Sorunu*, AÜSBF Yayınları, 1974, s. 81; Kemal Gözler, *Kurucu İktidar*, Ekin Basın Yayın Dağıtım, 2016, s. 159.

<sup>9</sup> Yazısız anayasa için öğretilerde çok daha isabetle “gelenek ağırlıklı anayasa”, “gelenek baskın anayasa”, “geleneksel anayasa”, teamüli anayasa” ifadeleri de kullanılmaktadır. Çalışmada yazısız anayasa ifadesinin tercih edilmesinin sebebi, anlamı daha çarpıcı bir biçimde vermesi ile kavramın yabancı literatürdeki karşılığının da bu yönlü tercihidir (*written- codified/ unwritten constitution, constitution écrite/ non- écrite*). Bu çerçevede güncel eserler için örnek kabilinden bkz. Ömer Anayurt, *Anayasa Hukuku Genel Kısım- Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar*, 4. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 127; İbrahim Özden Kaboğlu, *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)*, 16. Bası, Legal Yayıncılık, 2021, s. 12; Ayhan Döner, *Anayasa Hukuku (Genel Esaslar)*, Doğu Ciltevi Yayınevi, 2022, s.17; Hasan Tunç, *Anayasa Hukuku Genel Esaslar*, 2. Bası, Gazi Kitabevi, 2019, s. 5; Abdurrahman Eren, *Anayasa Hukuku Dersleri- Genel Esaslar – Türk Anayasa Hukuku*, 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 40; Kemal Gözler, *Genel Teori*, s. 122; Süheyl Batum, Didem Yılmaz, Serkan Köybaşı, *Anayasa Hukuku- Temel Kavramlar ve Genel Esaslar*, On İki Levha Yayıncılık, 2021, s. 297; Namık Kemal Öztürk, *Anayasa Hukuku*, 3. Bası, Seçkin Yayınevi, 2021, s. 31- 32. Bu çerçevede doktrinde yazısız anayasacılığın esası olarak belirtilen İngiliz yaklaşımı, “siyasete dayalı anayasacılık” olarak da ifade edilmektedir. Osman Korkut Kanadoğlu, Ahmet Mert Duygun, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, 2. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2021, s. 24;

<sup>10</sup> İsrail her ne kadar yazısız anayasaya sahip ülkelerden biri olarak sıklıkla anayasa hukukuna ilişkin kitaplarda kendine yer bulsa da esasen şekli anlamda yazılı bir anayasa bulunmamaktadır demek daha yerindedir. Çünkü Harrari kararı gereğince 1958’den beri farklı zamanlarda yürürlüğe konulmuş ve Knesset tarafından çıkarılmış, yasama, yürütme ve yargı organlarının işleyişi, ülkenin toprakları, başkentiinsan onuru ve hürriyeti gibi konuları düzenleyen 11 tane Temel Kanun bulunmaktadır. Döner, s. 19; Martin Edelman, “The New

örnek verilebilir<sup>11</sup>. Özellikle İngiltere, teamüli olan bu yazısız anayasanın en karakteristik örneğidir denebilir. İşte bu örnek, ülkenin tarihsel gelişim şartlarında kendini göstermektedir.

İngiliz Anayasası ifadesi doktrinde temelde vatandaşla devlet arası ilişkilerin, siyasi sistemin, kamusal otoritenin oluşumunun düzenlendiği bir kurallar bütünü olarak adlandırılmaktadır. Bu minvalde İngiliz Anayasası’nı tanımlamak gayesiyle Turpin ve Tomkins; “*Devletin organizasyonunu, yetkilerini, işleyişini ve kişiler ile kamu otoriteleri arasındaki ilişkileri tanımlayan, düzenleyen veya nitelendiren kurallar, sözleşmeler ve uygulamalar bütünü*” ifadesini ortaya koysa da bu tanımın “yaşayan anayasa”<sup>12</sup> olarak adlandırılabilir sisteme ilişkin bazı önemli özellikleri içermemesi sebebiyle eksik kaldığını belirtmektedirler<sup>13</sup>. Dolayısıyla ilk tespit, kuralların tek ve resmi bir metinde yer almadığı olmaktadır. Parau, belki de bu sebeple, İngiliz anayasal sistemine ilişkin en karakteristik özellik olarak “belirsizlik” ifadesini kullanmaktadır. Bu bağlamda sistemde anayasal olanla olmayan arasında net bir ayırım mevcut değildir. Uygulamada anayasal olan kuralı anlayabilmek için tarihsel süreçteki belli başlı belgelere bakmak gerekmektedir. Blackstone da bu çoklu belgelere dayanan sisteme ilişkin olarak “İngiliz Anayasaları” ifadesini kullanmaktadır<sup>14</sup>.

Yazısız anayasa temelde mevzuat, önemli içtihatlar, anayasal teamüller<sup>15</sup>

Israeli Constitution”, *Middle Eastern Studies*, 36/2, 2000, s. 1.

<sup>11</sup> Frederick Fernand Ridley, “Defining Constitutional Law in Britain”, *Anglo-American Law Review*, 20(2) 1991, s. 101.

<sup>12</sup> Ridley, s. 102.

<sup>13</sup> Turpin& Tomkins, s. 3-4.

<sup>14</sup> William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, A Strahan, 1809, aktaran: Cristina E. Parau,, “Core Principles of the Traditional British Constitutions”, <[https://www.politics.ox.ac.uk/materials/Core\\_Principles\\_of\\_the\\_British\\_Constitutions.pdf](https://www.politics.ox.ac.uk/materials/Core_Principles_of_the_British_Constitutions.pdf)>, Erişim Tarihi 9 Ağustos 2022, s. 1.

<sup>15</sup> Bilindiği üzere yazısız, daha doğru bir ifade ile teamüli anayasa ile anayasal teamüller farklılık arz eder. Anayasal teamül, anayasal örf ve adeti karşılayan ve iki temel unsurla tanımlanan bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu unsurların ilki objektif unsur, ikincisi ise manevi- subjektif unsurdur. Maddi unsur, uzunca bir süredir devam eden ve tekrarlanan davranışlar ve uygulamalardır. Manevi unsur ise uzun bir süredir devamlı tekrar eden uygulamanın hukuki nitelikte olduğuna ilişkin kanaattir. Anayasa hukuku teorisinde teamüllerin hukuki değeri konusu oldukça tartışmalıdır. Birleşik Krallık gibi yazısız anayasa sisteminde teamülün hukuki değeri tanınmaktadır. İngiliz anayasa hukukunun kaynakları arasında yer alan konvansiyonlar teamüli niteliktedir. Konvansiyon kuralları anayasal teamülün maddi ve manevi unsurlarını içermektedir. Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku (Genel Esaslar)*, 25. Bası, Beta, 2021, s. 81; Gözler, Genel Teori, s. 231- 234; Döner, s. 19.

ve birçok sözleşmeden oluşmaktadır<sup>16</sup>. Dolayısıyla yazısız anayasa dediğimizde tüm bu metinlerin ve teamüllerin birleştiği bir kavram karşımıza çıkmaktadır<sup>17</sup>. İşte bu sebeple en kısa şekilde ifade edecek olursak, pozitif hukuki düzenlemeler harici devletin temel teşkilatına dair ilkelerin yekunu yazısız anayasadır<sup>18</sup>. Bu konuda en klasik örnek, Parlamento ile Taç arasındaki ilişkinin yazılı olmayan ve fakat bağlayıcı olan kurallarca yürütülmesidir. Bu konuda İngiliz Anayasası için sıklıkla “kısmen yazılı ve tamamen kodifiye edilmemiş (partly written and wholly uncodified)” ifadesi kullanılmaktadır<sup>19</sup>. Dolayısıyla İngiliz Anayasası için tedvin edilmemiş anayasa demek, karşıladığı anlamı daha net ortaya koyacaktır<sup>20</sup>. Bu sebeple İngiliz anayasal sisteminin temel kaynaklarını<sup>21</sup> genel itibarıyla ortaya koymak gayreti, kısmen yazılı ancak tamamen kodifiye edilmemiş anayasayı anlayabilmek için önemli bir adımdır.

## II. İNGİLİZ ANAYASA HUKUKUNUN KAYNAKLARI

İngiliz anayasal düzeninin temelinde konvansiyonlar, mevzu hukuk, ortak hukuk/ örf- adet ve içtihat hukuku ve yetkin bilimsel eserler bulunmaktadır<sup>22</sup>. Brexit neticesinde AB’den kopuş süreci öncesinde AB hukuku da bu kaynaklar arasında yer almaktaydı. Ancak ilgili hukuk sisteminin kaynakları kesin bir kategorizasyonu karşılamamakta, daha ziyade anayasayı oluşturan unsurların geniş bir biçimde değerlendirilmesi anlamına gelmektedir<sup>23</sup>.

<sup>16</sup> Anayurt, s. 128.

<sup>17</sup> Ridley, s. 101.

<sup>18</sup> Anayurt, s. 127- 128; Gözler, *Genel Teori*, s. 122; Eren, s. 39; Öztürk, s. 31.

<sup>19</sup> Jim McConalogue, *The British Constitution Resettled- Parliamentary Sovereignty Before and After Brexit*, Palgrave Macmillan, 2020, s. 1.

<sup>20</sup> Cem Eroğul, *Anayasayı Değiştirme Sorunu- Bir Mukayeseli Hukuk İncelemesi*, AÜSBF Yayınları, 1974, s. 89.

<sup>21</sup> İngiltere’nin yazısız (teamüli) anayasasını oluşturan anayasal metinlerin toplamı Blaustein ve Flanz tarafından 300’den fazla olarak belirtilmekte; ancak 74 tanesi son 20 yılda yapılan bu düzenlemelerin 120 tanesinin artık uygulanmaz olduğu dile getirilmektedir. Albert Blaustein, Gisbert Flanz, (eds.), *Constitutions of the Countries of the World*, Oceana Publications, 1992; Peter Wallington & Robert G. Lee, *Blackstone’s Statutes of Public Law and Human Rights*, Oxford, 2006; aktaran Turpin and Tomkins, s. 5.

<sup>22</sup> Yahya Berkol Gülgeç, *Normlar Hiyerarşisi*, On İki Levha Yayınları, 2018, s. 403- 404.

<sup>23</sup> Hilaire Barnett, *Constitutional and Administrative Law*, 5th edn., Cavendish Publishing, 2004, s. 17.

## A. Konvansiyonlar (*Conventions*)

İngiliz anayasal sisteminin kaynaklarından ilki, “konvansiyonlar (*conventions*)”dır. Bu metinler, en kısa haliyle, siyasi gelenekleri içeren anayasal teamüllerdir. Bu konvansiyonlar belirli bir konuda anayasal organların uzun bir süredir düzenli şekilde tekrarlanan uygulamalarıdır. Bu uygulamalar konusunda devletin organları ve kamuoyunda fikir birliği vardır<sup>24</sup>. Yazısız anayasanın temel kaynaklarından olan konvansiyonlar, devletin geçmişten bugüne var olan kurumları arasındaki ilişkileri ortaya koyar. Böylece hükümetin işleyişi için oldukça önemli ancak yazılı bir şekle bağlı olmayan anayasal kurallar sistemin önemli unsurlarındandır. Güncel bir tanıma göre konvansiyon; “*Anayasa ve devletin kurumları arasındaki ilişkilerin ve yetkinin kullanımının düzenlendiği ancak hukuki bağlayıcılığı olmayan temel siyasi ilkelerdir.*”<sup>25</sup> Bu noktada önemle belirtilmelidir ki konvansiyonlar yazılı ya da yazısız olabilmektedirler. Yazılı ya da yazısız olmaları konvansiyonların geçerliliğini etkilemeye de doğaldır ki açıklık bakımından yazılı olanlar daha net bir görünüm ortaya koymaktadır<sup>26</sup>.

İngiliz anayasal sistemindeki bu konvansiyonlar arasında özellikle bazıları öne çıkmaktadır. Anayasal teamülün kült bir örneği olarak Taç/ Monark, Avam Kamarası ve Lordlar Kamarası tarafından kabul edilmiş bir kanun tasarısı üzerindeki yetkisine değinmek, sistemi anlayabilmek adına önem taşımaktadır. Buna göre öncelikle belirtilmelidir ki Taç, Avam Kamarası ve Lordlar Kamarası ile birlikte Parlamento’nun üç ana unsurundan biri olarak kabul edilmektedir. Taç’ın Parlamento’nun iki kanadı tarafından kabul edilmiş bir kanun tasarısını kabul etmeme konusunda mutlak ve yargısal olarak tartışılmaz bir gücü mevcuttur. Ancak yazısız anayasal sistemin kaynağı olan konvansiyon Taç’a bu gücün tersini emreder. Bu çerçevede bir kanun tasarısının Taç tarafından en son reddi, 1708 yılında Kraliçe Anne tarafından gerçekleştirilmiştir. Dolayısıyla uygulamada Parlamento’nun her iki kanadının usule uygun olarak kabul ettiği bir kanun tasarısının Taç tarafından otomatik olarak onaylanması esas kabul edilmektedir<sup>27</sup>. Bir diğer konvansiyon

<sup>24</sup> Gözler, Genel Teori, s. 234. Bu sebeple konvansiyon ifadesi yerine doğrudan yüzyıllar öncesinden gelen siyasi uygulamalar ifadesinin de kullanıldığı görülmektedir. Öztürk, s. 32.

<sup>25</sup> Lord Wilson, “The Robustness of the Convention in a time of Modernisation and Change”, *Public Law*, 2004, s. 408- 409.

<sup>26</sup> Turpin and Tomkins, s. 160.

<sup>27</sup> Yann Allard- Tremblay, “Proceduralism, Judicial Review and the Refusal to Royal Assent”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 33 (2) 2013, s. 380; Anne Twomey, “Constitutional

örneği olarak başbakanın atanması da gösterilebilir. Buna göre başbakanın göreve gelişi, çoğunluk partisinin lideri ya da partilerin gerçekleştirdiği koalisyon başkanının Avam Kamarası'nın güvenini kazanarak atanması ile gerçekleşmektedir<sup>28</sup>. Anayasa hukukunun önemli kaynaklarından olan konvansiyonlara bir başka örnek de bakanların Parlamento'da sandalyeye sahip olmaları şartıdır. Özellikle başbakan ve maliye bakanı söz konusu olduğunda Avam Kamarası'nın mensubu olmaları gerekmektedir<sup>29</sup>.

### B. Mevzu Hukuk (Statute Law)

İngiliz anayasa hukukunun diğer bir kaynağı da “Mevzu Hukuk (Statute Law)” olarak adlandırılan ve Parlamento tarafından yapılan kanunlardır. Bir kanun tasarısı hem Avam Kamarası hem Lordlar Kamarası tarafından onaylandıktan sonra Taç'ın huzuruna gider ve onayı ile yürürlük kazanır (royal assent)<sup>30</sup>.

Mevzu hukuk olarak Türkçeleştirilebilecek Statute Law, parlamento egemenliği ilkesi sebebiyle İngiliz anayasa hukukunun en temel kaynağı olarak kabul edilebilir. Bugüne dek önem arz eden bazı mevzu hukuk metinlerine bakacak olursak; söz gelimi 1998 tarihli İnsan Hakları Kanunu (Human Rights Act) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni iç hukuka taşımakta<sup>31</sup> iken 2011 tarihli Sabit Süreli Parlamento Kanunu (Fixed-Term Parliaments Act)<sup>32</sup>

monarchy and royal assent for government bills”, *Sydney Law School Opinion*, 31.01.2019, <<https://www.sydney.edu.au/news-opinion/news/2019/01/31/constitutional-monarchy-and-royal-assent-for-government-bills.html>>, Erişim Tarihi 11 Ağustos 2022.

<sup>28</sup> Barnett, s. 276.

2010 yılında herhangi bir parti çoğunluğu elde edememiş fakat Kraliçe Elizabeth, en çok sandalyeye sahip partinin liderini başbakan olarak atamıştır. ‘The Monarch and Parliament’, <<http://www.parliament.uk/education/about/ur-parliament/mps-lords-monarch/the-monarch-and-parliament/>>, Erişim Tarihi 5 Ağustos 2022.

<sup>29</sup> Sezen Kama, ‘Parlamente Hükümet Sistemi Olarak Westminster Modeli Britanya Örneği Üzerine Bir Deneme’, *MÜHF-HAD*, 22(2) 2016, s. 190.

<sup>30</sup> Twomey, s. 1. Bu çerçevede bir önceki başlıkta bir konvansiyonun aksi uygulaması olarak en son 1708 yılında Kraliçe Anne tarafından bir kanun tasarısının reddi örneğini burada da anmak gerekmektedir.

<sup>31</sup> Human Rights Act 1998, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/contents>, Erişim Tarihi: 08 Ağustos 2022.

<sup>32</sup> Burada başlangıçta bir anayasa geleneği olarak ortaya çıkmış ve devamında 2011 tarihinde Fixed-Term Parliament Act'ta yer alarak mevzu hukukun alanına giren “güvensizlik oyu” müessesesini dile getirilmelidir. (Parlamente sistemde parlamentonun hükümete güvensizlik oyu verdiği ve neticesinde başbakanın devlet başkanına istifasını sunduğu ve yeni bir hükümetin kuruluş sürecinin başladığı güvensizlik oyu.) Anayurt, s. 132.

Westminster Parlamentosu seçimlerinin beş yılda bir yapılmasını hüküm altına almaktadır<sup>33</sup>. Öte yandan 1991 tarihli Tehlikeli Köpekler Kanunu (Dangerous Dogs Act) örneğinde görüleceği üzere sistemde her kanun, maddi anlamda bir anayasa hükmü teşkil etmez<sup>34</sup>. Bu durum yazılı bir anayasanın olmadığı sistemde hangi kuralın anayasal olarak kabul edileceği konusunda belirsizlik doğurabilecektir.

### C. İctihat Hukuku (Common Law/ “Judge made law”)

İngiliz anayasa hukukunun üçüncü kaynağı ise icthah hukuku (Common Law)<sup>35</sup> denilen ve büyük ölçüde yargıç kararlarından oluşan (Judge made law) bir yapıdır. Yargıçların gelenek, örf- adet ve emsal kararlara bakarak oluşturduğu bu yapıda toplum ve zaman değiştiğinde kararlar da değişmektedir<sup>36</sup>.

Common law kuralları belli bir metinde yeknasak değildir. İngiltere’de

<sup>33</sup> Fixed-term Parliaments Act 2011, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2011/14/contents>, Erişim Tarihi: 08 Ağustos 2022.

<sup>34</sup> Anayasa hukuku doktrinindeki anayasanın anlamını ortaya koymak için ayrımlarından biri maddi anayasa (geniş anlamda anayasa)- şekli anayasadır (dar anlamda anayasa). Maddi anayasa, kamu otoritelerinin kuruluş, işleyiş, organlar arasındaki ilişkiler, bireylerin hak ve özgürlüklerine ilişkin olan ve kendileri dışındaki kurallardan hukuken olmasa bile sosyolojik açıdan üstünlüğü bulunan yazılı ve yazılı olmayan tüm kuralları karşılamaktadır. Bu çerçevede normların konusu esas alınır. Şekli anayasa ise devletin kuruluş ve işleyiş kurallarının, birey hak ve özgürlüklerinin anayasa denilen yazılı metinde/ metinlerde (İstisnai örnek: Çekya'nın anayasası iki temel metinden oluşmaktadır.) bir araya getirilmiş olmasıdır. Burada ise normların adlandırılması önem taşımaktadır. Gözübüyük, s. 82; Gözler, Genel Teori, s. 118; Anayurt, s. 116- 120; Oder, s. 40- 41; Döner, s. 13- 15; R. Cengiz Derdiman, *Anayasa Hukuku*, 2. Bası, Alfa Akademi, 2011, s. 43. Birleşik Krallık bakımından parlamento egemenliği ilkesinden kaynaklı olarak kanunların üzerinde ve onlardan daha zor değiştirilebilen kurallar olmadığı için şekli anlamda bir anayasa yoktur. Ancak devletin temel kurallarını, organlar arasındaki ilişkileri düzenleyen yazılı ve yazısız kurallar mevcuttur. Serkan Yolcu, *İngiltere’de Kuvvetler Ayrılığı ve Yargı Bağımsızlığı Alanındaki Gelişmeler*, Seçkin Yayınevi, 2011, s. 23-25

<sup>35</sup> “Common law” ifadesinin karşıladığı iki anlamı mevcuttur. Yukarıda bahis konusu edilen ve büyük oranda İngiliz tarihinde yargıç kararlarına ve bu kararların da temelinde geleneklere dayanan sistemdir (Dar anlamı). Öte yandan geniş anlamıyla, İngiltere'nin yanında Avustralya, Yeni Zelanda, Kanada, Amerika Birleşik Devletleri, Malezya gibi ülkelerin de kabul ettiği ve Kara Avrupası'nda oldukça farklı Anglo- Sakson hukuk sistemidir. Gary Slapper, David Kelly, *English Law*, Routledge- Cavendish, 2009, s. 11- 12; Estefania M. Queiroz Barboza and Katya Kozicki, “Common Law and Civil Law: Convergences Beyond a Written Constitution”, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 40 (1) 2019, s. 47, 50; Erdoğan Keskin, “İngiliz Anayasa Hukukunda Parlamente Üstünlüğü İlkesi, Sınırları ve Brexit”, *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 25 (1), 2021, s. 64, dn. 79.

<sup>36</sup> Ridley, s. 101; Gözler, Genel Teori, s. 125; Slapper, Kelly, s. 11- 12; Barboza, Kozicki, s. 47, 50.

yüksek mahkemelerde görev yapan kıdemli hakimler kanunun olmadığı ya da belirsiz olan bir alanda hukuki durumu netleştirmek için alt derece mahkemelerine ve ilerleyen dönemde yapılacak kanunlara emsal oluştururlar. Kısa bir ifade ile başlıca, İngiliz mahkemelerinin uyguladığı kurallar (içtihat) biçiminde Türkçeleştirilebilecek *common law* kaynağına ilişkin bir tespit olarak belirtilmelidir ki, kişi özgürlüğü, ifade özgürlüğü, dernek özgürlüğü gibi birçok temel hak ve özgürlük yargıç kararıyla ortaya konulmuştur<sup>37</sup>. Başbakanı atamak ve bakanları seçmek, Taç'ın kanunlara onay (*royal assent*) vermesi, savaş ilanı, uluslararası anlaşmaların müzakeresi gibi “Kraliyet Ayrıcalıkları (*royal prerogatives*)” denilen ve kraliyetin hükümet adına kullandığı yetkileri belirten kurum ve parlamento egemenliği örnek olarak verilebilir<sup>38</sup>. Her ne kadar kaynaklar kademelenmesinde mevzu hukuktan daha az önemde olsa da bu örneklerin bir kısmı yargıç yapımı (*judge made law*) ile oluşturulmuş ve devamında mevzu hukukun konusunu oluşturmuştur<sup>39</sup>. Parlamento egemenliği ilkesi ile ilgili olan bu durum 2005 yılındaki Anayasal Reform Kanunu (*Constitutional Reform Act*) ile İngiliz sisteminde yargı kuvvetinin etkisi artmış olsa da genel kanı hala mevzu hukukun üstünlüğü yönündedir. Fakat *common law* kanunlardaki boşlukları doldurması bakımından oldukça önemlidir<sup>40</sup>. Ancak yukarıda belirtildiği üzere sistemin temeli olarak adlandırılabilir mevzu hukuk kaynağı olan bir kanun, parlamento egemenliği ilkesi nedeniyle emsallere dayanan içtihat hukuku kaynağını iptal edebilir<sup>41</sup>.

#### D. Yetkin Bilimsel Eserler (*Authoritative Works*)

İngiliz anayasa hukukunun diğer bir temel kaynağı da alanda otorite kabul edilen uzmanlar tarafından yazılan “Yetkin Bilimsel Eserler (*Authoritative Works*)”dir<sup>42</sup>. Bunun temelinde yatan en önemli sebep, yazısız ve maddi

<sup>37</sup> S. A. de Smith & Rodney Brazier, *Constitutional and Administrative Law*, Penguin Books, 1989, s. 24, aktaran: Gözler, Genel Teori, s. 125.

<sup>38</sup> Turpin and Tomkins, s. 354; Institute for Public Policy Research, “The Constitution of the United Kingdom”, *IPPR Report*, 1991, s. 3; David Torrance, “How is a Prime Minister Appointed?”, *Insight*, House of Commons Library, 20 Ekim 2022, <<https://commonslibrary.parliament.uk/how-is-a-prime-minister-appointed/>>, Erişim Tarihi 12 Ocak 2023.

<sup>39</sup> The Constitution Society, “The UK Constitution”, *The Constitution Explained*, <<https://consoc.org.uk/the-constitution-explained/the-uk-constitution/>>, Erişim Tarihi 12.01.2023.

<sup>40</sup> Özgür Beyazıt, “Interpretation and Lawmaking by the Courts in English Common Law System”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 0/6, 2015, s. 83.

<sup>41</sup> Roscoe Pound, “Common Law and Legislation”, *Harvard Law Review*, 21(6) 1908, s. 384; Slapper and Kelly, s. 11- 12.

<sup>42</sup> Barnett, s. 40; Parau, ‘Core Principles’, s. 1.

anayasaya sahip sistemin aydınlatılması ihtiyacıdır. Sistemi anlamlandırırken uzmanların yorumları da önemli ve etkili olabilir. Hatta yaygın kanaate göre kabul edilmiş yetkin bilimsel eserlerden söz gelimi, William Blackstone’un 1766-68 yılları arasında yazdığı “İngiltere Kanunları Üzerine Yorumlar (Commentaries on the Laws of England)” isimli eseri, Erskine May’in 1844 yılında yayımladığı “Parlamento Hukuku, Ayrıcalıkları, İşlemleri ve Kullanımı Üzerine Bir İnceleme (*A treatise on the law, privileges, proceedings and usage of Parliament*)” adlı eseri; Walter Bagehot’un 1867’de yayımladığı “İngiliz Anayasası (*The English Constitution*)” isimli eseri; Albert Venn Dicey’nin 1885’te yayımladığı “Anayasa Hukuku Çalışmasına Giriş (*An introduction to the Study of the Law of the Constitution*)” isimli eseri<sup>43</sup> düşünüldüğünde sistemin algıları üzerinde öyle etkili olabilirler ki bugün dahi hala Birleşik Krallık anayasa hukukuna ilişkin yapılacak bir çalışmada onlara başvurulmadan yapılacak anlam arayışı eksik kalabilir. Parlamenter egemenlik anlayışı, Dicey’nin bu konudaki görüşleri olmaksızın anlaşılabilir bir teori değildir. Bagehot ise anayasal monarşinin tanımı ve yürütümüne ilişkin görüşleri ile bu konuda önde gelen bilim insanı/ yorumculardan (*commentar*) biridir. Bu kaynaklar her ne kadar bağlayıcı olmasa da<sup>44</sup>, günümüze yaklaştıkça anılan eserler dışında çığır açıcı yetkin bilimsel eserlerin mevcudiyetinden pek söz edilmese de yukarıda değinilen yetkin bilimsel eserlerin İngiliz anayasa hukukunun kaynakları arasında kabulü devam etmektedir<sup>45</sup>.

#### E. Avrupa Birliği Hukuku ve Anlaşmaları (*European Union Law and Treaties*)

Birleşik Krallık’ta düalist hukuk düzeni mevcuttur. Devlet egemenliğini üstün tutan bu anlayışa göre ulusal hukuk devlet içinde yaşayan kişiler arasındaki ilişkilere vakfedilmişken, uluslararası hukuktaki düzenlemeler eşit egemen devletler arasındaki ilişkileri düzenler. Bu sebeple bir hukuk düzeninde kabul edilen bir normun diğerinde doğrudan uygulanabilmesi mümkün değildir. Bundan kaynaklı olarak İngiltere’de 1998 yılında kabul edilen İnsan Hakları Kanunu (*Human Rights Act*)’nda olduğu gibi, uluslararası anlaşmalar doğrudan iç hukukun bir parçası değildir ve bir kanun ile iç hukuka

<sup>43</sup> Parau, ‘Core Principles’, s. 1.

<sup>44</sup> Barnett, s. 40.

<sup>45</sup> The Constitution Society, “The UK Constitution”, *The Constitution Explained*, <<https://consoc.org.uk/the-constitution-explained/the-uk-constitution/>>, Erişim Tarihi 12.01.2023.

aktarılmalıdır<sup>46</sup>. Dolayısıyla İngiltere'nin AB üyeliği ve bu kapsamdaki anlaşmaları da bu çerçevede değerlendirilerek iç hukukta düzenlemeler yapılması gereği doğmuştur.

Söz konusu bilgiler ışığında belirtmelidir ki 1972 tarihli Avrupa Toplulukları Kanunu (*European Communities Act*) neticesinde AB anlaşmaları ulusal mevzuatın etkisiyle İngiliz anayasal sistemi üzerinde önemli etkiye bulunmuştur. Bu yasa AB hukukunun iç hukuktaki etkisini bölüm 2(1)'de açıklamaktadır<sup>47</sup>. Bu madde ile genel olarak uygulamada AB hukukunun doğrudan etkisi ve üstünlüğü kabul edilmiş olmaktadır. 2011 tarihli Avrupa Birliği Kanunu (*European Union Act*) da AB hukukunun iç hukuktaki etkisini bölüm 18'de ortaya koymakta ve doğrudan uygulanabilir ve doğrudan etkili bir AB hukukundan bahsetmektedir<sup>48</sup>. Bahis konusu düzenlemeler ışığında ise görülmektedir ki AB hukuku ve anlaşmaları da bir dönem İngiliz anayasal sisteminin kaynakları arasında yer almıştır.

Ancak 23 Haziran 2016 tarihinde gerçekleşen *Brexit* referandumu neticesinde Birleşik Krallık, %51.9 oranında AB'den ayrılma yönünde bir karar vermiştir. Böylelikle Birleşik Krallık Hükümeti, 29 Mart 2017'de İngiltere'nin AB'den çekilmesi amacıyla 2009 tarihli Avrupa Birliği Anlaşması'nın 50. maddesini yürürlüğe koymuş<sup>49</sup> ve İngiltere'nin AB'den

<sup>46</sup> Hüseyin Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk*, Yetkin, 2010, s. 19; Anayurt, s. 212. Genel kabul böyle olmakla birlikte bazı istisnai durumlarda mahkemeler uluslararası anlaşmaları iç hukuka geçmeden dikkate alabilmektedir.

Steve Peers, "Jurisdiction upon and after the UK's Withdrawal: The Perspective from the UK Constitutional Order", *European Parliament Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs Briefing*, <[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/596831/IPOL\\_BRI\(2018\)596831\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/596831/IPOL_BRI(2018)596831_EN.pdf)>, Erişim Tarihi 14.01.2023, s. 1.

<sup>47</sup> "All such rights, powers, liabilities, obligations and restrictions from time to time created or arising by or under the Treaties, and all such remedies and procedures from time to time provided for by or under the Treaties, as in accordance with the Treaties are without further enactment to be given legal effect or used in the United Kingdom shall be recognised and available in law, and be enforced, allowed and followed accordingly; and the expression "enforceable Community right" and similar expressions shall be read as referring to one to which this subsection applies.", *European Communities Act 1972*, <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1972/68/section/2/enacted>>, Erişim Tarihi 14.01.2023.

<sup>48</sup> "Directly applicable or directly effective EU law (that is, the rights, powers, liabilities, obligations, restrictions, remedies and procedures referred to in section 2(1) of the *European Communities Act 1972*) falls to be recognised and available in law in the United Kingdom only by virtue of that Act or where it is required to be recognised and available in law by virtue of any other Act.", *European Union Act 2011*, <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2011/12/section/18/data.xht?view=snippet&wrap=true>>, Erişim Tarihi 14 Ocak 2023.

<sup>49</sup> Jack Simson Caird, 'Legislating for Brexit: the Great Repeal Bill', *House of Commons*

ayrılması kararının yürürlüğü için "Büyük İptal Kanunu (*Great Repeal Bill*)"nı tasarı olarak Parlamento'ya sunacağını açıklamıştır<sup>50</sup>. 26 Haziran 2018'de Taç'ın onayını alan "Avrupa Birliği Çekilme Kanunu 2018 (*European Union (Withdrawal Act)*)" ile de 1972 tarihli "Avrupa Toplulukları Kanunu (*European Communities Act*)" ilga edilmiş ve böylelikle AB hukuku artık İngiliz anayasa hukuku kaynakları arasından çıkmıştır<sup>51</sup>.

### III. İNGİLİZ ANAYASAL SİSTEMİNİ KURAN TEMEL ANAYASAL METİNLER (İNGİLİZ ANAYASALARI)

Tarihsel sürece baktığımızda yazısız anayasa sisteminin ortaya çıkmasında belli başlı sebepler mevcuttur. Bunların başında oksimoron gibi görünen bir gerekçe bulunmaktadır. Buna göre İngiliz anayasal sistemi, tarihi olarak öncül anayasal belge ve metinlere sahiptir. Ancak Lord Scarman'ın İngiliz Anayasası için belirttiği üzere; "Bugün bizim anayasamız elbette yazısız değildir; ancak bir yerlerde gizli ve bulması zordur"<sup>52</sup>. Bu durum İngiltere'yi anayasal açıdan köklü bir mirasa sahip kılarken temel düzenlemeleri de ele almayı gerektirir.

Bu hususta ilk ve belki de en önemli örnek 1215 *Magna Carta Libertatum*'dur. *Magna Carta* ile artık monarkın keyfi davranamayacağı ve üzerinde uzlaşılan hukuki belgeye bağlı olacağı ortaya çıkmıştır. Böylece monark ilk defa kendi sınırsız yetkisinden feragat etmek durumunda kalmış ve henüz 13. yüzyılda mutlak monarşiden meşruti monarşiye evrilme yoluna girmiştir<sup>53</sup>. İlâveten içeriğinde yer alan iki temel ilke olan adil yargılanma hakkı ve yasa dışı hapis cezasına karşı korunma hakkı da İngiliz örf- adet hukukunun temelini oluşturmaktadır<sup>54</sup>. *Magna Carta*'nın yarattığı bu mantık İngiliz anayasal sisteminde temsil kurumu ve demokrasiye evrilen bir sisteme

*Briefing Paper*, No: 7793, 2 Mayıs 2017, s. 11.

<sup>50</sup> Caird, s. 11.

<sup>51</sup> *European Union (Withdrawal) Act 2018*, <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2018/16/contents/enacted>>, Erişim Tarihi 12 Eylül 2022.

<sup>52</sup> Leslie Scarman, Baron Scarman, *Why Britain Needs a Written Constitution*, Charter 88, 1992, s. 4.

<sup>53</sup> Hüseyin Nail Kubalı, *Anayasa Hukuku Genel Esaslar ve Siyasi Rejimler*, Ersa Matbaacılık Koll. Şti., 1965, s. 506; Bihterin Dinçkol, "İngiltere'de Parlamenter Monarşinin Erken Dönemi", *MÜHF-HAD*, 27(2), 2021, s. 883; Kama, s. 165.

<sup>54</sup> Thomas J. McSweeney, "Magna Carta and the Right to Trial by Jury", *Magna Carta- Muse& Mentor*, Thomson Reuters, Library of Congress, 2014, s. 157; Geoffrey Robertson, "Magna Carta and Jury Trial", *Magna Carta Today*, British Library, <<https://www.bl.uk/magna-carta/articles/magna-carta-and-jury-trial>>, Erişim Tarihi 16 Ocak 2023.

de kapı açmıştır. Hatta dünyanın modern anlamdaki ilk yazılı anayasası olarak kabul edilen 1787 Amerika Birleşik Devletleri Anayasası üzerinde de etkili olmuştur<sup>55</sup>.

Devamında 1258 yılına tekabül eden Oxford Hükümleri (*Oxford Provisions*) de bugünkü anayasal sistemi ortaya koymakta önemli dönüm noktalarındandır. Bu hükümlere göre monark yirmi dört kişilik bir konsey tarafından denetlenmeye başlamıştır. Bu özelliği ile söz konusu metin bazı kaynaklarda ilk anayasa<sup>56</sup>, yazılı bir anayasa<sup>57</sup>, anayasanın ilk adımları<sup>58</sup> olarak ve 1258 ile 1267 yılları arasındaki dönem de anayasal reform dönemi<sup>59</sup> olarak ifade edilmektedir.

17. yüzyıldaki anayasal belgeler de sistemin zenginleşmesine katkı sağlamıştır. 1628'de İngiliz Haklar Bildirgesi (*Petition of Rights*) bir hak ve özgürlükler metni ortaya koymaktadır. Bu belge ile sebepsiz hapis cezası yasağı, Parlamento onayı olmaksızın vergi salınım yasağı, askerlerin barış zamanında vatandaşların evlerinde ikameti yasağı gibi belli bazı özgürlükler getirilmiş ve monarkın müdahalesi yasaklanmıştır<sup>60</sup>. 1689 Haklar Beyannamesi (*Bill of Rights*) ise çok daha köklü değişiklikler getirmiştir. Buna göre Parlamento'nun üstünlüğü ve Kraliyet imtiyazlarının önüne geçişi, Parlamento'nun olağan toplanmasının sağlanması, Avam Kamarası için serbest seçimlerin yapılabilmesi, Parlamento tartışmalarında ifade özgürlüğünün kabulü, gayriinsani ve olağandışı cezalandırma yasağı dahil bazı temel hak ve

<sup>55</sup> Rett R. Ludwikowski, "Two Firsts: A Comparative Study of the American and the Polish Constitutions", *Michigan Journal of International Law*, 8 (1), 1987, s. 118; Harold Dexter Hazeltine, "The Influence of Magna Carta on American Constitutional Development", *Online Library of Liberty Essays*, <<https://oll.libertyfund.org/page/magna-carta-and-the-us-constitution>>, Erişim Tarihi 6 Ağustos 2022.

<sup>56</sup> H. G. Richardson, G. O. Sayles, "The Provisions of Oxford: A Forgotten Document and Some Comments", *Bulletin of the John Rylands Library*, 17 (2), 1933, s. 297- 298, 301, 311, ss. 291- 321; Thinley Kalsang Bhutia, "Provisions of Oxford", *Britannica*, <<https://www.britannica.com/event/Provisions-of-Oxford>>, Erişim Tarihi 13 Ocak 2023.

<sup>57</sup> R. F. Treharne, "The Significance of the Baronial Reform Movement, 1258- 1267", *Transactions of the Royal Historical Society*, 25, 1943, s. 35, 63, ss. 35- 72.

<sup>58</sup> George Burton Adams, "The Origin of the English Constitution, II", *The American Historical Review*, 13(4), 1908, s. 729, ss. 713- 730.

<sup>59</sup> Richardson & Sayles, s. 297- 298, 301, 311; Treharne, s. 35, 63.

<sup>60</sup> John Patterson, *The Bill of Rights Politics Religion and the Quest for Justice*, Universe Inc., 2004, s. 23- 24; Bülent Yücel, *Parlamentar Hükümet Sisteminin Rasyonelleştirilmesi ve Türkiye Örneği*, Adalet Yayınevi, 2009, s. 54.

özgürlüklerin tanınması gibi temel ilkeler sisteme dahil olmuştur<sup>61</sup>. Kısa bir süre sonra 1701 Veraset Kanunu (*Act of Settlement*) ile de Kraliyet'te halefiyet usulünü belirleyen ve yargı bağımsızlığını da düzenleyen önemli anayasal ilkeler de bu sui generis oluşumda kendini göstermiştir<sup>62</sup>.

İngiliz anayasal sisteminin gelişmesine katkı sağlayan bazı temel kanunlar (*Acts of Parliament*) da 20. yüzyılın eseridir. Bu kapsamda belli anayasal konularda temel bir mevzuat oluşturulmuştur denilebilir. Buna göre<sup>63</sup>;

- 1911 ile 1949 yılları arasında Parlamento'nun her iki kanadının yetkilerini düzenleyen kanunlar,
- Genel oyu ve bazı siyasi temsil konularını içeren 1918 yılındaki Halkın Temsili Kanunu (*Representation of the People's Acts*)
- Birleşik Krallık'ı Avrupa Birliği'nin bir ortağı haline getiren 1972 tarihli Avrupa Toplulukları Kanunu (*European Communities Act*),
- İskoçya, Galler ve Kuzey İrlanda Parlamentoları'na yasama ve yürütme organlarının oluşumu için 1998 tarihli Yetki Devri Kanunları (*Scotland Act, Northern Ireland Act, the Government of Wales Act*)
- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni iç hukuka katmak amacıyla 1998 yılında kabul edilen İnsan Hakları Kanunu (*Human Rights Act*)

İngiliz anayasal düzeninin 20. yüzyıl iskeletinin ana hatlarını ortaya koymaktadır.

Bunun yanı sıra anılan düzenlemelerle Britanya, Avrupa'nın en merkezi devleti olmaktan uluslarının dahil olduğu daha geniş bir yapılanmaya geçmiştir<sup>64</sup>. Fakat anayasal sistemdeki dönüşüm bu belgelerle sınırlı kalmayacaktır.

#### IV. İNGİLİZ ANAYASAL SİSTEMİNİN TEMEL İLKELERİ

Doktrinde İngiliz anayasal sistemine ilişkin parlamento egemenliği, hukukun üstünlüğü, üniter devlet, bakanların sorumluluğu, güçler ayrılığı ve

<sup>61</sup> Yücel, s. 54.

<sup>62</sup> Robert Blackburn, "Britain's Unwritten Constitution", *Magna Carta Today*, British Library, 13 Mart 2015, <<https://www.bl.uk/magna-carta/articles/britains-unwritten-constitution#>>, Erişim Tarihi 5 Ağustos 2022.

<sup>63</sup> Blackburn, s.1.

<sup>64</sup> McConalogue, s. 2.

Kraliyet ayrıcalıkları (Royal prerogatives) gibi pek çok temel prensipten söz edilmektedir. Çalışmamızın sınırlı çerçevesinde ise bunlardan üçü, anayasal sistemin 21. yüzyılda yaşadığı dönüşümdeki rolleri sebebiyle ayrı birer başlık olarak ele alınacaktır.

### A. Parlamento Egemenliği (Parlamentonun Üstünlüğü) İlkesi<sup>65</sup>

Parlamento egemenliği ilkesi Blackstone'un "*İngiliz Anayasaları*" olarak adlandırdığı<sup>66</sup>, sistemin anayasal metinlerinin hemen hepsinde temel bir ilke olarak yer almaktadır<sup>67</sup>. Bu bağlamda İngiltere'de Parlamento'nun egemen olma/ üstün olma sürecinde geçirdiği tarihsel dönüşümde dini iktidar

<sup>65</sup> İlkenin adlandırılması hususunda doktrinde farklılıklar mevcuttur. Bu çerçevede İngilizce olarak "Parliamentary Sovereignty" ve "Supremacy of Parliament" kullanılmaktadır. Türkçe karşılıkları açısından "Parlamento Egemenliği" veya "Parlamentonun Üstünlüğü" ifadeleri tercih edilmektedir. Çalışma çerçevesinde ise parlamento egemenliği tabiri kullanılmaktadır. Bu tercihin sebebi, egemenlik kelimesinin karşıladığı anlam ile müsemmadır. Egemenlik TDK Güncel Türkçe Sözlük'te hükümlerlik, hakimiyet ve egemen olma biçiminde tanımlanmaktadır. Egemen ise yönetimini hiçbir kısıtlama ve denetime bağlı olmaksızın sürdüren ve bağımlı olmayan şekilde açıklanmaktadır. Dicey de kavramın İngilizcesini parliamentary sovereignty olarak tercih etmektedir. Egemenlik kavramını siyasi ve hukuki egemenlik olarak bölen Dicey, hukuki egemenliği herhangi bir hukuki sınırla kayıtlanmamış kanun yapma gücü olarak tanımlamaktadır. Fakat egemenliğin çoklukla hukuki anlamdan ziyade siyasi bir kavram olarak kullanıldığını da dile getirmektedir. Ona göre egemenlik hukuki anlamda kullanırsa, İngiliz Anayasası'na göre egemen güç Taç/ Monark, Lordlar Kamarası ve Avam Kamarası'ndan oluşan Parlamento'dur. Dicey, s. 27-28; Barnett, s. 110. Özbudun da parlamento egemenliği ifadesini kullanırken egemenliğin yalnızca hukuki sınırla kayıtlanmamış bir kanun yapma yetkisi anlamında kullanıldığında İngiliz Anayasası'na göre egemen iktidarın Parlamento olduğunu dile getirmektedir. Ergun Özbudun, "İngiltere'de Parlamento Egemenliği Teorisi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 25, 1968, s. 75- 76; Yolcu, s. 29- 30. Koçak da parlamento egemenliği ifadesini kullanırken Parlamentonun egemenliği kullanan organ olmadığını, bizzat egemen olduğunu ifade etmektedir. Ona göre Kıta Avrupası'ndaki egemenlik kavramı, İngiltere'deki parlamento egemenliği ilkesi ile paralel özellikler göstermektedir. Mustafa Koçak, "İngiltere'de Parlamento ve Parlamentonun Egemenliği Doktrininin Tarihsel Kökenleri", *Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5, 2005, s. 241- 242. Tüm bu çerçevede TDK Güncel Türkçe Sözlük'te üstün olma durumu, avantaj biçiminde açıklanan üstünlük ifadesine nazaran siyaset bilimi ve hukuk açısından temel kavramlardan olan egemenliğin kullanımının İngiliz sisteminin sui generis yapısı bağlamında ve kendi resmi organlarının da tercih ettiği bu şeklin kullanımının daha yerinde olacağı değerlendirilmektedir. Dolayısıyla çalışmada egemenlik kavramı, Dicey'in kullanmış olduğu anlamı ile, parlamentonun herhangi bir hukuki sınırla sınırlandırılmamış kanun yapma gücünü ifade edecek şekilde kullanılmaktadır. Belirtildiği üzere sistemde yürütme ve kural olarak yargı organlarının yasama organı olan parlamentoyu sınırlandıracak herhangi bir hukuki aracı yoktur.

<sup>66</sup> William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, A Strahan, 1809, aktaran: Parau, 'Core Principles', s. 1.

<sup>67</sup> Peter Leyland, *The Constitution of the United Kingdom*, Hart Publishing, 2007, s. 35; Parau, 'Core Principles', s. 1; Keskin, s. 56.

olan Kilise üzerindeki gücünü artırdığı<sup>68</sup>, ülke unsuru üzerinde geniş yetkileri bulunduğu<sup>69</sup>, kendi görev süresi üzerinde de kontrolü olduğu ve süresini uzattığı<sup>70</sup> çeşitli kanun örnekleri göze çarpmaktadır. 1688 Muhteşem (Şanlı) Devrim'in ardından Taç'ın gücünün sınırlanması ve yasama organı olarak Parlamento'nun üstünlüğünün anayasal belgeler nezdinde kabulü 1689 tarihli Haklar Bildirgesi'ne (*Bill of Rights*), parlamentonun en üstün güç oluşu ise 1701 Veraset Kanunu'na (*Act of Settlement*) götürülebilmektedir<sup>71</sup>. Özellikle bu kanunla Katolik olan bir kimsenin tahta çıkışının önlenmesi gayesi söz konusu olduğundan Parlamento'nun Taç'a karşı kazandığı güç açıktır<sup>72</sup>. İlkenin İngiliz Anayasası'nın en üstün prensibi olması ise İngiltere'nin iki Dünya Savaşı'nın ardından imparatorluktan demokratik bir devlete evrilme sürecini kapsayan geçtiğimiz yüzyıldır<sup>73</sup>.

Parlamento egemenliği ilkesinin en kısa açıklaması, Lolme tarafından dile getirilmiş meşhur bir cümle ile ortaya konabilir: "*İngiliz Parlamentosu, bir kadını erkek ve bir erkeği kadın yapmak dışında her şeyi yapabilir*"<sup>74</sup>. Söz konusu ilkenin kapsamını oldukça açık ve net biçimde ele alan Dicey de bu ilkeyi "*İngiliz Anayasası'na göre Parlamento herhangi bir kanunu yapma ya da yapmama hakkına sahiptir.*" şeklinde özetlemektedir<sup>75</sup>. Sistemde Parlamento en üstün hukuki otoritedir ve kanun yapabilir ya da kanunu ilga

<sup>68</sup> Bunlardan ilki, ruhban sınıfını kontrol altına alan 1533 Ruhban Sınıfının İtaat Kanunu (*Act of Submission of the Clergy*), diğeri ise monarkı Kilise'nin lideri olarak kabul eden 1534 Üstünlük Kanunu'dur (*Act of Supremacy*). Detaylı bilgi için bkz. Özbudun, s. 62; Keskin, s. 60.

<sup>69</sup> Parlamento 1800 İrlanda Birleşme Kanunları'na (Acts of Union) karşın İrlanda Parlamentosu'nu ortadan kaldırmıştır. 1922 Bağımsız İrlanda Devletinin Tanınması Kanunu (Irish Free State Agreement Act- 1922) ile de İrlanda'nın bağımsızlığını ve İngiltere'den ayrılmasını kabul etmiştir. Detaylı bilgi için bkz. Özbudun, s. 63; Keskin, s. 60.

<sup>70</sup> Parlamento üç yıl olan görev süresini 1716 Yedi Yıl Kanunu'yla (*Septennial Act*) yediye çıkarmıştır. Devamında, 1940'ta görev süresi dolacak olan Parlamento, Parlamento'nun Süresinin Uzatılması Kanunları (*Prolongation of Parliament Acts*) ile süresini 1945 yılına kadar uzatmıştır. Detaylı bilgi için bkz. Özbudun, s. 63; Keskin, s. 61.

<sup>71</sup> John Alder, *General Principles of Constitutional and Administrative Law*, Palgrave Macmillan, 2002, s. 125; Serkan Yolcu, *İngiltere'de Kuvvetler Ayrılığı ve Yargı Bağımsızlığı Alanındaki Gelişmeler*, Seçkin Yayınevi, 2011, s. 27; Keskin, s. 56.

<sup>72</sup> Keskin, s. 60.

<sup>73</sup> Anthony Lester, "Fundamental Rights in the United Kingdom: The Law and the British Constitution", *University of Pennsylvania Law Review*, 125 (1) 1976, s. 338; Barnett, s. 159.

<sup>74</sup> Lolme'ün sözünü aktaran: Albert Venn Dicey, *An introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Macmillan, 1915, s. 5.

<sup>75</sup> Dicey, s. 3.

edebilir. Ancak bu sistemdeki Parlamento kavramı, Parlamento'daki Taç/Monark (*Crown in Parliament*)'ı da içine alır. Dolayısıyla kanun yapımında da beraber çalışan Avam Kamarası, Lordlar Kamarası ve Taç, farklı bir ifade ile Westminster ve Buckingham Sarayları Parlamento içeriğini oluşturur<sup>76</sup>. Hiç kimse veya organın, kanunları ilga etme, geçersiz kılma, uygulamama yetkisi bulunmamaktadır<sup>77</sup>. Ayrıca bu kanunlar geleneksel olarak mahkemelerde dava edilemez. Dolayısıyla diğer devletlerde yazılı anayasalar üstün kabul edilirken İngiltere'de üstün olan kanundur<sup>78</sup>. Sistem, seçmenlerin toplu olarak hükümetlerden seçim zamanı hesap sormasını mümkün kılan hesap verilebilirlik fikrinden beslenmektedir<sup>79</sup>. Bu sistemde Parlamento, devlet içinde mutlak ve sınırsız yetkiye sahiptir<sup>80</sup>. İsteddiği konuda kanun yapabilen Westminster Parlamentosu'nun işlemleri yasamanın üstünlüğü ilkesi bağlamında hiçbir üst makam tarafından bozulamaz. Böyle bir anlayışta tehlikeli bir boyut da yok değildir. Parlamento'nun gerçekleştirdiği özgürlüğe müdahale teşkil edebilecek düzenlemeler de bu üstünlük fikrinden yararlanacak mıdır? Blackstone bu kendi içinde tehlike arz edebilecek soruya adeta cevap vermişçesine; “*Yasalar Parlamento tarafından ihtiyatlı bir şekilde çerçevesinde hiçbir şekilde yıkıcı olmaz, aksine özgürlüğün başlangıcıdır.*” demektedir<sup>81</sup>. Dolayısıyla burada esas önemli nokta, Parlamento'nun karşıladığı anlamdır. Buna göre Parlamento'nun esas işlevi, Avam Kamarası ve Lordlar Kamarası ile Kraliyet arasındaki ilişkide saklıdır. Bu ilişkinin yansıması ise anılan üç unsur tarafından ihtiyatlı bir ilişkinin sonucu çıkarılan kanundur<sup>82</sup>. İşte bu kanunun uygulanmasında ortaya parlamento egemenliğinin pozitif ve negatif yönü çıkmaktadır. Pozitif yönüne göre herhangi bir yeni, var olanı değiştiren ya da ilga eden kanun tüm uyumsuzluklarda uygulanır, tüm kişi ya da organlar bunları uygulamakla yükümlüdür. Parlamento egemenliğinin negatif yönü ise kural olarak hiçbir kişi ya da makam kanunları değiştiremez, ilga, ihmal veya iptal edemez<sup>83</sup>.

<sup>76</sup> Alder, s. 125; Keskin, s. 57.

<sup>77</sup> Lester, s. 338.

<sup>78</sup> Özbudun, ‘Parlamento Egemenliği’, s. 59.

<sup>79</sup> McConalogue, s. 1.

<sup>80</sup> Ridley, s. 105.

<sup>81</sup> William Blackstone, Commentaries on the Laws of England, A Strahan, 1809, aktaran: Parau, ‘Core Principles’, s. 3.

<sup>82</sup> Dicey, s. 3.

<sup>83</sup> Özbudun, s. 61- 62; Keskin, s. 59.

İngiliz anayasal sisteminin temeli olan bu ilkenin zaman içinde karşılaştığı değişimler ise her daim yaşayan olaylardan doğup gelişen bu sistemin dönüşümünü de göstermesi bakımından önemlidir. Bu bağlamda en temelde, Bogdanor'un dediği gibi, 1975 yılında AB'ye üyelik modern zamanların en büyük anayasal değişimini karşılamaktadır<sup>84</sup>. Özellikle bu çerçevede yukarıda belirtildiği üzere, 1972 yılındaki Avrupa Toplulukları Kanunu (*European Communities Act*) İngiliz anayasa hukukunun önemli bir kaynağı olarak AB hukukunu incelemekte ve hatta çatışma halinde Parlamento'yu AB hukukuna ve Avrupa Adalet Divanı'na tabi kılmaktadır<sup>85</sup>. Bu noktada önemle altı çizilmelidir ki parlamento egemenliği ilkesi bağlamında 1972 tarihli *Avrupa Toplulukları Kanunu*'nun Parlamento tarafından yürürlükten kaldırılması teoride her zaman mümkündür ve 26 Haziran 2018'de Taç'ın onayını alan Avrupa Birliği Çekilme Kanunu 2018 (*European Union Withdrawal Act*) ile Avrupa Toplulukları Kanunu ilga edilmiştir<sup>86</sup>.

### B. Hukukun Üstünlüğü İlkesi (*Rule of Law*)

Hukukun üstünlüğü, en kısa haliyle, devlet ile birey arasındaki ilişkinin hukuk tarafından yürütüldüğü ve bireyi devletin keyfi eylemlerinden koruyan bir teoridir<sup>87</sup>. Bu bağlamda hiç kimse hukukun üzerinde değildir ve herkes kanun önünde eşittir. İşte söz konusu bu ilke Dicey'e göre, parlamento egemenliği ilkesini dengeleyici görünümü ile önemli bir roledir<sup>88</sup>. Bu bakımdan hukukun üstünlüğü yalnızca kanunilik ilkesini değil, daha fazlasını karşılamaktadır. Böylece anılan ilke, Parlamento'nun sınırsız takdir yetkisi neticesinde dilediği kanunu yapabilmesini engellemektedir<sup>89</sup>.

İngiliz sisteminde hukukun üstünlüğü ilkesi kısa bir metinde detaylıca açıklanamaz. Barnett'e göre bu ilke, İngiliz anayasal sisteminde anlaşılması en zorlu ve sübjektif ilkelere dendir<sup>90</sup>. Ancak belli başlı temel noktalarına değinmek, İngiliz anayasal sisteminin kendine özgünlüğünü ortaya koymak bakımından önemlidir. Bu bakımdan ilke, bir felsefe ya da siyaset teorisi olarak hukukun

<sup>84</sup> Bogdanor, s. xi.

<sup>85</sup> Parau, ‘Core Principles’, s. 19.

<sup>86</sup> European Union (Withdrawal) Act 2018, <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2018/16/contents/enacted>>, Erişim Tarihi 12 Ağustos 2022.

<sup>87</sup> Dicey, s. 107.

<sup>88</sup> Ian Ward, *The English Constitution: Myths and Realities*, Hart Publishing, 2004, s. 29.

<sup>89</sup> Ridley, s. 112.

<sup>90</sup> Barnett, s. 69.



gerekliliklerini ortaya koymaktadır. İlaveten iktidar sahiplerinin hukuka uygun yönetimlerini sağlamak için usuli bir araçtır. Hukukun insan üzerindeki egemenliği olarak da özetlenebilecek prensip, toplumdaki rütbesi, statüsü ne olursa olsun herkesin hukuka tabi olmasını ifade etmektedir. Bu bakımdan vatandaş hem kanunun gerektirdiği davranışı uygulamak konusunda bir kurala zorlar hem de iktidar sahiplerinin kanunlara riayet etmesini şart koştuğu için korur<sup>91</sup>.

Hukukun üstünlüğü ilkesi üç unsuru işaret etmektedir. Bunlardan ilki, mutlak olarak hukukun üstünlüğüdür. Daha açık bir deyişle keyfilik, ayrıcalık ve hatta geniş takdir yetkisinin önlenmesidir. Söz gelimi, bir kişi yalnızca kanunu çiğnerse cezalandırılır. Bu bakımdan kanunsuz suç ve ceza mümkün değildir. Şöyle ki her şeyden önce devletin olağan mahkemeleri önünde olağan kanuni usulde belirlenmiş belirgin bir kanun ihlali dışında, hiç kimse cezalandırılmaz ya da olarak beden veya mal bakımından acı çektirilemez<sup>92</sup>. İkinci unsur ise kanun önünde eşitliktir. Buna göre İngiliz sisteminde kimse kanundan üstün değildir ve bu sebeple yalnız ve yalnızca hukuk üstündür. Başbakanın yetkili bir memura ya da sıradan bir vatandaşa kadar herkes gerçekleştirdiği eylemden aynı şekilde sorumludur. Dicey bu durumu, “*İngiliz anayasal sisteminde hukukun üstünlüğü prensibi dolayısıyla Fransa’daki anlayışla bir ‘İdare Hukuku’nun olamayacağı*” şeklinde açıklamaktadır. Ona göre yürütme ve kamu görevlilerinin hukuk yargılamasından muafiyetini sağlayan bir idare hukuku anlayışı İngiliz gelenek ve göreneklerine tamamen yabancıdır<sup>93</sup>. Üçüncü ve son unsur ise sistemin ve ilkenin diğer devletlerden farkını çok daha net bir biçimde ortaya koymaktadır. Buna göre hukuk devleti ilkesinin yürürlükte olduğu İngiltere dışındaki devletlerde anayasal ilkeler metin halindeki anayasalarda mevcut olduğundan, mahkemeler anayasayı uygulamaktadır. Oysa İngiltere’de anayasal ilkeleri ortaya koyan kurumların başında mahkemeler (*Common Law* olarak adlandırılan örf- adet& içtihat hukuku) gelmektedir<sup>94</sup>.

Hukukun üstünlüğü ilkesi bir yönüyle yetkilerin iktidar sahiplerine meşru biçimde verilmesini ortaya koyarken diğer yönüyle de verilen yetkilerin hukuka uygun kullanılmasını aramaktadır. Böylece İngiliz anayasal sisteminde

<sup>91</sup> Barnett, s. 69.

<sup>92</sup> Dicey, s. 110, 120.

<sup>93</sup> Dicey, s. 114, 121.

<sup>94</sup> Dicey, s. 115.

anılan ilke ile “hukuka göre (*according to law*)” denildiğinde yalnızca şekli bir kanunilik aranmamakta, buna ek olarak hem anayasallık hem de meşruiyet aranmaktadır<sup>95</sup>.

### C. Üniter Devlet

Birleşik Krallık, İngiltere, İskoçya, Galler ve Kuzey İrlanda’nın tek bir devlette birlikteliğidir<sup>96</sup>. 17. yüzyıldaki “Muhteşem (Şanlı) Devrim (*Glorious Revolution*)”den bugüne üniter devlet ilkesi İngiliz anayasal sisteminin temellerinden biridir<sup>97</sup>. Egemenliğin merkezde olduğu üniter devlet ilkesine göre siyasi güç merkezde toplanır ve devletin tüm bölümleri eşit biçimde ve tek bir merkezden yönetilir<sup>98</sup>. Dolayısıyla merkezi ve homojen bir devlet söz konusudur. Her ne kadar yerel yönetimler mevcut olsa da bunlar anayasal bağlamda güvence altına alınmamış ancak merkezi hükümetin oluşturmuş olduğu, finansal olarak merkeze bağlı olan kurumlardır<sup>99</sup>.

Zamanla söz konusu üniter ve merkezi yapıda bazı istisnalar ortaya çıkmıştır. Öncelikle Kuzey İrlanda’nın, İrlanda Cumhuriyeti’nden bağımsızlığını kazandığı 1921’den, Britanya egemenliğine girdiği 1972 yılına kadar olan, kendi parlamentosu ve hükümeti tarafından yönetildiği otonomi döneminden bahsedilebilir. Bunun dışında, İskoçya ve Galler’de 1997 ve İrlanda’nın her iki bölümünde 1998 yıllarında referandumlar yoluyla kendi özerk ve doğrudan seçilen parlamentolarının kurulması ile desantralizasyon (adem-i merkezîyet) gerçekleşmiştir<sup>100</sup>. 18 Eylül 2014’te ise, “İskoçya

<sup>95</sup> Barnett, s. 95.

<sup>96</sup> Turpin and Tomkins, s. 180.

<sup>97</sup> Parau, ‘Core Principles’, s. 5.

<sup>98</sup> Anayurt, s. 304- 305, Gözler, *Genel Teori*, s. 543.

<sup>99</sup> Arend Lijphart, *Patterns of Democracy Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries*, 2nd edn., Yale University Press, 2012, s. 16-17.

<sup>100</sup> 10 Nisan 1998’de Kuzey İrlanda Barış Anlaşması veya Hayırlı Cuma Anlaşması (Good Friday Agreement) olarak da anılan ve o güne dek yıllardır çatışmaya neden olan problemlerin ele alındığı ve Kuzey İrlanda’nın yönetimini düzenleyen Belfast Anlaşması hem İrlanda hem Kuzey İrlanda’da referandum neticesinde onaylandı. Bu anlaşma ile genel olarak yerel meselelerden sorumlu olacak Kuzey İrlanda Meclisi’nin kuruluşu, İrlanda ve Kuzey İrlanda hükümetleri arasında çeşitli konularda sınır ötesi işbirlikleri ve İngiliz ve İrlanda hükümetleri arasında sürekli istişare konularında üç temel prensip kabul edilmiştir. The Belfast Agreement: An Agreement Reached at the Multi-Party Talks on Northern Ireland, Nisan 1998, <[https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/1034123/The\\_Belfast\\_Agreement\\_An\\_Agreement\\_Reached\\_at\\_the\\_Multi-Party\\_Talks\\_on\\_Northern\\_Ireland.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/1034123/The_Belfast_Agreement_An_Agreement_Reached_at_the_Multi-Party_Talks_on_Northern_Ireland.pdf)>, Erişim Tarihi 17 Ocak 2023; Northern Ireland Peace Agreement, United Nations Peace Maker, Peace Agreements Database,

Bağımsızlık Referandumu” yapılmıştır. İskoçya, bu referandum sonucunda %55,3 ile Birleşik Krallık bünyesinde kalmayı tercih etmiştir<sup>101</sup>. Söz konusu durum, Birleşik Krallık merkezîyetçiliğinin İskoçya’da yok olmadığını göstermektedir. Öte yandan evet- hayır oylarının birbirlerine yakınlığı düşünüldüğünde sistemde İskoç Parlamentosu’na daha fazla özerk yetki verilmesi gerektiği ve böylece yeni bir sisteme evrilmenin de kaçınılmaz olduğu gözlemlenmektedir. Bu bakımdan Turpin ve Tomkins’in dile getirdiği üzere, Birleşik Krallık için ne üniter ne de federal bir karaktere sahip olan bir birlik anayasasından söz etmek daha gerçekçi olabilir<sup>102</sup>.

Bu bağlamda 24 Haziran 2016’da bazı yetkililer İskoçya’nın Birleşik Krallık’tan ayrılmasını oylamak için ikinci bir referandum yapılacağını duyurmuştur<sup>103</sup>. İskoç Hükümeti de anılan amaçla pandemi sonrası ikinci bir bağımsızlık referandumu için kanun tasarısı hazırlamış ve yeni Parlamento döneminin ilk yarısında tasarımı meclise sunmak istediklerini belirtmişlerdir. Anketlere bakıldığında da İskoçya’nın bağımsızlığına ilişkin durumun oldukça bıçak sırtı olduğu ve her iki yönde de karar çıkabileceği değerlendirildiği görülmektedir<sup>104</sup>. Dolayısıyla temelde oldukça farklı anlayışların geliştiği yapılanmada İngiliz anayasal sisteminin temel ilkelerinden sayılan üniter devlet ilkesinin de giderek yumuşadığı bir gelecek öngörüsü pek de gerçek dışı olmayacaktır<sup>105</sup>.

<<https://peacemaker.un.org/uk-ireland-good-friday98>>, Erişim Tarihi: 18 Ocak 2023; Jeff Fallenfeldt, “Good Friday Agreement”, *Britannica*, <<https://www.britannica.com/topic/Good-Friday-Agreement>>, Erişim Tarihi 18 Ocak 2023.

<sup>101</sup> ‘Scottish referendum: Scotland votes -No- to independence’, <<https://www.bbc.com/news/uk-scotland-29270441>>, Erişim Tarihi 9 Ağustos 2022.

<sup>102</sup> Turpin/Tomkins, s. 180.

<sup>103</sup> ‘Scotland seeks independence again after U.K. -Brexit- vote’, <<https://www.nbcnews.com/storyline/brexit-referendum/scotland-could-look-for-independence-again-after-u-k-brexit-vote-n598166>>, Erişim Tarihi 9 Ağustos 2022.

<sup>104</sup> ‘Scottish independence: Will there be a second referendum?’, <<https://www.bbc.com/news/uk-scotland-scotland-politics-50813510>>, Erişim Tarihi 10 Ağustos 2022.

<sup>105</sup> Bu noktada Brexit’e kısa bir biçimde değinerek Birleşik Krallık’ı oluşturan devletlerin oy oranlarını belirtmek destekleyici olabilir. Buna göre Birleşik Krallık ve AB’nin ilişkilerinin geleceğini belirleyen bu referandum ile %51.9 oranında AB’den ayrılma yönünde bir sonuç ortaya çıkmıştır. Buna karşın İskoçya’nın büyük çoğunluğu kalma yönünde oy kullanmıştır. Oylamanın dağılımına bakıldığında İngiltere ve Galler’de ayrılma yönündeki oyların oranı fazla iken, İskoçya ve Kuzey İrlanda’nın büyük çoğunluğu kalma yönünde oy kullanmıştır. Referandumdan sonra İskoçya Birinci Bakanı olan Nicola Sturgeon, İskoçya’nın geleceğini AB’den ayrı düşünmediğini ve oylama sonucunun İskoçya için güçlü ve kesin biçimde AB’de kalmak olarak yorumlanması gerektiğini dile getirmiştir. ‘Scotland seeks independence again

## V. İNGİLİZ SİSTEMİNDE ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİ: YAZISIZ BİR ANAYASADA ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİ NASIL OLUR?

Birleşik Krallık Hükümeti, 29 Mart 2017’de AB’den çekilmek amacıyla 2009 tarihli Avrupa Birliği Anlaşması’nın 50. maddesini yürürlüğe koymuştur. Öncesinde, Ekim 2016’da Başbakan Theresa May, Muhafazakâr Parti Konferansı’nda 23 Haziran 2016 tarihli referandum neticesinde İngiltere’nin AB’den ayrılması kararını yürürlüğe koymak için Hükümet’in “Büyük İlgâ Kanunu (*Great Repeal Bill*)”nı tasarı olarak Parlamento’ya sunulacağını açıklamıştı<sup>106</sup>. Yukarıda ifade edildiği üzere, Büyük İlgâ Kanunu ile 1972 tarihli Avrupa Toplulukları Kanunu ilga edilerek AB hukukunun İngiliz hukuku üzerindeki üstünlüğü ortadan kaldırılmıştır<sup>107</sup>. Bu durum, 26 Haziran 2018’de Taç’ın onayını alan “Avrupa Birliği (Çekilme) Kanunu 2018 (*European Union (Withdrawal Act)*)” ile gerçekleşmiş ve böylece 1972 tarihli kanun ilga edilmiş ve AB hukuku artık İngiliz anayasa hukuku kaynakları arasından çıkmıştır<sup>108</sup>.

Yazılı bir anayasanın var olduğu bir sistemde anılan durum bir anayasa değişikliğini gerektirmektedir. Oysa söz konusu İngiliz sistemi olduğunda durum farklı bir seyir arz etmektedir. Öncelikle yazılı bir anayasanın mevcut olduğu sistemde anayasa kural olarak parlamento dahil herkesi sınırlandırmaktadır. İngiltere de ise şekli anayasa yokluğundan kanunlar anayasanın sınırlanmasına tabi değildir<sup>109</sup>. Bu durumun bir yansıması olarak İngiliz anayasal sisteminin temel ilkelerinden biri olan parlamento egemenliği, anayasa değişikliklerinin de ne şekilde olacağını belirlemektedir. Buna göre İngiliz Anayasası’nı değiştirmek kolaydır denilebilir. Çünkü bu ilke sebebiyle kanun ile istenen anayasa değişikliği gerçekleştirilebilmektedir. Söz gelimi İngiltere’nin AB’den ayrılması da tekrar AB’ye dahil olması da bütünüyle Parlamento’nun elinde ve kolaylıkla olabilmektedir. Bir başka örnek olarak İskoçya ve Birleşik Krallık arasındaki anayasal ilişki, 1998 yılında yürürlüğe

after U.K. -Brexit- vote’, <<https://www.nbcnews.com/storyline/brexit-referendum/scotland-could-look-for-independence-again-after-u-k-brexit-vote-n598166>>, Erişim Tarihi 9 Ağustos 2022; Robert Hazell and Alan Renwick, “Brexit: Its Consequences for Devolution and the Union”, *UCL Constitution Unit Briefing Paper*, The Constitution Unit, 19 Mayıs 2016, s. 4.

<sup>106</sup> Caird, s. 11.

<sup>107</sup> Caird, s. 4.

<sup>108</sup> European Union (Withdrawal) Act 2018, <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2018/16/contents/enacted>>, Erişim Tarihi 12 Ağustos 2022.

<sup>109</sup> Turpin/Tomkins, s. 60; Jutta Limbach, “The Concept of the Supremacy of the Constitution”, *Modern Law Review*, 64/1, 2001, s. 1.

giren “İskoçya Kanunu (*Scotland Act*)” ile yeniden düzenlenebilmiştir<sup>110</sup>.

“*Parlamento, doğal olarak imkânsız olmayan her şeyi yapabilir*”<sup>111</sup>. Bunun anlamı, yazılı bir anayasanın olmadığı sistemde anayasanın basit bir kanun ile değiştirilebileceğidir. Parlamento egemenliği ilkesi, Parlamento’nun yasamanın üstünlüğü çerçevesinde herhangi bir konuda kanun çıkarmasını sağlamakta ve böylece mevcut olan kanunların ilga edilmesine imkân tanımaktadır. Bu bakımdan “onay” veya “değişiklik/ revizyon” yolları ile anayasa değişikliği yapma yetkisi Parlamento’dadır. Siyaseten ve hukuken egemen olan Parlamento, yasama meclisi olmasının yanı sıra kurucu meclistir<sup>112</sup>. Aslında hem yazısız bir anayasanın varlığı hem de Parlamento’ya bu kadar büyük anlam yüklenmesinin temelinde, 13. yüzyıldan günümüze İngilizler için siyasi birlik duygusunun ve ulusal kimliklerinin oluştuğu yerin Parlamento olması yatmaktadır<sup>113</sup>. Bu noktada yeniden belirtilmelidir ki Parlamento’nun özünde karşıladığı anlam, Avam Kamarası, Lordlar Kamarası ve Kraliyet arasındaki ilişkidir. Dolayısıyla bu dağılımda özellikle Kraliyet’in kendisini gündelik siyasetten kopararak ulusal birliğin sembolü olabilmesi de bu amaca hizmet etmektedir<sup>114</sup>.

Bu bağlamda yazısız ve teamüli nitelikte bir kuralın geleneksel olarak değiştirilmesine de değinilmelidir. Örf ve âdet niteliğinde bir anayasal teamül sürekli aynı yönde uygulama ve bunun hukuki bir zorunluluktan kaynaklandığına dair bir inancı barındırır<sup>115</sup>. Dolayısıyla oluşmaları pek kolay değildir. Söz gelimi parlamenter sistemlerde güvensizlik oyu almış bir başbakanın istifası Birleşik Krallık’ta ortaya çıkmış bir anayasal teamül, bir konvansiyondur<sup>116</sup>. Bir anayasal teamülün bir kanun ile değiştirilmesi parlamento egemenliği çerçevesinde yukarıda anlatıldığı biçimde mümkündür. Fakat anayasal bir teamülün bir kanun ile değil de geleneksel biçimde değiştirilmesi istendiğinde durum ne olacaktır? Bu ihtimal de tıpkı oluşumlarındaki gibi, sürekli aynı

<sup>110</sup> Jeremy Taylor, “Comparing the US and the UK Constitutions”, *Politics Review*, 27(1) 2017, s. 1.

<sup>111</sup> William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, A Strahan, 1809, aktaran: Ward, s. 78.

<sup>112</sup> Parau, ‘Core Principles’, s. 3.

<sup>113</sup> Martin Loughlin, *The British Constitution: A Very Short Introduction*, Oxford University Press, 2013, s. 43.

<sup>114</sup> Parau, ‘Core Principles’, s. 4.

<sup>115</sup> Gözler, Genel Teori, s. 131- 132.

<sup>116</sup> Jacqy Sharpe, *Parliamentary Conventions, The Constitution Society Report*, 2020, s. 8.

yönde bir uygulama ve bu uygulamanın bir zorunluluktan kaynaklandığına dair bir inancın yerleşmiş olması halinde mümkün olabilecektir.

Yazılı bir anayasanın olmadığı sistemde anayasanın basit bir kanun ile değiştirilebilmesi hali, acil bir tehdit halinde sistemi uzun prosedürlere boğmadan hızlı aksiyon alabilir bir hale getirmektedir. Böylelikle anayasa her daim zamanı takip ederek arkaik kalmaz. Örneğin, 1997 yılında İşçi Partisi İngiltere’nin anayasal çerçevesini modernleştirme vaadiyle seçilmiş ve derhal Lordlar Kamarası ve yetki devri reformlarını gerçekleştirmiştir<sup>117</sup>. Ancak anayasal değerde olan bir kanun ile sıradan bir kanun arasında bir ayrım da olmadığından anayasa değişiklikleri de basit çoğunlukla gerçekleştirilmekte ve böylelikle temel hak ve özgürlükleri ya da sistemin dayandığı temel ilkeleri zedeleyen değişikliklere de açık kapı bırakabilmektedir<sup>118</sup>. Uygulamada ise İngiliz anayasal birikimi ve sistemde anayasal teamüllerin etkisi ile Blackstone genellikle haklı görünmektedir<sup>119</sup>.

## VI. 21. YÜZYIL VE İNGİLİZ ANAYASAL SİSTEMİ

İngiliz anayasal sistemi en başından bugüne tarihsel olayların neticesinde anayasal alt yapıyı oluşturarak devam edegelmiştir. 20. yüzyılda da iki dünya savaşı, imparatorluğun kan kaybederek dağılması gibi çetin meseleleri aşabilmiş, hatta Kraliyet’in halkın zihnindeki karşılığını tazelemeyi başarabilmiş ve bu sebeple yeni koşullara uyumunu sağlamıştır<sup>120</sup>.

Bunu gerçekleştirirken toplumsal ve siyasi pek çok değişim yaşanmış ve neticesinde anayasal düzlemde sorunlar ortaya çıkmıştır. Ancak uzlaşma eksikliği sebebiyle de bir anayasal reform gerçekleştirilmemiştir. Yirminci yüzyılın sonlarına doğru ise özellikle Sanayi Devrimi sonrası ülkenin dönüşmüş olduğu çok ırklı, çok kültürlü ve çok partili toplumsal yapısına ilişkin sorunları giderek artarken bu kapsamda bir çözüm arayışının dikkat çekici sonuçlarından biri olarak *Charter 88*<sup>121</sup> isimli ve anayasa değişikliğini

<sup>117</sup> Taylor, s. 2.

<sup>118</sup> Parau, ‘Core Principles’, s. 4.

<sup>119</sup> Blackstone’un dn. 71’de anılan sözü. William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, A Strahan, 1809, aktaran: Parau, ‘Core Principles’, s. 3.

<sup>120</sup> Sionaidh Douglas-Scott, “Brexit, Article 50 and the Contested British Constitution”, *The Modern Law Review*, 79, 2016, s. 1040.

<sup>121</sup> İlk olarak 30 Kasım 1988’de 200’den fazla siyasi, edebi ve akademik entellektüel kimliklerin desteğini alan Charter 88, merkezin solunda yer alan New Statesmen and Society dergisi tarafından halkın karşısına çıkarılmıştır. Orijinal Şart, nisbi temsil, haklar bildirgesi, bölgesel

amaçlayan kampanya hareketi kurulmuştur. Bu hareket özellikle üçüncü dönemi için seçilen Thatcher Hükümeti'nin otoriterliğe kaydığı fikrinden hareketle İngiliz anayasal monarşisini yeniden düzenlemek ve cumhuriyet rejimini getirmek için sert bir kampanya yürütmüştür<sup>122</sup>. 1990'larla birlikte Yeni İşçi Partisi'nin yükselişi, yazılı anayasa taraftarları için önemli bir dönemeçtir. Yaklaşık on yıldır iktidardan uzak olan İşçi Partisi, Charter 88'in yazılı anayasaya ilişkin fikirlerini esas alarak yeni bir anayasa değişikliğinden söz eder olmuştur<sup>123</sup>. Bu sebeple Charter 88 doktrinde anayasal hareketin hem bir sonucu hem de katalizörü olarak adlandırılmaktadır<sup>124</sup>. Ardından 1997 yılında Blair Hükümeti Charter 88 'in bazı yerel reformlarını uygularken bir "Anayasal Reform Projesi" başlatmıştır<sup>125</sup>. Bu proje ile anayasa tartışmaları hızlanmış ve İngiliz Anayasası için hangi konularda reforma gerek olduğu ve hangi kısımların güçlendirilmesi, korunması gerektiği tartışılır olmuştur<sup>126</sup>.

İngiliz anayasal sistemi, özellikle 1998 yılından bugüne belli başlı dönüşümler yaşamaktadır. Bunlardan ilki Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin iç hukuka dahil edilmesi amacıyla 1998 yılında yapılan İnsan Hakları Kanunu (*Human Rights Act*) olmuştur. Devamında 1999 yılında Birleşik Krallık'ın kurucu devletlerinden Galler, Kuzey İrlanda ve İskoçya'da yasama yetkilerinin devredildiği yasama organlarının kurulması, 2000 yılında Lordlar Kamarası reformu ve 2009'da Yüksek Mahkeme'nin sisteme dahil edilişi anayasal sistemi derinden etkilemiştir. Bunlar arasında mutlaka sayılması gereken değişikliklerden biri de 2005 tarihli Anayasal Reform Kanunu (*Constitutional Reform Act*)'dir<sup>127</sup>. Söz konusu kanun 2004 yılında Parlamento'ya sunulmuş

devlet ve yazılı anayasa gibi belirli reformlar içeren on talebin olduğu bir anayasal ilke ve anlayış bildirisi olarak adlandırılmıştır. Metin, klasik Westminster demokrasisini de aşan ve daha kurumsal bir fren ve denge mekanizmasını içeren çoğulcu bir sistem öngörmektedir. David Erdos, David Erdos, "Charter 88 and the Constitutional Reform Movement: a Retrospective", *Parliamentary Affairs*, 62 (4), 2009, s. 538.

<sup>122</sup> Erdos, s. 538.

<sup>123</sup> Cristina E. Parau, "The Politics of a Written Constitution for Britain", *Politics in Spire*, 12 Şubat 2015, <<http://politicsinspires.org/politics-written-constitution-britain/>>, Erişim Tarihi: 15 Ağustos 2022.

<sup>124</sup> Erdos, s. 538.

<sup>125</sup> David Erdos, "Charter 88 and the Constitutional Reform Movement: a Retrospective", *Parliamentary Affairs*, 62 (4), 2009, s. 542.

<sup>126</sup> Turpin/Tomkins, s. 6.

<sup>127</sup> Kanunun tam adı: "An Act to make provision for modifying the office of Lord Chancellor, and to make provision relating to the functions of that office; to establish a Supreme Court of the United Kingdom, and to abolish the appellate jurisdiction of the House of Lords; to

ve 24 Mart 2005 tarihinde kanunlaşmıştır. Bu kanunun dikkat çekici ve istisnai özelliklerinden biri, başlığında doğrudan anayasayı ıslah etmenin ana amaçlardan biri olduğunun yazmasıdır<sup>128</sup>. Metinle birlikte Birleşik Krallık yargı organlarında ve geleneksel hukuk sisteminde büyük bir değişim yaşanmıştır. En yüksek temyiz mahkemesi olarak Yüksek Mahkeme kurulmuş, *Lord Chancellor*'un yargıya ilişkin birçok yetkisi ortadan kaldırılmış, yargıçların atanması gayesiyle bağımsız bir Yargısal Atamalar Komisyonu oluşturulmuş, yargı bağımsızlığı ilkesi de pozitif hukukta yerini almıştır<sup>129</sup>. Dolayısıyla yargının bu güçlenişi ile birlikte kuvvetler ayrılığı ilkesi bakımından Kara Avrupası anlayışına doğru bir yönelim gerçekleşmiştir. Tüm bu gelişmeler, yazısız ve maddi anayasa anlayışına sahip İngiliz sisteminde geleneklerden ayrılıp pozitif hukukta karşılığı olan modern demokrasi ilkelerini uygulamaya geçirmiştir<sup>130</sup>.

2014'te yapılan İskoçya bağımsızlık ve 2016'daki *Brexit*<sup>131</sup> referandumları ile de anayasal sistemde daha az merkezi bir sistem ile yazılı bir anayasanın gerekliliğine ilişkin reform sesleri yükselmeye başlamıştır.

*make provision about the jurisdiction of the Judicial Committee of the Privy Council and the judicial functions of the President of the Council; to make other provision about the judiciary, their appointment and discipline; and for connected purposes" (Lord Chancellor makamını ıslah etmek ve bu makamın fonksiyonlarına ilişkin hükümler getiren; Lordlar Kamarasının temyiz yargılaması yetkisini kaldırarak ve bir Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi kuran; Judicial Committee of the Privy Council'in yargı yetkisi ve Privy Council başkanının yargısal fonksiyonları hakkında hüküm getiren; yargı organına atamalar, disiplin işleri ve ilgili diğer konularda hükümler koyan kanun). Yolcu, s. 50; Constitutional Reform Act 2005, <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2005/4/contents>>, Erişim Tarihi 15 Ocak 2023.*

<sup>128</sup> Erin F. Delaney, "Judiciary Rising: Constitutional Change in the United Kingdom", *Northwestern University Law Review*, 108/ 2, 2014, s. 571; Yolcu, s. 49- 50.

<sup>129</sup> Diana Woodhouse, "United Kingdom The Constitutional Reform Act 2005- Defending Judicial Independence the English Way", *International Journal of Constitutional Law*, 5/1, 2007, s. 154- 156, 165.

<sup>130</sup> Yolcu, 157- 160; Delaney; 570- 571.

<sup>131</sup> Yasal dayanağı 2015 tarihli AB Referandum Kanunu'nun (*European Union Referandum Act*) ilk maddesi olan Brexit referandumunu yasama öncesi ve temelde istişari nitelikte olan bir oylamadır. 23 Haziran 2016 tarihinde gerçekleşen *Brexit* referandumunda Birleşik Krallık, %51.9 oranında AB'den ayrılma yönünde karar vermiş ve 26 Haziran 2018'de Taç'ın onayını alan Avrupa Birliği Çekilme Kanunu ile 1972 tarihli Avrupa Toplulukları Kanunu ilga edilmiştir. European Union Referandum Act, <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/36/introduction/enacted>>, Erişim Tarihi 19 Ocak 2023; Douglas-Scott, s. 1020; Jack Simson Caird, 'Legislating for Brexit: the Great Repeal Bill', *House of Commons Briefing Paper*, No: 7793, 2 Mayıs 2017, s. 11; European Union (Withdrawal) Act 2018, <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2018/16/contents/enacted>>, Erişim Tarihi 18 Ocak 2023.

Bu noktada Brexit'in parlamento egemenliği ilkesine etkisi konusunda farklı görüşler mevcuttur. Bir yandan özellikle AB üyeliği neticesinde klasik görünümünden uzaklaşan parlamento egemenliği ilkesinin Brexit neticesinde Parlamento'nun nihai karar alma gücünü yeniden kazanmasına yardımcı olacağı ifade edilirken<sup>132</sup> diğer taraftan temsili hükümet ilişkisine dayanan parlamento egemenliğinin halkın karar verici olduğu referandum ile güçlendirilmesinin pek gerçekçi olmadığı da belirtilmektedir<sup>133</sup>. Daha keskin bir tespit ile Bogdanor, Parlamento'nun artık AB tarafından değil, halk tarafından sınırlanabileceğini, bu sebeple siyasetçilerin halkı görmezden gelemeceklerini ve bu nedenle halkın Avam ve Lordlar Kamaraları ile birlikte Parlamento'nun üçüncü kanadını oluşturacağını dile getirmektedir<sup>134</sup>. Bu çerçevede kanaatimizce halkın kararını ortaya koyan bir yarı doğrudan demokrasi aracı olarak Brexit referandumunu ile temsili demokrasinin kalesi parlamento egemenliğinin güçlendirilmeye çalışılmasının anlamlı olmadığını düşünsek de sonrasında yaşanan gelişmeler ilkenin güçlenmesine önemli katkılar sağlamaktadır. Öncelikle parlamento egemenliğini oldukça sınırlayan AB hukukunun üstünlüğü ortadan kalkmıştır. İlaveten Yüksek Mahkeme'nin 2017'deki *Miller I*<sup>135</sup> kararında, İngiliz Hükümeti'nin kanun olmadan AB Konseyi'ne bildirimde bulunarak AB'den ayrılma işlemlerini başlatamayacağı tespiti ile Parlamento'nun AB üyeliği konusunda nihai karar verme yetkisini onaylaması ve 2019'daki *Miller II*<sup>136</sup> kararında da Parlamento'nun makul gerekçe sunulmadığı ve hukuka aykırı olması nedeniyle hiç prorogasyona uğramadığından ve makul bir gerekçe olmadan Parlamento'nun anayasal

<sup>132</sup> McConalogue, s. 233; aynı yönde Keskin, s. 86.

<sup>133</sup> Douglas-Scott, s. 1024.

<sup>134</sup> Vernon Bogdanor, "The EU Referendum shows how the sovereignty of Britain's people can now trump its Parliament", The Telegraph, 26 Haziran 2016, <<https://www.telegraph.co.uk/news/2016/06/26/the-eu-referendum-shows-how-the-sovereignty-of-britains-people-c/>>, Erişim Tarihi 17 Ocak 2023.

<sup>135</sup> *R (Miller) v Secretary of State for Exiting the European Union*, 24 Ocak 2017, <<https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2016-0196-judgment.pdf>>, Erişim Tarihi 12 Ağustos 2022.

<sup>136</sup> *R (Miller) v The Prime Minister Cherry and others v Advocate General for Scotland*, 24 Eylül 2019, <<https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2019-0192-judgment.pdf>>, Erişim Tarihi: 11 Ocak 2023. Karar özellikle prorogasyon yetkisinin hukukiliğinin denetiminde makul gerekçe testini ortaya koyması ve anayasal ilkelerin prorogasyon yetkisine sınır oluşturduğu kabulüyle yargısal denetimin mümkün kılınması bakımından oldukça ses getirci olmuştur. Harun Muratoğulları, "Birleşik Krallık Anayasası'nda Yürütmenin Prorogasyon İmtiyazı ve Yüksek Mahkeme'nin 24 Eylül 2019 Tarihli Cherry/ Miller Kararı", *Anayasa Yargısı*, 36/2, 2019, s. 341- 342.

işlevlerini yerine getirmesini engellediğinden bahisle geri çağırılmasına gerek olmadan Avam ve Lordlar Kamaraları'nın başkanlarının Kamaraları derhal toplantıya çağırıp ileriye yönelik sürecin belirlenmesi için gerekli işlemleri yapabileceğini belirtmesi de parlamento egemenliği ilkesini desteklemektedir<sup>137</sup>. Ayrıca *Miller II* kararında açıkça referandum sonucunun hukuki olarak bağlayıcı olmadığını da belirten Yüksek Mahkeme, parlamento egemenliği ilkesini ortaya koyarken bu ilkenin yalnızca kanunların hukuk sistemindeki en üstün norm olmalarını değil Parlamento'nun istediği zaman boyunca yasama yetkisini kullanabileceğini de ortaya koymaktadır<sup>138</sup>. Böylece İngiliz anayasal sisteminin temel ilkelerinden olan parlamento egemenliği, 21. yüzyılda daha kapsamlı bir görüntü çizmektedir.

Keyfi iktidarın sınırlandırılması temelli anayasacılık hareketleri siyasi düşünce tarihi kadar geriye götürülebilse de özel olarak İngiliz sisteminde Magna Carta'dan 18. yüzyıla dek olan süreçte anayasal sistemin esas meselesi monarkın gücünü sınırlamaktı<sup>139</sup>. 19. yüzyıl ise katılımı artırıp daha demokratik bir düzene erişmeyi anayasal sistemin odağına yerleştirdi. 20. ve 21. yüzyıllarla birlikte ise İngiliz anayasal sisteminin esas meselesi, sistemin belki de en temel ilkesi olarak adlandırılacak parlamento egemenliği ilkesinin sınırlandırılması olagelmektedir<sup>140</sup>. Bu bağlamda da sistemin esnekliğini sağlayan yazısızlık yerine yazılı bir anayasa fikri giderek daha fazla sayıda taraftar toplamaktadır. Bogdanor, özellikle 1997 ve devamındaki pek çok anayasal reformu yazılı bir anayasayı gerektiren yeni bir başlangıç olarak nitelemektedir<sup>141</sup>. Özellikle Brexit sonrası insan hakları koruması bakımından ortada önemli bir boşluğun doğduğunu ve bu boşluğun yargıçlar tarafından doldurulabileceğini belirtmektedir. Ancak bu durumun kimi

<sup>137</sup> McConalogue, s. 235; Mark Elliot, "Controversial Constitutional Cases: Miller II", *The Constitutional Law Matters Project*, Centre for Public Law, University of Cambridge, 27 Ocak 2022, <<https://constitutionallawmatters.org/2022/01/controversial-constitutional-cases-miller-ii/>>, Erişim Tarihi 17 Ocak 2023.

<sup>138</sup> Muratoğulları, s. 342; Mark Elliot, "Constitutional Adjudication and Constitutional Politics in the United Kingdom: The Miller II Case in Legal and Political Context", *European Constitutional Law Review*, 16/4, 2020, s. 630; Mark Elliot, "Controversial Constitutional Cases: Miller II", *The Constitutional Law Matters Project*, Centre for Public Law, University of Cambridge, 27 Ocak 2022, <<https://constitutionallawmatters.org/2022/01/controversial-constitutional-cases-miller-ii/>>, Erişim Tarihi 17 Ocak 2023.

<sup>139</sup> Ergun Özbudun, *Anayasacılık ve Demokrasi*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2017, s. 13.

<sup>140</sup> Parau, 'Core Principles', s. 3.

<sup>141</sup> Bogdanor, s. 216.

zaman Parlamento ve yargıçlar arasında da anlaşmazlık yaratabilme tehlikesi mevcuttur. Dolayısıyla Brexit insan haklarının yargısal koruması için de yazılı bir anayasanın savunulduğu anayasal bir hareketi yaratacağı da söylenebilir<sup>142</sup>. Bogdanor'a göre golf ya da kriket kulübüne katılan birinin kulübe ilişkin kuralları sorması neticesinde kendisine kuralların belli bir yerde bir arada olmadığı ve hatta bir kısmının da yazılı olmadığı söylenmesi ne kadar tuhaf olacaksa, Britanya'nın hala yazılı bir anayasasının bulunmuyor oluşunu da bu denli tuhaftır<sup>143</sup>. Bu çerçevede Dicey de İngiliz bir anayasacının, Fransa, Amerika Birleşik Devletleri gibi tüm vatandaşlar ve hatta okuma yazma bilen herkes tarafından erişilebilir yazılı bir anayasaya sahip herhangi bir devletin anayasa hukuku profesörlerini kıskanması için sağlam bir sebebi bulunduğunu dile getirmektedir<sup>144</sup>.

## VII. YAZILI BİR ANAYASA İHTİMALİ

İngiliz sisteminin tarihsel sürecinde yazılı anayasa fikri önceleri 1970'lerde taraftar toplasa da<sup>145</sup> 1990'larla birlikte yenilenen argümanlarla ve daha yüksek sesle ortaya konulmaya başlanmıştır. Bu bağlamda özellikle güçler ayrılığı, yürütmenin yasamayı kontrol gücünün azaltılması, Birleşik Krallık kapsamındaki devlet ve bölgeler arası ilişkilerin daha belirli hale gelmesi ya da muhtemel bir federal plan yapılması gibi temel ve en yüksek değerdeki anayasal ilkelerin yazılı bir metinde toplanması gereği, bu ilkelere özel bir statü ve otorite atfedilmesi bakımından savunulmaktadır<sup>146</sup>. Özellikle bazı konvansiyonlardaki belirsiz ve muğlak ifadelerin netleştirilmesi imkânı da bu bağlamda dile getirilmektedir<sup>147</sup>. Öte yandan yazılı bir anayasanın değiştirilmesinin çok daha güç oluşunun siyasi anayasa<sup>148</sup> anlayışına sahip

<sup>142</sup> Vernon Bogdanor, "Brexit and Our Unprotected Constitution", *The Constitution Society Report*, The Constitution Society, 2018, s. 37- 40.

<sup>143</sup> Bogdanor, s. 216.

<sup>144</sup> Dicey, s. cxxvii.

<sup>145</sup> Parau, "The Politics of a Written Constitution for Britain", Erişim Tarihi: 15 Ağustos 2022.

<sup>146</sup> Turpin and Tomkins, s. 30.

<sup>147</sup> Turpin and Tomkins, s. 30.

<sup>148</sup> "Siyasi Anayasa" ifadesi, Turpin ve Tomkins tarafından anlaşmazlıkların ve değişimlerin politik süreçler neticesinde gerçekleştiği bir anayasal sistemi karşılamak amacıyla kullanılmaktadır. Aynı yazarlara göre İngiltere'nin 1970'lerden beri geçirdiği anayasal değişimler "Siyasi Anayasa" kavramından "Hukuk Temelli Anayasa" veya "İçtihat Temelli Anayasa"ya yönelimi karşılamaktadır. Turpin and Tomkins, s. 31. Murkens de Birleşik Krallık'ın siyasi anayasa modelini kabulünü parlamento egemenliği ilkesi bağlamında üstünlüğün kanunlara verilmiş olmasının bir nedeni olarak değerlendirmektedir. Jo Erik

İngiliz anayasal sistemine uygun düşmeyeceği ve bunun sistemde adeta bir fren vazifesi göreceğini de savunan görüşler de mevcuttur<sup>149</sup>.

1998 yılında Birleşik Krallık'ı oluşturan İskoçya, Galler ve Kuzey İrlanda parlamentolarına yetki devri olarak adlandırılan<sup>150</sup> *devolution*<sup>151</sup> süreci sonunda merkezileşmeden uzaklaşılması sebebiyle doktrinde devletin artık yarı-federal olarak adlandırılabilceği de dile getirilmektedir<sup>152</sup>. Bu çerçevede başlangıçta sistemin daha az merkezi olmasına ilişkin gerçekleşen tartışmalar ve devamında AB'den kopuş sürecini başlatan *Brexit* ile yazısız olan anayasal sistemi yazılı hale getirme çabaları daha ciddi şekilde görünür hale gelmektedir. Özellikle 1997 yılından günümüze devletin bünyesinde gerçekleşen bahis konusu anayasal reformların bu bakımdan yazılı bir anayasayı gerektiren bir yeni başlangıç olarak değerlendirilmesi gerektiği de savunulmaktadır<sup>153</sup>. Bu minvalde 2010-2015 yılları arasındaki Parlamento'da yazılı bir anayasanın gerekliliği Avam Kamarası'nda Siyasi ve Anayasal Reform Komitesi tarafından hazırlanan bir araştırmaya konu olmuştur. Anılan araştırma neticesi hazırlanan anayasa taslağında yer alan önsöze göre, bugüne dek gerçekleştirilmemiş bir kamuoyu istişaresi neticesinde büyük çoğunluk yazılı bir anayasadan yana görüş belirtmiştir<sup>154</sup>.

Belirtildiği üzere doktrinde, yazılı anayasanın sistem için olumlu bir adım olacağı yönünde görüşler mevcuttur. İlk olarak, tıpkı anayasası ile çok etnikli bir toplum olan Amerika Birleşik Devletleri'nde yaratılan "Amerikanlık" kavramı gibi çok kültürlü ve merkezileşmeden giderek uzaklaşan ve hatta belki

Khushal Murkens, "Democracy as the Legitimizing Condition in the UK Constitution", *LSE Legal Studies Working Papers*, No: 8, 2017, s. 8.

<sup>149</sup> Lord Nolan and Sir Sedley, *The Making & Remaking of the British Constitution*, Blackstone Press, 1997, s. 88; aktaran: Turpin and Tomkins, s. 30.

<sup>150</sup> Önder Sav, "İngiliz Anayasa Reformu", *Ankara Barosu Dergisi*, 67 (4), 2009, s. 138, ss. 135- 145; Serkan Çınarlı, "İskoçya Yerinden Yönetim Deneyimine Genel Bir Bakış", *Ege Akademik Bakış*, 11 (2), 2011, s. 300, ss. 299- 307; Serkan Yolcu, *İngiltere'de Kuvvetler Ayrılığı ve Yargı Bağımsızlığı Alanındaki Gelişmeler*, Seçkin Yayınevi, 2011, s. 2.

<sup>151</sup> David Torrance, "Introduction to devolution in the UK", *House of Commons Research Briefing*, 14 Nisan 2020, <<https://commonslibrary.parliament.uk/research-briefings/cbp-8599/>>, Erişim Tarihi 10 Ağustos 2022.

<sup>152</sup> Bogdanor, s. 215.

<sup>153</sup> Bogdanor, s. 215.

<sup>154</sup> House of Commons, Political and Constitutional Reform Committee, *The UK Constitution-A summary with options for reform*, Mart 2015, <<https://www.parliament.uk/globalassets/documents/commons-committees/political-and-constitutional-reform/The-UK-Constitution.pdf>>, Erişim Tarihi 9 Eylül 2022, s. 2.

de yarı-federal olarak değerlendirilebilecek Birleşik Krallık'ta "Britanyalılık (*Britishness*)" kavramını güçlendirmeye faydalı olacağı düşünülmektedir. Böylece yazılı bir anayasa 21. yüzyılda "Britanyalı olmak nedir?" sorusunun cevabını da ortaya koyabilecektir<sup>155</sup>.

Yazılı bir anayasa, her ne kadar yazısız ve nev-i şahsına münhasır sistemi ortadan kaldıracaksa da İngiliz demokrasisini herkes için erişilebilir ve anlaşılabilir kılarak yöneten ve yönetilenleri birbirine yaklaştırabileceği gerekçesiyle desteklenmektedir. Bu sebeple yazılı anayasa, tabiidir ki demokratik bir hukuk devletinde olması gereken hukuki belirlilik ilkesi ve dolayısıyla hukukun üstünlüğüne de katkı sunacaktır. Böylece İngiliz sisteminde kimi zaman anılan ilkenin tam olarak sağlanamadığı eleştirisi açısından da olumlu bir adım atılmış olacaktır. İlâveten devletin temel organları olan yasama, yürütme ve yargının durumunun netleştirilmesi ile, tıpkı 2005 Anayasal Reform Kanunu'nda parlamento egemenliği ve yargı ilişkisinde olduğu üzere, kuvvetler ayrılığının daha sağlıklı işlemesine yardımcı olabileceği düşünülmektedir. Elbette böylesi kökten bir değişiklik, yüzyıllardır gelenekler, çoklu metinler ve içtihatların hâkim olduğu sistemde ilk planda uygulama güçlüğü doğurabilecektir. Fakat Birleşik Krallık'ı oluşturan devletlerin yazılı bir anayasanın olmadığı sistemde anayasanın basit bir kanun ile değiştirilebileceği, bir çok meselede farklı anlayışları (Brexit gibi.), yetki devirleri, Britanyalı olmak ülküsünün oluşturulması gibi meseleler düşünüldüğünde yazılı bir anayasayı desteklemek makul görünmektedir. Açık ki anayasanın toplumsal mutabakat metni olma özelliği sebebiyle bu durum yerleşik bir fikir birliği mevcudiyetinde gerçekleşmelidir<sup>156</sup>. Bu sistem değişikliğinde yazılı bir anayasanın hazırlanmasına ise yalnızca hukukçular ve parlamenterler değil, herkes ve özellikle gençler dahil edilmelidir<sup>157</sup>.

## SONUÇ

Anayasa hukuku doktrininde temel ayrımlardan biri yazılı-yazısız anayasa ayrımıdır. Yazısız anayasanın en bilinen örneği olarak da İngiliz Anayasası ele alınmaktadır. İngiliz anayasal sisteminin özgünlüğünün anahtarlarından biri olarak değerlendirilebilecek bu kavram esasında kapsamı

itibarıyla bir bilinmezliği karşılamaz. Aksine, anlayabilmek için bir miktar yakından bakmayı gerektirir. İçerisinde kısmen yazılı ancak tamamen kodifiye edilmemiş teamüli bir düzeni barındıran yazısız anayasa, bu haliyle yaşayan bir anayasayı karşılamaktadır. Anayasa değişikliklerinin dahi özünde yumuşak biçimde bir kanun ile yapılabildiği yaşayan bu sistemde özellikle parlamento egemenliği göze çarpmakta ve belki de düzenin zamanın ruhuna yenilmesini de engellemektedir.

18. yüzyıl anayasacılık hareketlerinin ortaya çıktığı ve temel saikin monarkın gücünü sınırlamak olduğu bir dönemdi. 19. yüzyıl ise katılımı artırıp daha demokratik ve temsili bir sistem kurmayı hedefledi. 20. ve 21. yüzyıllarla birlikte ise İngiliz anayasal sisteminin spesifik meselesi, sistemin belki de en temel ilkesi olarak adlandırılabilir parlamento egemenliği ilkesinin sınırlandırılması olmaktadır. Bu durum 20. yüzyılda özellikle AB çatısı altında hukuk sisteminin bölgesel bir düzene uyumlaştırması biçiminde kendini gösterirken 21. yüzyılda bölgesel bu sistemden ayrılıp Birleşik Krallık'ın kendi içerisindeki ülkelere yetki devrini kapsamaktadır. Bu çerçevede özellikle içinde bulunduğumuz yüzyıl ile hem merkezi bir anlayıştan uzaklaşan hem de önce AB'ye dahil olup sonra ayrılan İngiltere'nin anayasal sistemdeki dönüşümü, her zaman olduğu gibi, kendine özgü bir gelişim göstermektedir. Ancak bu defa çok yakın bir gelecekte temel bir anayasa hukuku sorusu sistemin kaderini belirleyecektir; Yeni ve yazılı bir anayasa mı yapılmalıdır? Bu sorunun yanıtı birden fazla olsa da sistemin hukuki belirlilik yönünde güçlenmesi, erişilebilir ve anlaşılabilir olması, özellikle giderek merkezilik vasfından uzaklaşan ve AB ile ayrılık sürecini yaşamış İngiltere'nin demokratik düzlemini pozitif yönde etkileyecektir.

<sup>155</sup> Bogdanor, s. 216.

<sup>156</sup> Bogdanor, s. 216.

<sup>157</sup> R. Blackburn, 'Britain's Unwritten Constitution', *Magna Carta Today*, British Library, 13 March 2015, <<https://www.bl.uk/magna-carta/articles/britains-unwritten-constitution#>>, Erişim Tarihi 5 Ağustos 2022.

## KAYNAKÇA

- George Burton Adams, “The Origin of the English Constitution, II”, *The American Historical Review*, 13(4), 1908, s. 713- 730.
- Alder J, *General Principles of Constitutional and Administrative Law*, Palgrave Macmillan, 2002.
- Allard- Tremblay Y, “Proceduralism, Judicial Review and the Refusal to Royal Assent”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 33(2), 2013, s. 379- 400.
- Anayurt Ö, *Anayasa Hukuku Genel Kısım- Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar*, 4. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Barnett H, *Constitutional and Administrative Law*, 5th edn., Cavendish Publishing, 2004.
- Batum S, Yılmaz D, Köybaşı S, *Anayasa Hukuku- Temel Kavramlar ve Genel Esaslar*, On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Beyazıt Ö, “Interpretation and Lawmaking by the Courts in English Common Law System”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, (6), 2015, s. 79- 95.
- Bhutia T K, “Provisions of Oxford”, *Britannica*, <<https://www.britannica.com/event/Provisions-of-Oxford>>, Erişim Tarihi: 13 Ocak 2023.
- Blackburn R, “Britain’s Unwritten Constitution”, *Magna Carta Today*, British Library, 13 March 2015, <<https://www.bl.uk/magna-carta/articles/britains-unwritten-constitution#>>, Erişim Tarihi 5 Ağustos 2022.
- Blackstone W, *Commentaries on the Laws of England*, A Strahan, 1809.
- Blaustein A, Flanz, G., (eds.), *Constitutions of the Countries of the World*, Oceana Publications, 1992.
- Bogdanor V, *The New British Constitution*, Hart Publishing, 2009.
- Bogdanor V, “The EU Referendum shows how the sovereignty of Britain’s people can now trump its Parliament”, *The Telegraph*, 26 Haziran 2016, <<https://www.telegraph.co.uk/news/2016/06/26/the-eu-referendum-shows-how-the-sovereignty-of-britains-people-c/>>, Erişim Tarihi 17 Ocak 2023.
- Bogdanor V, “Brexit and Our Unprotected Constitution”, *The Constitution Society Report*, The Constitution Society, 2018.

- Bradley A W / Ewing K D, *Constitutional and Administrative Law*, 14. Bası, Essex, Pearson Longman, 2007.
- Caird J S, “Legislating for Brexit: the Great Repeal Bill”, *House of Commons Briefing Paper*, No: 7793, 2 Mayıs 2017, <<https://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/CBP-7793/CBP-7793.pdf>>, Erişim Tarihi 9 Eylül 2022.
- Çınarlı S, “İskoçya Yerinden Yönetim Deneyimine Genel Bir Bakış”, *Ege Akademik Bakış*, 11 (2), 2011, s. 299- 307.
- Delaney EF, “Judiciary Rising: Constitutional Change in the United Kingdom”, *Northwestern University Law Review*, 108/ 2, 2014, s. 543- 606.
- Derdiman R C, *Anayasa Hukuku*, 2. Bası, Alfa Akademi, 2011.
- De Smith S A, R Brazier, *Constitutional and Administrative Law*, Penguin Books, 1989.
- Dicey A V, *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Macmillan, 1915.
- Dinçkol B, “İngiltere’de Parlamenter Monarşinin Erken Dönemi”, *MÜHF-HAD*, 27(2), 2021, s. 877- 897.
- Douglas-Scott S, “Brexit, Article 50 and the Contested British Constitution”, *The Modern Law Review*, 79, 2016, s. 1019- 1089.
- Döner A, *Anayasa Hukuku (Genel Esaslar)*, Doğu Ciltevi Yayınevi, 2022.
- Edelman M, “The New Israeli Constitution”, *Middle Eastern Studies*, 36(2), 2000, s. 1- 27.
- Elliot M, “Constitutional Adjudication and Constitutional Politics in the United Kingdom: The Miller II Case in Legal and Political Context”, *European Constitutional Law Review*, 16/4, 2020, s. 625- 646.
- Elliot M, “Controversial Constitutional Cases: Miller II”, *The Constitutional Law Matters Project*, Centre for Public Law, University of Cambridge, 27 Ocak 2022, <<https://constitutionallawmatters.org/2022/01/controversial-constitutional-cases-miller-ii/>>, Erişim Tarihi 17 Ocak 2023.
- Erdos D, “Charter 88 and the Constitutional Reform Movement: a



- Retrospective”, *Parliamentary Affairs*, 62 (4), 2009, s. 537- 551.
- Eren A, *Anayasa Hukuku Dersleri- Genel Esaslar – Türk Anayasa Hukuku*, 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Eroğul C, *Anayasayı Değiştirme Sorunu*, AÜSBF Yayınları, 1974.
- Fallenfeldt J, “Good Friday Agreement”, *Britannica*, <<https://www.britannica.com/topic/Good-Friday-Agreement>>, Erişim Tarihi 18 Ocak 2023.
- Gözler K, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, C. I, 2. Bası, Ekin Yayınevi, 2020.
- Gözler K, *Kurucu İktidar*, Ekin Basın Yayın Dağıtım, 2016.
- Gözübüyük Ş, *Anayasa Hukuku*, 16. Bası, Turhan Kitabevi, 2008.
- Gülgeç Y B, *Normlar Hiyerarşisi*, On İki Levha Yayınları, 2018.
- Hazell R / Renwick A, “Brexit: Its Consequences for Devolution and the Union”, *UCL Constitution Unit Briefing Paper*, The Constitution Unit, 19 Mayıs 2016.
- Hazeltine H D, “The Influence of Magna Carta on American Constitutional Development”, *Online Library of Liberty Essays*, <<https://oll.libertyfund.org/page/magna-carta-and-the-us-constitution>>, Erişim Tarihi: 6 Ağustos 2022.
- House of Commons, Political and Constitutional Reform Committee, *The UK Constitution- A summary with options for reform*, Mart 2015, <<https://www.parliament.uk/globalassets/documents/commons-committees/political-and-constitutional-reform/The-UK-Constitution.pdf>>, Erişim Tarihi 9 Eylül 2022.
- Institute for Public Policy Research, “The Constitution of the United Kingdom”, *IPPR Report*, 1991.
- İba Ş, *Anayasa Hukuku ve Siyasal Kurumlar*, 2. Bası, Turhan Kitabevi, 2008.
- Kaboğlu İ Ö, *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)*, 16. Bası, Legal Yayıncılık, 2021.
- Kama S, “Parlamentar Hükümet Sistemi Olarak Westminster Modeli Britanya Örneği Üzerine Bir Deneme”, *MÜHF-HAD*, 22(2), 2016, s. 161- 201.
- Kanadoğlu O K, Duygun A M, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Keskin E, “İngiliz Anayasa Hukukunda Parlamentonun Üstünlüğü İlkesi, Sınırları ve Brexit”, *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 25(1), 2021, s. 47- 99.
- Kubalı H N, *Anayasa Hukuku Genel Esaslar ve Siyasi Rejimler*, Ersa Matbaacılık Koll. Şti., 1965.
- Lester A, “Fundamental Rights in the United Kingdom: The Law and the British Constitution”, *University of Pennsylvania Law Review*, 125(1) 1976, s. 337- 363.
- Leyland P, *The Constitution of the United Kingdom*, Hart Publishing, 2007.
- Lijphart A, *Patterns of Democracy Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries*, 2. Bası, Yale University Press, 2012.
- Limbach J, “The Concept of the Supremacy of the Constitution”, *Modern Law Review*, 64(1), 2001, s. 1- 10.
- Loughlin M, *The British Constitution: A Very Short Introduction*, Oxford University Press, 2013.
- Ludwikowski R R, “Two Firsts: A Comparative Study of the American and the Polish Constitutions”, *Michigan Journal of International Law*, 8(1) 1987, s. 117- 156.
- McConalogue J, *The British Constitution Resettled- Parliamentary Sovereignty Before and After Brexit*, Palgrave Macmillan, 2020.
- McSweeney T J, “Magna Carta and the Right to Trial by Jury”, *Magna Carta- Muse& Mentor*, Thomson Reuters, Library of Congress, 2014, s. 139- 157.
- Muratoğulları H, “Birleşik Krallık Anayasası’nda Yürütmenin Prorogasyon İmtiyazı ve Yüksek Mahkeme’nin 24 Eylül 2019 Tarihli Cherry/ Miller Kararı”, *Anayasa Yargısı*, 36/2, 2019, s. 291- 348.
- Murkens J E K, “Democracy as the Legitimizing Condition in the UK Constitution”, *LSE Legal Studies Working Papers*, No: 8, 2017, s. 42- 58.

- Nolan L, Sedley S, *The Making & Remaking of the British Constitution*, Blackstone Press, 1997.
- Oder B E, *Avrupa Birliği'nde Anayasa ve Anayasacılık*, Anahtar Kitaplar Yayınevi, 2004.
- Özbudun E, “İngiltere’de Parlamento Egemenliği Teorisi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 25, 1968, s. 59- 79.
- Özbudun E, *Anayasalcılık ve Demokrasi*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2017.
- Öztürk N K, *Anayasa Hukuku*, 3. Bası, Seçkin Yayınevi, 2021.
- Pazarcı H, *Uluslararası Hukuk*, Yetkin, 2010.
- Parau C E, “Core Principles of the Traditional British Constitutions”, <[https://www.politics.ox.ac.uk/materials/Core\\_Principles\\_of\\_the\\_British\\_Constitutions.pdf](https://www.politics.ox.ac.uk/materials/Core_Principles_of_the_British_Constitutions.pdf)>, Erişim Tarihi 9 Ağustos 2022.
- Parau C E, “The Politics of a Written Constitution for Britain”, *Politics in Spire*, 12 Şubat 2015, <<http://politicsinspires.org/politics-written-constitution-britain/>>, Erişim Tarihi 15 Ağustos 2022.
- Patterson J, *The Bill of Rights Politics Religion and the Quest for Justice*, Universe Inc., 2004.
- Peers S, “Jurisdiction upon and after the UK’s Withdrawal: The Perspective from the UK Constitutional Order”, *European Parliament Policy Department for Citizens’ Rights and Constitutional Affairs Briefing*, <[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/596831/IPOL\\_BRI\(2018\)596831\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/596831/IPOL_BRI(2018)596831_EN.pdf)>, Erişim Tarihi 14 Ocak 2023.
- Pound R, “Common Law and Legislation”, *Harvard Law Review*, 21(6) 1908, s. 383- 407.
- Queiroz Barboza E M, Kozicki K, “Common Law and Civil Law: Convergences Beyond a Written Constitution”, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 40(1) 2019, s. 39- 73.
- Richardson H. G., G. O. Sayles, “The Provisions of Oxford: A Forgotten Document and Some Comments”, *Bulletin of the John Rylands Library*, 17(2), 1933, s. 291- 321;

- Ridley F F, “Defining Constitutional Law in Britain”, *Anglo- Amerikan Law Review*, 20(2) 1991, s. 101- 115.
- Robertson G, “Magna Carta and Jury Trial”, *Magna Carta Today*, British Library, <<https://www.bl.uk/magna-carta/articles/magna-carta-and-jury-trial>>, Erişim Tarihi 16 Ocak 2023.
- Ryan M / S Foster, *Unlocking Constitutional and Administrative Law*, Routledge, 2014.
- Sav Ö, “İngiliz Anayasa Reformu”, *Ankara Barosu Dergisi*, 67(4), 2009, s. 135- 145.
- Scarman L, Scarman B, *Why Britain Needs a Written Constitution*, Charter 88, 1992.
- Sharpe J, Parliamentary Conventions, *The Constitution Society Report*, 2020.
- Slapper G, Kelly, D., *English Law*, Routledge- Cavendish, 2009.
- Taylor J, “Comparing the US and the UK Constitutions”, *Politics Review*, 27(1) 2017, s. 1-4.
- Teziç E, *Anayasa Hukuku (Genel Esaslar)*, 25. Bası, Beta, 2021,
- Torrance D, “Introduction to devolution in the UK”, *House of Commons Research Briefing*, 14 April 2020, <<https://commonslibrary.parliament.uk/research-briefings/cbp-8599/>>, Erişim Tarihi: 10 Ağustos 2022.
- Torrance D, “How is a Prime Minister Appointed?”, *Insight*, House of Commons Library, 20 Ekim 2022, <<https://commonslibrary.parliament.uk/how-is-a-prime-minister-appointed/>>, Erişim Tarihi 12 Ocak 2023.
- Treharne R F, “The Significance of the Baronial Reform Movement, 1258-1267”, *Transactions of the Royal Historical Society*, 25, 1943, s. 35- 72.
- Tunç H, *Anayasa Hukuku Genel Esaslar*, 2. Bası, Gazi Kitabevi, 2019.
- Turpin C, Tomkins A, *British Government and the Constitution*, Cambridge University Press, 2007.
- Twomey A, “Constitutional monarchy and royal assent for government bills”, *Sydney Law School Opinion*, 31 Ocak 2019, <<https://www.sydney.edu.au/news-opinion/news/2019/01/31/constitutional-monarchy-and-royal-assent-for-government-bills.html>>, Erişim Tarihi 11 Ağustos

- 2022.
- Wallington P, Lee R G, *Blacstone's Statutes of Public Law and Human Rights*, Oxford, 2006.
- Ward I, *The English Constitution: Myths and Realities*, Hart Publishing, 2004.
- Wilson L, "The Robustness of the Convention in a time of Modernisation and Change", *Public Law*, 2004, s. 407- 420.
- Woodhouse D, "United Kingdom The Constitutional Reform Act 2005-Defending Judicial Independence the English Way", *International Journal of Constitutional Law*, 5/1, 2007, s. 153- 165.
- Yolcu S, *İngiltere'de Kuvvetler Ayrılığı ve Yargı Bağımsızlığı Alanındaki Gelişmeler*, Seçkin Yayınevi, 2011.
- Yücel B, *Parlamenter Hükümet Sisteminin Rasyonelleştirilmesi ve Türkiye Örneği*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2009.
- 'Scotland seeks independence again after U.K. -Brexit- vote', <<https://www.nbcnews.com/storyline/brexit-referendum/scotland-could-look-for-independence-again-after-u-k-brexit-vote-n598166>>, Erişim Tarihi 9 Ağustos 2022.
- 'Scottish independence: Will there be a second referendum?', <<https://www.bbc.com/news/uk-scotland-scotland-politics-50813510>>, Erişim Tarihi: 10 Ağustos 2022.
- 'Scottish referendum: Scotland votes -No- to independence', <<https://www.bbc.com/news/uk-scotland-29270441>>, Erişim Tarihi 9 Ağustos 2022.
- 'The Monarch and Parliament', <<http://www.parliament.uk/education/about-royal-parliament/mps-lords-monarch/the-monarch-and-parliament/>>, Erişim Tarihi 5 Ağustos 2022.
- Dangerous Dogs Act 1991, <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1991/65/contents>>, Erişim Tarihi 8 Ağustos 2022.
- European Union (Withdrawal) Act 2018, <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2018/16/contents/enacted>>, Erişim Tarihi 12 Ağustos 2022.
- European Union Referandum Act, <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/36/introduction/enacted>>, Erişim Tarihi 19 Ocak 2023.
- Fixed-term Parliaments Act 2011, <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2011/14/contents>>, Erişim Tarihi 8 Ağustos 2022.
- Human Rights Act 1998, <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/contents>>, Erişim Tarihi 8 Ağustos 2022.
- Northern Ireland Peace Agreement, United Nations Peace Maker, Peace Agreements Database, <<https://peacemaker.un.org/uk-ireland-good-friday98>>, Erişim Tarihi 18 Ocak 2023.
- R (Miller) v Secretary of State for Exiting the European Union*, 24 Ocak 2017, <<https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2016-0196-judgment.pdf>>, Erişim Tarihi 12 Ağustos 2022.
- R (Miller) v The Prime Minister Cherry and others v Advocate General for Scotland*, 24 Eylül 2019, <<https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2019-0192-judgment.pdf>>, Erişim Tarihi 11 Ocak 2023.
- The Belfast Agreement: An Agreement Reached at the Multi-Party Talks on Northern Ireland, Nisan 1998, <[https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/1034123/The\\_Belfast\\_Agreement\\_An\\_Agreement\\_Reached\\_at\\_the\\_Multi-Party\\_Talks\\_on\\_Northern\\_Ireland.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/1034123/The_Belfast_Agreement_An_Agreement_Reached_at_the_Multi-Party_Talks_on_Northern_Ireland.pdf)>, Erişim Tarihi 17 Ocak 2023



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

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068  
Cilt / Volume XXVII Nisan / April 2023 Sayı / No. 2

**TANZİMAT SONRASI DÖNEMDE MÜŞTEREKEN KULLANILAN  
ORMANLARLA İLGİLİ HUKUKİ DÜZENLEMELER**

**LEGAL REGULATIONS REGARDING COMMONLY USED  
FORESTS IN THE POST-TANZİMAT ERA**

**Zeynep AKAN YETİŞİR\*** 

**ÖZET**

[10.34246/ahbvuhfd.1209543](https://doi.org/10.34246/ahbvuhfd.1209543) 

*Bireysel mülkiyetin modern zamanlardaki kadar yüceltilmediği sanayi öncesi toplumlarda ziraî faaliyetin dışında kalan toprakların müştereken kullanılmak üzere umuma ya da belirli bir gruba bırakılması Osmanlı toprak rejiminin genel hususiyetlerinden biriydi. Ormanlar, çeşitli türleri bulunmakla birlikte, söz konusu mülkiyet biçiminin uygulandığı alanlardan biri olarak kırsal toplumun vazgeçilmez kaynakları arasındaydı. Müşterek mülkiyet kurumu on dokuzuncu yüzyılın ikinci yarısına kadar ormanlar söz konusu olduğunda yapısal bir değişime uğramamıştı. Ne var ki söz konusu dönemden itibaren bilimsel ve rasyonel ormancılığın gelişimine paralel olarak köylünün müşterek kullanıma dayalı kadim haklarında ciddi bir daralma yaşandı. Bu dönemde orman hukuku mevzuatında yapılan düzenlemeler köylünün ormanlara erişimini sıkı bir devlet murakabesine bağımlı kıldı. Bu çalışma geç dönem-Osmanlı Devleti'nde orman hukuku mevzuatında yaşanan gelişmeleri kullanıcıların müşterek hakları açısından değerlendirecektir. 1858 Arazi Kanunmâmesi'ni başlangıç noktası olarak ele alan çalışma söz konusu hakların evrimini baltalıklar, mîrî ormanları ve cibâl-i mübâha ormanları gibi farklı orman türleri üzerinden takip edecektir. Buna göre cibâl-i mübâha ormanlarının mîrî*

\* **Arş. Gör. Dr.** Bursa Uludağ Üniversitesi Fen Edebiyat Fakültesi, Tarih Bölümü / BURSA, **e-posta:** zeynepakan@uludag.edu.tr, **ORCID:** 0000-0002-2685-0906 **DOI:** 10.34246/ahbvuhfd.1209543

\* **İntihal / Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / *This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.*



ormanları grubuna dahil edilmesi, baltalıkların zarurî ihtiyaçları temin edecek sınırlara çekilmesi, mîrî ormanlarından yararlanma biçimlerinin sıkı ve katı kurallarla çerçevelenmesi ormanlar üzerindeki devlet murakabesinin arttığına ve kullanıcıların kadim haklarının kırıldığına işaret etmektedir.

**Anahtar Kelimeler:** Müşterek orman, orman mevzuatı, baltalık, mîrî ormanları, cibâl-i mübâha.

### ABSTRACT

In pre-industrial societies, where private property was not promoted as much as in modern times, it was one of the general characteristics of the Ottoman land regime to leave the non-agricultural lands to the public or to a specific group for common use. Although there are various types of forests, they were vital resources of rural society as one of the areas where this property form was applied. The institution of communal property did not undergo structural change in the case of forests until the second half of the nineteenth century. However, in the post-Tanzimat era, in parallel with the development of scientific and rational forestry, common rights of the villagers gradually reduced. In this period, the forest regulations facilitated for the villagers to access the forest. This study will evaluate the developments in forest law legislation in the post-Tanzimat era in terms of the common rights of users. Taking the 1858 Land Code as a starting point, the study will follow the evolution of these rights through different forest types such as coppices, mîrî forests and cibâl-i mübâha forests. According to this, the inclusion of cibâl-i mübâha forests in the group of mîrî forests, the reduction of coppices to the limits to meet essential needs, the framing of the use of mîrî forests by strict rules indicate that the state control over forests has gradually increased and the ancient rights of users have been cut off.

**Keywords:** Common forest, forest law, coppice, state forests, cibâl-i mübâha.

### EXTENDED ABSTRACT

In pre-industrial societies, where individual property was not promoted as much as in modern times, it was one of the general characteristics of the Ottoman land regime to leave the lands outside of agricultural activities to the public or to a specific group for common use. Although there are various types of forests, they were among the indispensable resources of rural society as one of the areas where this property form was applied. The institution of communal property did not undergo structural change in the case of forests until the second half of the nineteenth century. However, in parallel with the development of scientific and rational forestry, there has been a serious contraction in the ancient rights of the villagers based on joint ownership. In this period, the regulations made in the forest law legislation made the access of the villagers to the forests subject to strict state control. This study will evaluate the developments in forest law legislation in the late-Ottoman Empire in terms of

the common rights. Taking the 1858 Land Code as a starting point, the study will follow the evolution of these rights through different forest types such as coppices, mîrî forests and cibâl-i mübâha forests.

Common lands, in the Ottoman Empire, maintained their existence as an integral part of the mîrî land system. Various factors such as the need for effective use of the physical environment, socio-economic conditions and the inheritance of Turkish-Islamic law played a role in the adoption of joint ownership as a sustainable property type. Governing and usage practices, which took their basic form in the classical period, had undergone little change until the mid-nineteenth century. Similarly, administrative and legal regulations of post-Tanzimat Period did not create a situation similar to that in Europe in regards to common rights. However, common forests began to more closely supervised in parallel with the development of scientific and rational forestry. This meant that users' access to commonly used forests became more limited by degrees.

The Land Code of 1858 was major regulation regarding forest law legislation in the post-Tanzimat period. However, as the name suggests, this regulation was not exclusively concerned with forests, moreover, its provisions on forests did not go beyond confirming the old legislation. The real development that transformed forest legislation came with the 1870 Forest Regulation. Until this regulation, forests were not classified in terms of the land types on which they are located. Although the 1858 Land Code, which divided the imperial lands into five categories, contained some provisions regarding the various forest types, these provisions consisted of compiling the past practices. The Forest Regulation of 1870, on the other hand, detailed the management and usage rules as well as clearly classifying the forest types. In the following decades, forest regulations was further detailed to fill the empty spaces left by the Forest Regulation, and forests were subject to strict rules parallel to the development of scientific forestry. These regulations seriously reduced the ancient rights of users in the commonly used forests.

The studies dealing with the forest law legislation of the post-Tanzimat period mostly focused on the development of scientific forestry and the role of some main regulations such as 1858 Land Code and 1870 Forest Regulation. These studies agree that state's control over forests increased with the development of scientific forestry. This study shares this view, however, it intends to dig deeper and reveal how these legislative acts effected commonly used forests. For this purpose, legal regulations for various types of commonly used forests have been analyzed, and these regulations have been discussed within the framework of the evolution of common rights.

## GİRİŞ\*\*

Osmanlı Devleti'nde müşterek kullanıma konu olan araziler kuruluşundan son demlerine kadar mîrî toprak sisteminin mütemmim bir cüzü olarak varlığını korumuştur. Müşterek mülkiyetin kırsal çevrede sürdürülebilir bir mülkiyet türü olarak benimsenmesinde fizikî çevrenin etkin kullanılması yönünde duyulan ihtiyaç, sosyo-iktisadî koşullar ve Türk-İslam hukukunun tevarüsü gibi çeşitli faktörler rol oynamıştır. Klasik dönemde temel şeklini alan idare ve kullanım pratikleri imparatorluğun son dönemlerine kadar çok az değişikliğe uğramıştır. Benzer bir şekilde on dokuzuncu yüzyılın ikinci yarısından itibaren girilen idarî ve hukukî müdahaleler kullanıcıların kadim hakları aleyhine Avrupa'dakine benzer bir vaziyet ortaya çıkarmamıştır. Bununla birlikte müşterek kullanıma konu olan ormanlar bilimsel ve rasyonel ormancılığın gelişimine paralel olarak giderek daha sıkı bir şekilde nezaret edilmeye başlamıştır. Bu durum kullanıcıların bu tür kaynaklara erişiminin günden güne daha sınırlı ve zahmetli bir hale gelmesi demektir.

On dokuzuncu yüzyılda orman hukuku mevzuatıyla ilgili dikkat çeken ilk düzenleme 1858 Arazi Kanunnamesi olmuştur. Ancak adından da anlaşılacağı gibi bu düzenleme münhasıran ormanları dert edinmemiş, dahası ormanlarla ilgili hükümleri eski mevzuatı teyit etmekten öteye geçmemiştir. Orman mevzuatını dönüştüren asıl gelişme 1870 Orman Nizamnamesi ile ortaya çıkmıştır. Bu düzenlemeye kadar ormanlar, üzerinde yer aldığı arazinin türü ya da bağlı bulunduğu hukukî rejim bakımından net bir sınıflandırmaya tabi tutulmamıştır. İmparatorluk topraklarını farklı kategorilere ayıran 1858 Arazi Kanunnamesi mîrî, metrük, mevat ve mevkûf araziler üzerinde bulunan ormanlardan bir kısmıyla ilgili bazı hükümler ihtiva etmekle birlikte, orman ve ürünlerinin statü ve tasarruf yöntemlerini açıklayan bu hükümler geçmiş uygulamaların derlenip yeni bir dille yazılmasından ibaretti.<sup>1</sup> 1870 Orman Nizamnamesi ise ormanları net bir şekilde tasnif etmesinin yanı sıra idare ve kullanım partiklerini de oldukça detaylandırmıştır. Devam eden on yıllarda ormanlarla ilgili hukukî mevzuat Orman Nizamnamesi'nin boş bıraktığı alanları doldurmak üzere daha da derinleştirilmiş, bilimsel ve rasyonel yönetim ilkesi doğrultusunda ormanlar sıkı bir murakabeye tabi tutulmuştur. Ormanların hüsn-i idâresine yönelik bu düzenlemeler müşterek kullanıma

\*\* Bu çalışma yazarın doktora tez çalışmasından üretilmiştir.

<sup>1</sup> Bekir Koç, "Osmanlı Devleti'ndeki Orman ve Koruların Tasarruf Yöntemleri ve İdarelerine İlişkin Bir Araştırma", *OTAM*, (10), 1999, s. 154.

konu olan ormanlarda kullanıcıların kadim haklarını ciddi biçimde daraltmıştır.

Tanzimat sonrası orman hukuku mevzuatını ele alan çalışmalar daha çok 1858 Arazi Kanunnamesi ve 1870 Orman Nizamnamesi gibi başat düzenlemelerin ormanların idaresi üzerindeki etkisi ve bilimsel ormancılık anlayışının gelişimi üzerinde durmuşlardır.<sup>2</sup> Söz konusu çalışmalar mevzuattaki gelişmelerin ormanlar üzerinde şiddetini giderek daha fazla hissettiren bir devlet kontrolünü ortaya çıkardığı konusunda hemfikirlerdir. Bu çalışma bahsi geçen görüşü paylaşmakla birlikte mevzuattaki gelişmelerin belirli bir orman türü yerine belirli bir kullanım biçimi (müşterek kullanım) üzerindeki etkileriyle ilgilenmektedir. Bu amaçla müşterek kullanıma konu olan çeşitli orman türlerine yönelik hukukî düzenlemeler tespit ve tahlil edilecek, söz konusu düzenlemeler her bir orman türünde intifa biçimlerinin (odun kesme, hayvan otlatma, toplayıcılık vs.) nasıl evrildiği çerçevesinde ele alınacaktır.

## I. BALTALIKLAR VE MİRİ ORMANLARI<sup>3</sup>

Tanzimat sonrası dönemde orman hukuku mevzuatındaki belirleyici düzenleme 1870 Orman Nizamnamesi olarak kabul edilmekle birlikte söz konusu gelişmeleri 1858 Arazi Kanunnamesi'ne kadar geri götürmek mümkündür.<sup>4</sup> İmparatorluk toprakları için net bir tasnif sistemi getiren

<sup>2</sup> Bülent Köprülü, "Cibal-i Mübaha ve Sahih Vakıflara Ait Ormanlarla Baltalıkların H. 1274 Tarihli Arazi Kanunnamesine Nazaran Hukukî Durumları", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 15(2-3), 1949, s. 703-726; Halil Cin, "Tanzimattan Sonra Türkiye'de Ormanların Hukukî Rejimi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (35), 1981, s. 311-379; Koç, s. 139-158; Bekir Koç, "1870 Orman Nizamnamesi'nin Osmanlı Ormancılığına Katkısı Üzerine Bazı Notlar", *Tarih Araştırmaları Dergisi*, (24), 2005, s. 231-257; Üstüner Birben/ Yusuf Güneş, "The Cibal-i Mübaha: A Special Type of Forest Available for Public Use in the Ottoman Empire Period", *15th International Symposium on Legal Aspects of European Sustainable Development*, ed. Haki Kola, Peter Herbst and Rastislav Sulek, Technical University in Zvolven, 2014, s. 26-32.

<sup>3</sup> Bu çalışmada literatürde sıklıkla kullanılan "mîrî ormanlar" tabiri yerine Osmanlıca arşiv belgelerine sadık kalınarak "mîrî ormanları" tabiri tercih edilmiştir.

<sup>4</sup> 1858 Arazi Kanunnamesi mevcut arazi rejimini çok az bir değişiklikle tedvin eden muhafazakâr bir düzenleme olmakla birlikte imparatorluğun yıkılışından sonra yeni kurulan cumhuriyetin arazi rejimini de etkilemiştir. Bahsi geçen kanunnamenin cumhuriyet döneminde de bağlayıcı olup olmadığı konusundaki tartışmalar için bkz: Halil Cin, *Osmanlı Toprak Düzeni ve Bu Düzenin Bozulması*, Kültür Bakanlığı Yayınları, Ankara 1973, s. 478-497. Arazi Kanununun uygulanmasının geçmişte ve günümüzde yaşanan sorunlar üzerindeki etkisi için ayrıca bkz: Oya Gözel, *The Implementation of Ottoman Land Code of 1858 in Eastern Anatolia*, (Yüksek Lisans Tezi) Orta Doğu Teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007; Martha Mundy/ R. Saumarez Smith, *Modern Devlet'e Giden Yolda Mülk Siyaseti: Osmanlı Suriye'sinde Hukuk, Yönetim ve Üretim*, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, İstanbul

kanunnâme şekil ve düzenlenme biçimi bakımından modern tarzda hazırlanmış ilk Osmanlı kanunnâmesi idi.<sup>5</sup> Giriş bölümünde imparatorlukta arazi çeşitleri ve bunların hukukî durumu açıklanmış, imparatorluk arazisi beş kategoriye ayrılmıştı: Bireysel mülkiyet hakkının tüm unsurlarını içeren *mülk* topraklar, devlete ait olan *mîrî* topraklar<sup>6</sup>, dinî veya ictimai bir gayeyle tahsis edilmiş *vakıf* toprakları, kamusal ihtiyaçlar için halka terk edilen *metrûke* topraklar ve kimsenin tasarrufunda olmayan *mevat* topraklar. Kanunname şer'î hukuk sahasına giren mülk arazileri konu edinmemiş, diğer arazi türlerinin idaresi konusunda ise büyük ölçüde kadim mevzuata sadık kalmıştı.<sup>7</sup> *Mîrî* arazi rakabesi (çıplak mülkiyeti) devlete ait olmak üzere tasarrufu hakkı (menfaat mülkiyeti) belirli bir bedel karşılığında devleti temsil eden kişilerce halka bırakılan topraklar olarak tanımlanmıştı.<sup>8</sup> *Mevat* arazilerle ilgili hükümler -unsurları ve ihyâ şartları bakımından- yine kadim hukuk çerçevesinde düzenlenmişti.<sup>9</sup> Metrûk arazilere gelince, Arazi Kanunnâmesi, İslâm hukukunda ortak araziler için kullanılan kavramların kapsamları net bir şekilde belirlenmiş olmadığından *efrâdını câmi ağyârını mâni* bir tanımla işe başlamak zorunda kalmıştı. *Arâzi-i metrûke* tabiri klasik İslâm hukukçuları tarafından müşterek kullanıma konu olan araziler için geliştirilen irfâk, himâ, harîm, ortak ayınlar/menfaatler vb. kavram ve kurumları tek başına imlemek üzere üretilmiş çatı bir kavramdı.<sup>10</sup> Bununla birlikte söz konusu araziler

nitelikleri ve müntefileri bakımından yekpare bir özellik sergilemediğinden bizzat kanunnâme de kendi içinde bir tasnif sistemi geliştirmişti. Beşinci madde *metrûk* arazileri müntefilerinin muayyen veya gayrimuayyen olması bakımından iki gruba ayırmıştı. İlk grup ortak araziler yollar, pazar yerleri ve meydanlar gibi umumun istifadesine bırakılmış alanlardan oluşmaktaydı. Kanunnâme şerhlerinde *arazi-i metrûke-i umûmiye* olarak adlandırılan<sup>11</sup> söz konusu alanlar klasik İslâm hukuku kaynaklarında *irfak* olarak geçen alanlara tekabül etmekteydi.<sup>12</sup> Beşinci madde umuma açık ortak alanları klasik İslâm hukukçularının yaptığı şekliyle kendi içinde alt türlere ayırmamıştı<sup>13</sup> ancak daha sonra görüleceği üzere umumî ortak arazilerin bazı türleri için özel uygulamaların devamına cevaz vermişti. İkinci grup metrûk araziler harman yeri, mera, yaylak-kışlak ve baltalık gibi belirli bir gruba tahsis edilmiş kaynaklardan oluşmaktaydı. *Arazi-i metrûke-i husûsiye*<sup>14</sup> olarak da adlandırılan söz konusu arazilerde intifa hakkı yalnızca *muhassasunileyh*<sup>15</sup> denen topluluk üyelerine mahsustu.

Metrûk araziler intifa hakkının bir bedele bağlanıp bağlanmamasına göre de kendi içinde iki gruba ayrılmaktaydı. Prensipde metrûk araziler vergiye tabi olmamakla birlikte bu durumun bazı istisnaları vardı. Örneğin pazar ve panayır mahallerine mal getirip satanlardan resim alınır. Ancak resme tabi olma durumu pazar ve panayır yerinin Defterhâne'de kayıtlı olmasına ve resmin miktarının dahi mukayyed bulunmasına bağlıydı.<sup>16</sup> Söz konusu resmin miktarı ise sabit olup bu konuda irâde-i seniyye sūdûr etmedikçe veya özel bir kanunî

2013; Rabbi Jon/ Tay Tilsen, "İsrail-Arap Uyuşmazlığında Osmanlı Tecil Hukukunun Payı", Çev. Ahmet Kılınç, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 14(1), 2006, s. 305-311.

<sup>5</sup> Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, *Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat*, Maarif Matbaası, 1940, s. 180-181.

<sup>6</sup> "Mîrî" sözcüğüyle ifade edilen devlet mülkiyetini belli bir toprak parçasının "mülkiyet"i olarak değil, bir vergilendirme mekanizması sayesinde gelir kaynaklarına ulaşabilme ve yeniden dağıtım yapabilme yetkisi şeklinde yorumlayan bir görüş için bk: Tosun Arıcanlı, "19. Yüzyılda Anadolu'da Mülkiyet, Toprak ve Emek", *Osmanlı'da Toprak Mülkiyeti ve Ticari Tarım*, ed. Çağlar Keyder, Faruk Tabak, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, 2012, s. 131-142.

<sup>7</sup> 1858 Arazi Kanunnamesi'ni mevcut arazi rejimini bazı küçük değişikliklerle kurumsallaştıran muhafazakâr bir çaba olarak değerlendiren çalışmalar için bk: Ömer Lütfi Barkan, *Türkiye'de Toprak Meselesi*, İstanbul, Gözlem Yayınları, 1980, s. 372; Halil İnalıcık, Donald Quataert, *An Economic and Social History of the Ottoman Empire: 1300-1600*, C.1, Cambridge, New York, Cambridge University Press, 1997, s. 856-861; Haim Gerber, *The Social Origins of the Modern Middle East*, Boulder, CO and London, Lynne Rienner and Mansell, 1987, s. 69; Macit M. Kenanoğlu, *1858 Osmanlı Arazi Kanunnâmesinin Osmanlı Siyasal ve Toplumsal Yapısı Üzerindeki Etkileri 1858-1867*, (Doktora Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2002, s. 116.

<sup>8</sup> Cin, *Osmanlı Toprak Düzeni*, s. 67-68.

<sup>9</sup> Cin, *Osmanlı Toprak Düzeni*, s. 45-53.

<sup>10</sup> Hacı Mehmet Günay, "Metrûk", *T.D.V. İslâm Ansiklopedisi* (DİA), Türkiye Diyanet Vakfı

Yayınları, İstanbul 2004, C. 29, s. 416; Hacı Mehmet Günay, *İslâm Hukukunda Kamu Malları*, (Doktora Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1997, s. 83.

<sup>11</sup> Ebül'ulâ Mardin, *Ahkâm-ı Arâzi*, Maarif Matbaası, 1339, s. 312.

<sup>12</sup> Halis Eşref, *Şerh-i Kanûn-i Arâzi*, Yuvanaki Panayotidis Matbaası, 1315, s. 23.

<sup>13</sup> Çağdaş Osmanlı hukukçularından ve Arazi Kanunnâmesi'nin şârihlerinden Halis Eşref söz konusu alt türleri şöyle sıralar: 1. Makâ'idü'l-esvâk, 2. Efniyetü's-şüvârâ, 3. Harîmü'l-emsâr, 4. Menâzilü'l-esfâr. Bu alanlardan ilki sokakta oturacak mahallere, ikincisi caddelerde boş bırakılan yerlere, üçüncüsü kervan ve misafir gibi taşradan gelenlerin girebilmesine mahsus olan mahallere ve dördüncüsü yolculara mahsus olmak üzere terk olunan konak yerlerine tesmiye edilirdi. Halis Eşref, *Şerh-i Kanûn-i Arâzi*, s. 24.

<sup>14</sup> Ebül'ulâ Mardin, *Ahkâm-ı Arâzi*, s. 312.

<sup>15</sup> Ali Haydar, *Şerh-i Cedîd-i Kanûn-i Arâzi*, Asadoryan Şirket-i Mürettebiye Matbaası, 1321, s. 430; Halil Cemaleddin, *Telhîs-i Ahkâm-ı Arâzi*, Hukuk Matbaası, 1329, s. 484.

<sup>16</sup> Halis Eşref, s. 538; Ebül'ulâ Mardin, *Toprak Hukuku Dersleri*, Cumhuriyet Matbaası, İstanbul 1947, s. 79-80; Bülent Köprülü, *Toprak Hukuku*, İsmail Akgün Matbaası, 1958, s. 81.



düzenleme yapılmadıkça arttırılmaz veya azaltılamazdı.<sup>17</sup> Resme tabi olan bir diğer ortak arazi türü hususî metrûk arazi kategorisinde bulunan yaylak ve kışlaklardı. Rüsûm-ı yaylâkiyye ve kışlâkiyye namıyla nisbî olarak alınan bu verginin istifası da verginin Defterhâne’de kayıtlı bulunmasına bağlıydı.<sup>18</sup> Eğer böyle bir kayıt yoksa ahali intifaları karşılığında bir bedel ödemezdi. Yaylak ve kışlakları diğer metrûk arazi türlerinden ayıran bir özellik daha vardı. Yaylak ve kışlaklar ahalinin tümünün rızaları ile ziraat edildiğinde yaylak ve kışlak resmi kendilerinden sakıt olur, böyle bir durumda yalnızca hâsıllattan öşür alınır.<sup>19</sup> Bununla birlikte yaylak ve kışlağın bu şekilde amacı dışında kullanımı araziye metrûk statüsünden çıkarmazdı.

Arazi Kanunnâmesi harman yeri, mera, baltalık ve yaylak-kışlaklar gibi hususî metrûk arazilerin mevkilerini belirlemekte kullanılacak hükümler vazetmemişti. Bununla birlikte mevat arazi türünü açıklayan yüz üçüncü maddesi metrûk arazilerin konumları hakkında bazı çıkarımlarda bulunmaya imkân tanımaktaydı. İlgili madde mevat arazilerin başlangıcını yerleşim yerlerinin kenarından bağırان gür sesli bir adamın sesinin ulaşamayacağı nokta olarak tarif etmişti.<sup>20</sup> Bir diğer kayıt söz konusu arazinin köy ve

<sup>17</sup> Âtîf Bey, *Arâzî Kanunnâme-i Hümayûnu Şerhi*, Mahmud Bey Matbaası, 1319, s. 313; Ebül’ulâ Mardin, *Ahkâm-ı Arâzî*, s. 325. Ebül’ulâ Mardin *Ahkâm-ı Arâzî*’de (s. 325) vergiye tabi olan pazar ve panayır yerlerini hükmen metrûk olarak nitelemektedir. Hüseyin Hüsnü ise *Arâzî Kanunnâmesi Şerhi*’nde (s. 95) bu arazilerin mîrinin *mu’addün lil-istiğlâl* (kiraya vermek üzere i’dâd ve tayin edilmiş şey, Mecelle m. 417) arazisi olduğunu, ahalinin hak ve taallukunun olmadığını ve arazi-i metrûke hükmünde olarak onun gibi terk olduğunu belirtir.

<sup>18</sup> Halis Eşref, s. 215-16; Halil Cemaleddin, s. 483. Halis Eşref (s. 215) yaylak ve kışlakların mîrinin *mu’addün lil-istiğlâl arâzisi* olarak görüldüğüne işaret ederek resme tabiyetlerinin onları metrûk arazi statüsünden çıkartmayacağını belirtir. Hüseyin Hüsnü de yaylak ve kışlakları pazar ve panayır yerlerinde olduğu gibi *“mîrinin mu’addün lil-istiğlâl arâzisi”* olarak tanımlar. Hüseyin Hüsnü, *Arâzî Kanunnâmesi Şerhi*, İkdâm Matbaası, 1324, s. 201.

<sup>19</sup> Âtîf Bey, s. 325.

<sup>20</sup> Ebül’ulâ Mardin’e göre sestem maksat nefse meşakkat vermeyecek derecede bağırmandır. Örneğin alelade bir ezan sesi kafidir. Kişinin yüksek bir yere çıkması da gerekmez. Ebül’ulâ Mardin, *Ahkâm-ı Arâzî*, s. 334. Halis Eşref ise mesafenin tespiti için yüz üçüncü maddede *“cehîrû ş-savî”* olarak tarif edilen sesi gür bir kimsenin *“aksâ-yı ‘umrandan”* yani yerleşim yerinin en kenarındaki hanelerden gücünün yettiği kadar yüksek sesle bağırması gerektiğini söyler. Halis Eşref, s. 111. Yüz üçüncü maddenin mevat arazi tarifi Hanefî mezhep fikhının teşekkül ve tedvininde büyük rol oynayan iki büyük âlimden biri olan Ebü Yûsuf’un görüşü üzerine bina edilmiştir. Ebü Yûsuf’a göre mevat arazide *“medâr-ı hükm”* umrandan uzaklıktır. Umrâna yakın olan mahaller sahipsiz olsa dahî ihyâ olunamaz. *“İmâmeyn”*den diğeri olan İmam Muhammed’e göre ise *“medâr-ı hükm”* arazinin intifaya konu olmamasıdır. Gerek umrana yakın gerek uzak olsun ahalinin intifa ettiği alanlar mevat arazi sayılmazlar. Halil Cemaleddin, s. 73.

kasaba ahaliğine tahsis edilmiş olmamasıydı. Aslında görünüşte bu iki kayıt arasında zorunlu bir münasebet yoktu, ancak yüz üçüncü madde daha sonra tedvin edilecek olan ve mevat arazilerle ilgili hükümleri de barındıran Mecelle ile birlikte düşünüldüğünde söz konusu bağlantının izlerinin mevcut olduğu görülmekteydi. Mecelle’nin 1270’inci maddesine göre mevat arazinin özelliklerinden biri aksâ-yı umrana, yani yerleşim yerlerinin sınırlarına uzak olmasıydı. Bir sonraki madde ise metrûk arazileri tarif etmekteydi ve umrana yakınlık bu arazilerin ayırt edici özelliği olarak öne çıkarılmaktaydı.

Mevat ve metrûke topraklar ile yerleşim yerleri arasındaki mesafe Arazi Kanunnâmesi ya da Mecelle’de bugünkü anlamda bir uzaklık birimi ile tarif edilmemiş olsa da çağdaş Osmanlı hukukçuları meseleyi açıklarken daha objektif ölçütler kullanmıştı. Halil Cemâleddin yerleşim yerlerinin sınırları ile mevat araziler arasındaki uzaklığı yarım saatlik bir mesafe olarak tarif etmekteydi ki söz konusu mesafe bir buçuk mil yani altı bin adıma tekabül etmekteydi.<sup>21</sup> Ebül’ulâ Mardin de aradaki mesafeyi aynı şekilde tarif etmişti.<sup>22</sup> Yerleşim yerlerinin sınırları ile mevat arazi arasında bulunan alanlara gelince, *“oradaki araziye civar ahalinin ihtiyacı ... [olduğundan] arâzî-i metrûke i’dâdına dâhil olunmaları nokta-i nazarı takib olunmuştur.”*<sup>23</sup> İhtiyaç ve tahsis arasındaki bağlantı Arazi Kanunnâmesi şârihlerinden Hüseyin Hüsnü’nün de vurguladığı bir husustu. Hüsnü Bey metrûk arazilerin yerleşim yerlerinin ne kadar uzağında olabileceği konusunda objektif bir ölçü kullanmamış, mesafe konusunu Mecelle’nin 1270’inci maddesine atıf yapmakla yetinmişti. Bununla birlikte metrûk arazilerle ilgili ahkâmı sıralarken ihtiyaç meselesine açıkça değinmişti: *“ahâlînin muhtâc olub müstağnî olamayacağı bu misillü arâzî kimseye verilemez ve bir gûna resim dahî alınmaz.”*<sup>24</sup>

Arazi Kanunnâmesi’nde müştereken kullanılan ormanlar farklı bölümlerde ele alınmıştı. Kanunnâmenin ikinci bâbının ilk faslı *metrûk* araziler hakkında olup toplam on iki maddeyi içermekteydi. Bölümde ele alınan ilk *metrûk* arazi türü köy ve kasabalara tahsis edilmiş olan baltalıklardı. Bölümü başlatan doksan birinci madde baltalıkları tahsisin yapıldığı yerleşim

<sup>21</sup> Halil Cemaleddin, s. 71.

<sup>22</sup> Ebül’ulâ Mardin, *Ahkâm-ı Arâzî*, s. 334. Meraların yerleşim yerlerine uzaklığını bir buçuk mülle sınırlandıran klasik dönem Osmanlı kanunnameleri hatıra getirildiğinde söz konusu mesafenin kadim hukuktan neşet etmiş olduğu açıktır.

<sup>23</sup> Ebül’ulâ Mardin, *Ahkâm-ı Arâzî*, s. 334.

<sup>24</sup> Hüseyin Hüsnü, *Arâzî Kanunnâmesi Şerhi*, İkdâm Matbaası, 1324, s. 193.

yerine mahsus *koru* ve *ormanlar* olarak tanımlamıştı.<sup>25</sup> Aslında baltalık, koru ve orman tabirlerinin gerek resmi makamlar gerekse halk tarafından birbiri yerine kullanılmasına sıkça rastlanırdı. Örneğin çiftliklere bağlı olarak tapu ile tasarruf olunan bazı korular halk arasında “çiftlik baltalığı” olarak adlandırılır ya da köylere tahsis edilmiş olan ormanlık alanlara “köy korusu” ve “köy ormanı” ya da “köy çırpılığı” dendiği olurdu.<sup>26</sup> Ancak mezkur maddeden anlaşılacağı üzere bu konuda farklı kullanımlar muteber tutulmamış, baltalık tabiri belirli bir orman türünü, diğer adlandırmaları dışarıda bırakacak şekilde, özellikle seçilmişti. Bir sonraki madde eski hukukun bir devamı ve tekidi olarak baltalıkların şahsi korulara dönüştürülmesini kesinlikle yasaklamaktaydı.<sup>27</sup>

Baltalıklar muayyen bir topluluğa tahsis edilmiş kaynaklar olduğundan harici kullanıma kapalıydı. İntifa, metrük arazilerin bedelsiz olarak tahsis edilmesi prensibine bağlı olarak resme tabi değildi. Bununla birlikte her iki madde ne intifa usullerini ne de harici kullanım durumunda uygulanacak prosedürü detaylandırmamıştı. Ancak kanunnâmenin metrük arazilerle ilgili yeni hükümler vazetmekten ziyade mevcut kullanım pratiklerini tedvin ettiği göz önünde bulundurulursa bu anlaşılır bir durumdu. Baltalıklarla ilgili yeni düzenlemelerin yapılması için modern ve bilimsel ormancılığın Osmanlı yönetici elitleri nezdindeki öneminin biraz daha artmasını beklemek gerekecekti.

Baltalıklarla ilgili bir sonraki düzenleme Arazi Kanunnâmesi'nin mevcut hükümlerini teyit etmekle birlikte intifa pratikleri konusunda hem bir takım yeni hükümler vazeden hem de müstakbel düzenlemeleri haber veren 1870 Orman Nizamnâmesi ile yapıldı. Orman Nizamnâmesi, Arazi Kanunnâmesi'nde olduğu gibi, temelde ortak kullanıma konu olan kaynakları düzenleme ihtiyacından neşet etmiş bir kanun metni değildi, ancak Arazi Kanunnâmesi'ne benzer bir şekilde müştereken kullanılabilen bir kaynak türünün, yani ormanların idare ve kullanım pratiklerini düzenleyen bölümler de içermekteydi. 1870 Orman Nizamnâmesi getirmiş olduğu yeni tasnif sistemiyle ormanları devlete, vakıflara, şahıslara ve belirli bir gruba ait olmak üzere dörde ayırmıştı.<sup>28</sup> Son gruptaki ormanlar bir köy veya kasaba halkına

<sup>25</sup> Kanunnâme-i Arâzi, m. 91. 1858 Arazi Kanunnâmesi'nin Latinize edilmiş versiyonu için bkz: Abdullah Sivridağ vd., *Tanzimat Sonrası Arazi ve Tapu*, Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü, 2014, s. 121.

<sup>26</sup> Halis Eşref, *Şerh-i Kanûn-i Arâzi*, Yuvanaki Panayotidis Matbaası, 1315, s. 528-529.

<sup>27</sup> Kanunnâme-i Arâzi, m. 92, *Tanzimat Sonrası Arazi ve Tapu*, s. 121.

<sup>28</sup> *Düstür, I. Tertib, 2*, s. 404. Ormanların kaba bir tasnifi aslında daha erken bir tarihte yönetici

tahsis olunmuş baltalıklardı. Ne var ki imparatorlukta müşterek kullanıma konu olan tek orman grubu baltalıklar değildi. Nizamname ile devlet ormanları grubuna dahil edilen *cibâl-i mübâha* ormanları ya da bizzat *mîrî* ormanları ortak kullanımın farklı türlerine konu olabilmekteydi.

Baltalıklar Orman Nizamnâmesi'nin üçüncü kısmında, yirmi bir ilâ yirmi altıncı maddeler arasında ele alınmıştı. İlk dört madde Arazi Kanunnâmesi'nde tedvin edilmiş olan hükümlerin tekrarıydı ibaretti.<sup>29</sup> Yirmi beşinci madde ise Arazi Kanunnâmesi'nin ticarete yönelik kesimler konusunda bıraktığı boşluğu net bir şekilde doldurmuş, ticarî ürünlerin öşre tabi olduğunu hatırlatmıştı.<sup>30</sup> Bir sonraki madde *muhassasunileyh*<sup>31</sup>e tanınan intifa ayrıcalığını aynı zamanda bir vazifeye dönüştürmüş, harici kullanımı engelleme ve kaynağı koruma görevini kendilerine tevdi etmişti. Bu görevin icrası ise zabıta memurları ve muhtarların sorumluluğuna bırakılmıştı.<sup>32</sup>

elitlerin zihninde yer bulmuştu. 1858 yılı başlarında “*diyâr-ı ecnebiyeye*” kereste satışı yasağı dolayısıyla Avusturya sefareti ile yaşanan bir anlaşmazlıkta sefarette bir müzekkere yazılmıştı. Müzekkerede ormanlar şu şekilde tasnif edilmişti: “*memâlik-i mahrûse-i şâhânedede olan ormanlar üç nev' olub biri yalnız mîrîye yani devlete 'âid ve diğeri yine devlete 'âid ise de civâr bulunan kazâ ve karye ahâlileri mücerred bir intifâ' etmek ve hâsıl edecekleri kereste ve hatabı yine derûn-i memâlik-i mahrûse-i şâhânedede sarf ve fûruht etmek üzere ahâli tarafından kesilmekte olan ve üçüncü dahî bazı ashâb uhdelinde bulunan ormanlar olmasıyla ...*”. BOA, HR.MKT 329-16, s. 5 / M. 7 Ocak 1858. Açıklamada ahâlinin intifasına tahsis edilmiş olan ormanların da devlet ormanı olarak nitelendirilmesi dikkat çekicidir.

<sup>29</sup> “21. Madde: Kasabât ve kurâ baltalıkları kadîmden bir karye veyahut kasabaya ihtitâben ve intifâ'an tahsis edilmiş olan koru ve ormanlardır. 22. Madde: Her kasaba ve karyenin baltalığı ol kasaba ve karyenin ahalisine mahsûs olub bunların eşcârını kat' etmek hususunda ve ahvâl-i sâire-i intifâ'iyesinde arazi kanunnâme-i hümâyûnunun doksan bir ve doksan ikinci maddelerinin hükmü mücebince her kasaba ve karye ahâlisinin muayyen olan salâhiyetine diğeri karye ve kasaba halkının müdâhalesi memnû'dur. 23. Madde: Kasabat ve kura baltalıklarının gerek araziye tab'iyetle ve gerek yalnız eşcâr itibâriyle şahs-ı mahsûs tarafından tasarrufu memnû'iyet-i kanuniye tahtındadır. 24. Madde: Minelkadîm ahaliye tahsis ve terk olunmuş olan koru ve ormanlara müteallik davalarda arazi kanunun yüz ikinci maddesi mücebince mürûr-ı zamana itibar olunmaz.” *Düstür, I. Tertib, 2*, s. 408-409.

<sup>30</sup> “25. Madde: her kasaba ve karye ahâlisini heyet-i mecmûası kendi kasaba ve karyelerine mahsûs olan baltalıktan müştereken ve münferiden istifade ederler şu kadar ki baltalıklarda ticaret için kat olunan keresteden muâmelat-ı meriyyesine tevfiқан kemâkân öşür alınacaktır”. *Düstür, I. Tertib, 2*, s. 409.

<sup>31</sup> Lehine tahsis yapılan kimse. 1858 Arazi Kanunnâmesi şerhlerinde sıkça geçen bu kavram belirli bir kaynaktan müştereken istifade etme hakkına sahip olan kimseleri nitelendirmektedir. Bkz: Ali Haydar, s. 430; Halil Cemaleddin, s. 484; Halis Eşref, s. 521-523, 553.

<sup>32</sup> “26. Madde: Her kasaba ve karye ahâlisi kendi baltalıklarından gerek odun ve kömür olmağa sâlih olan ağaçları ve gerek kerestelik eşcârî âhar kasaba ve karye ahâlisine kesdirmemeğe ve kömür imal olunacak mahalleri tayin ile ormanı harabdan vikâye etmeğe mecbur ve zabıta memurlarıyla muhtarlar bu muhafazayı icra ettirmeye memurdurlar.” *Düstür, I. Tertib, 2*, s. 409.

1870 Orman Nizamnâmesi kaynaklarını daha rasyonel ve efektif bir biçimde yönetmeyi amaçlayan modern devlet politikaları doğrultusunda hazırlanmıştı. Aslında söz konusu anlayışın izleri yirmi yıl öncesine kadar uzanmaktaydı. 1851 yılında imparatorluğun orman zenginliğinin araştırılması konusunda bir tahrir işine girilmişti.<sup>33</sup> *İsti'lâmnâme-i umûmî* adıyla bilinen bu sayımda tespiti yapılacak hususlar maddeler halinde belirlenmişti ve bunlardan biri de “*karyelere mahsus ormanlar[a] ahali[nin] neye mebnî muhtâc*” olduğu ve intifalarının niteliğinin hakkındaydı.<sup>34</sup> On yıl sonra devlete ait ormanların idaresine ilişkin altmış sekiz maddelik bir nizamnâme yayınlandı.<sup>35</sup> Nizamnâmenin başlığında baltalıklar ile *cibâl-i mübâha* gibi ortaklaşa kullanılan orman gruplarının dışarıda tutulduğu açıkça ifade edilmekteydi, ancak nizamnâme *mîrî* ormanlarında hayvan otlatmanın ya da ormanın ağaç ve otlarından yararlanmanın hangi kurallar dahilinde yapılacağına dair içerdiği hükümlerle müşterek kullanımın devlet ormanlarında da cari olduğunu onaylamaktaydı.

1870 Orman Nizamnâmesi köy ve kasabalara tahsis edilmiş olan baltalıklarla ilgili intifa pratiklerine bir parça açıklık getirmişti, ancak böyle bir kaynağı olmayan köylülerin hane içi ihtiyaçlarını nasıl temin edecekleri meselesini yeterince aydınlatmadığı gibi geçimlerini ormancılıktan kazanan ahalinin baltalarını da havada bırakmıştı. Üstelik sınırları şimdiye kadar belirlenmemiş bir intifa şekline konu olan *cibâli-i mübaha* ormanlarının da artık devlet ormanları şeklinde muamele göreceği durumu köylüler açısından daha da karmaşık ve sorunlu hale getirmişti. Nizamnâmenin beşinci maddesine göre köylü ticari amaçlar dışında devlet ormanlarından bedelsiz olarak yararlanmaya devam edebilecekti, ancak söz konusu intifanın nasıl, ne zaman ve hangi şartlar altında gerçekleştirilebileceği hakkında bir kural vazedilmemişti. Beşinci madde köy pazarında satılmak üzere yapılan kesimleri de vergiden muaf tutmaktaydı, bununla birlikte söz konusu ticaretin ayrıntıları gelecekte ilan edilecek özel bir talimata havale edilmişti. 18 Mayıs 1871 tarihinde yürürlüğe giren talimat devlet ormanlarının hane içi ve ticarî

amaçlarla kullanımını meselesini ayrıntılı olarak açıklamaktaydı.<sup>36</sup>

Talimat, baltalığı olmayan köylülerin taleplerini yetkili mercilere nasıl ulaştıracaklarını düzenlemekle işe başlamıştı. Birinci faslın ilk maddesinde yer alan usule göre köy ihtiyar meclisleri her sene Mart ayından önce ahalinin zaruri ihtiyaçları<sup>37</sup> için *mîrî* ormanlarından talep edecekleri kereste, odun ve kömürün miktarını gösteren bir belgeyi bağlı buldukları kazanın orman memuruna iletceklerdi. İkinci madde orman memurlarını belgenin sıhhati ve köylülerin ihtiyaçlarının gerçeğe uygun olup olmadığını soruşturmakla görevlendirmekteydi. Memurların bir sonraki görevleri kesilecek ağaçların damgalanması ile kesim yapılacak ve kömür imal edilecek alanın belirlenmesiydi. Dördüncü madde kesim ve nakil işlemlerinin belirlenen süreler içinde yapılmasına ihtimam gösterilmesini istemekteydi. Devam eden dört madde ağaçların kesimi ve teslimi sonrasında uygulanacak resmî muamelatı açıklamaktaydı. Talimatta ahalinin orman ürünlerine olan ihtiyacını acil bir şekilde arttıracak yangın ve sel gibi durumlar da düşünülmüştü. Buna göre bu gibi olağanüstü hallerde belirlenen sürelere bakılmayarak ormandan odun ve kereste tedarik edilebilecekti.

İkinci fasıl ticari amaca yönelik kesim faaliyetlerini düzenlemekteydi. Bölümde öncelikle bu işe mezun olan grubun özellikleri sayılmıştı. Buna göre *mîrî* ormanlarından ticarî amaçla kesim yapabilecek kimselerin a.) *mîrî* ormanları dahilinde veya bu ormanlara bir iki saat mesafede ikamet etmeleri, b.) köylerine ait mevcut bir baltalığın olmaması ve c.) *hatab ve kömür kat*, *ve imal ve nakl ve fûruhtuyla taayyüş edegelmeleri* gerekmemekteydi. Devamında söz konusu grubun *ticaret-i mahsûsalarını* sürdürebilmek için uymaları gereken esaslar açıklanmaktaydı. Sayılan özelliklere sahip köy ahali her sene Mart ayından evvel köyün nüfusu, sene içinde kesilecek ağaçların cins ve miktarı, nakil işlemlerinde kullanılacak olan hayvan ve araba sayısı ile satışın yapılacağı pazar yerinin ismi gibi bilgileri içeren bir dilekçe ile bağlı buldukları mutasarrıflığa başvuracaklardı. Verilen dilekçeler orman müfettişinin de katılımı ile livâ meclisinde incelendikten sonra valiye arz

<sup>33</sup> Selçuk Dursun, *Forest and the State: History of Forestry and Forest Administration in the Ottoman Empire*, (Doktora Tezi), Sabancı Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007, s. 156-163.

<sup>34</sup> *A.MKT.NZD 37-95/s. 3, H. 27 Şaban 1267 / M. 27 Haziran 1851.*

<sup>35</sup> “Devlete Ait Ormanlar Yani Eşhâs Uhdesinde Olan ve Kasabât ve Kurâyâ Mahsûs Bulunan Korular ve Baltalıklar İle Ahâlinin Muhtâc Olduğu Cibâli Mübâhadan Maadâ Olan Mîrî Ormanlar Hakkında 68 Maddelik Nizamnâme Lâyihası”, Halil Kutluk, *Türkiye Ormancılığı İle İlgili Tarihî Vesikalar*, Tarım Bakanlığı Orman Genel Müdürlüğü, 1948, s. 186-195.

<sup>36</sup> “Orman Nizamnâmesinin Beşinci Maddesi Hükmünce Ahâlî-i Kurâyâ Meccânen Verilmesi Lâzım Gelen Kereste ve Hatab ve Kömürün Süret-i İ'tâsı Hakkında Talimât”, *Düstür*, 1. Tertib, 3, s. 285.

<sup>37</sup> Söz konusu zarurî ihtiyaçlar Orman Nizamnâmesi'nin beşinci maddesinde şöyle sıralanmıştı: “Ahâlî-i kurâ süknâlarıyla anbar ve ağıl misillü muhtac oldukları ebniyyeyi ta'mîr ve müceddeden inşa etmek ve araba ve edevât-ı zirâ'at i'mâl eylemek ve ihtiyâcât-ı beytiyeleri mertebesinde kömür yapmak ve odun olmak için mîrî ormanlarından meccânen kereste ve eşcâr kesecek”. *Düstür*, 1. Tertib, 2, s. 404.

olunarak vilâyet sermüfettişinin görüş ve bilgilerini içerecek şekilde kabul veya red olunacaktı. Taleplerin kabul olunması durumunda uygulanacak resmî muamelat ise kesilecek ağaçların damgalanması ve kesim sonrasında yapılacak kayıt işlemleri hakkında olup evvelki süreç kadar karmaşık değildi. Talimatın son maddesi büyük ölçekli ticaret için yapılacak olan kesimleri ise Orman Nizamnâmesi'nin ilgili maddelerine havale etmişti.

Ticarete yönelik ağaç kesiminin vergilendirilmesi meselesi yaklaşık üç yıl sonra Şûrâ-yı Devlet'e bağlı Tanzimat Dairesi'nde ayrıntılı bir şekilde tartışılacaktı. 1874 yılının 23 Şubat'ında daire, Orman Nezâreti bünyesinde oluşturulan bir komisyonun hazırlamış olduğu bir mazbatayı mütalaa etmekteydi. Komisyon *mîrî* ormanları ve baltalıklardan yapılan usulsüz kesimi önlemeye yönelik çareler aramaktaydı. Edinilen bilgilere göre orman civarında meskun ahali, ki *mîrî* ormanlarının çoğunun içinde veya yakınlarında köyler bulunmaktaydı, tüccar ile gizlice anlaşarak gerek *mîrî* ormanlarından gerekse baltalıklardan büyük çaplı kesimler yapmaktaydı. Ormanların "*az bir vakitte harâb olmasına*" sebebiyet verecek bu suistimalin sebebi komisyona göre Orman Nizamnâmesi'nin ahaliye küçük çaplı ticarete yönelik kesim serbestiyeti veren beşinci maddesiydi. Komisyon suistimali önlemek üzere üç çözüm yolu önermişti. Birinci olarak baltalıklardan ticarete yönelik yapılan tüm kesimler vergilendirilmeliydi. İkinci olarak müfettiş, kolcu ve korucu gibi memur sayısı arttırılmıyordu. Son olarak çapı ve varış noktası fark etmeksizin ticarete yönelik tüm kesimlerden her yüz kıyye odun için yirmi, kömürden ise yüz kıyyede kırk para resim alınmalıydı. Komisyon şahıslara ait ormanların da düzenleme kapsamına alınmasını istemişti. Hali hazırda şahıs ormanlarından farklı adlarla vergi alınıyor olmakta ise de bunların kapsam dışı bırakılması tahribata yol açacağından şahıs ormanlarının da aynı oranlarda vergiye tabi tutulmasını önermişti.

Komisyonun ormanların *hüsn-i muhafazası* adına sunmuş olduğu çözüm önerileri bahsi geçen beşinci maddenin tadil edilmiş versiyonuyla birlikte müzakere olunmak üzere heyet-i umûmiyeye takdim edildi. Ancak bu öneriler komisyonun ittifakla almış olduğu bir karar değildi. Komisyon üyelerinden Cemil Paşa ile Serkiz ve Necib efendiler beşinci maddenin tadili için muhalif yönde oy kullanmışlardı. Bahsi geçen üyelere göre ticarete yönelik tüm kesimlerin vergiye tabi tutulması geçimlerini orman ürünlerinin satışından sağlayan kimseleri mağdur edeceği gibi temel ihtiyaç maddelerinden olan odun ve kömürde fiyat artışına ve dolayısıyla vurgunculara fırsat verilmesine sebep olacaktı. Şahsi ormanların vergilendirilmesine gelince, bu yönde bir uygulama

mutasarrıfların tasarruf haklarını ihlal edeceğinden ayrıca sakıncalıydı. Muhalif üyeler çekincelerini 24 Şubat günü toplanan heyet-i umûmiyede de dile getirdiler, ancak heyet beşinci maddenin "*her karyenin mensup olduğu pazar yerine ahalinin götürecekları odun ve kömürün* [vergidir] *muafiyetine dair bulunan fıkra-i ahîresinin hazf olunmuş* [çıkarılmış] *olan nüshasını müttehiden*" kabul etti. Bununla birlikte heyet, ev ve zirâî ihtiyaçlara yönelik kesimlerden vergi talep edilmemesine "*itinâ kılınmasını*" da vurgulamıştı. Tadil edilen maddenin bir sonraki durağı encümen-i hass-ı meşveretti. Kuruma göre yapılması önerilen değişikliğe "*hiçbir diyecek yoktu*". Medeni tüm devletler ormanları en büyük servet kaynağı olarak görüyordu ve "*Allah'a şükür*" memleketleri bu kaynağa fazlasıyla sahipti. Hal böyleyken ormanları korumamak ve imar etmemek düşünülemezdi, ancak düşünülmesi gereken bir de "*ahali*" vardı. Heyete göre düzenlemede odun ve kömürün naklolunacağı pazarların uzak ve yakın olarak ayrılmaması ahali için zorlu ve sıkıntılı durumlara sebep olacaktı. Bu nedenle söz konusu verginin yalnızca "*mahrec olan iskelelere hasrı*" daha uygun görüldü. Ancak bu gibi yerler zaten belediye dairelerince vergilendirildiğinden "*onun dahi affı*" kararlaştırıldı. Komisyonun yeni memur alımına yönelik önerisi ise mevcut memur sayısının şimdilik yeterli olması nedeniyle kabul edilmedi. Son olarak heyetin 11 Mart tarihli söz konusu görüşlerinin Bâbîâli'ye gönderilmesine *müttehiden* karar verildi.<sup>38</sup>

Baltalıklar, küçük çaplı ticarete yönelik kesimlerin vergilendirilmesi önerisinden kurtulmuş olarak bir yıl sonra tekrar merkezî idarenin gündemine girdi. Bu kez konu *muhasasunileyhin* dışında kesim yapanların akıbetleri idi. Mecelle Cemiyeti 1875 yılı sonlarında Şûrâ-yı Devlet bünyesindeki Tanzimat Dairesi'ne bir müzekkere göndermişti. Müzekkere ahali arasında mukateleye varan baltalık anlaşmazlıklarının nasıl çözüleceği hakkında olup Arazi Kanunnâmesi'ndeki mevcut hukuki boşluğun doldurulmasını talep etmekteydi. Cemiyet aslında bir çözüm yolu da önermiş, *mîrî* arazide ve tapuyla tasarruf olan korularda cari hükümlerin baltalıklara da şümûlünü önermişti. Söz konusu uygulamaya göre bir kimse *mîrî* arazilerde kendiliğinden biten ya da tapulu korularda yetişen ağaçları haksız yere kestğinde ağaçların kıymeti miktarınca bir tazminat ödemeye mahkum edilirdi. *Mîrî* arazide, arazinin çıplak mülkiyeti beytül mâle ait olduğundan tazmin hakkı devletindi. Tapulu korularda ise bu hak arazi mutasarrıflarına bırakılmıştı. Baltalıklara gelince, bunların menfaati tahsisin yapıldığı köy ahalisine ait bulunduğundan şahıslara

<sup>38</sup> BOA, İ.MMS 48-2056, H. 22 Muharrem 1291 / M. 11 Mart 1874.

ait korularda olduğu üzere tazmin hakkının *muhassasunileyhe* bırakılması icab ederdi. Cemiyet bu uygulamanın baltalıkların ahali tarafından korunmasına yönelik dikkati arttıracığı ve haksız kesimleri önleyeceği şeklinde iki olumlu sonucuna da dikkat çekmişti. Teklif 17 Aralık 1875 tarihinde toplanan Tanzimat Dairesi'nde kabul edilerek Arazi Kanunnâmesi'nin baltalıklarla ilgili doksan birinci maddesine tezyil olunmak üzere encümen-i mahsûs-ı meşverete havale edildi. 4 Nisan 1876 tarihinde burada hazırınca tasvip edilen teklif ertesi gün uygulamaya kondu.<sup>39</sup> Böylelikle baltalıklardan *muhassasunileyh* dışında kesim yapanlardan alınacak tazminatın *muhassasunileyh* arasında paylaşılması esas kabul edilmiş oldu.

Bu tarihten yalnızca iki ay önce baltalıklar ormanlar üzerinde hak iddia eden kimselerin ellerinde bulundurdukları belgelerle ilgili olarak bir kez daha merkezî idarenin gündemine girmişti. 19 Şubat 1876 tarihinde şahıs korularına ait tapu senetlerinin nasıl inceleneceği konusunda bir talimat yayınlanmıştı. Talimatın beşinci maddesi bir şekilde baltalıklara da değinmek zorunda kalmıştı. İlgili maddenin baltalık tarifi önceki düzenlemelerin tekrardan ibaretti, ancak baltalıkları ev ve ziraî aletler gibi zaruri ihtiyaçların teminine yeterli gelen kaynaklar olarak nitelendirerek tahsisin sınırlarını net bir şekilde çizmiş oluyordu. Maddenin devamında yetkililerden ahalinin sınır anlaşmazlıkları dolayısıyla yerel yöneticilerden temin ettikleri belgeleri bu mantıkla değerlendirmeleri istenmekteydi. Buna göre ihtiyaç fazlası alanın, ahali öyle iddia etse bile, baltalık olarak muamele görmesi mümkün olmayıp *cibâl-i mübâhadan* sayılması gerekecekti.<sup>40</sup> Bununla birlikte 1906 gibi geç bir tarihte bile ihtiyaç fazlası baltalığı bulunan köyler bulunmaktaydı. Örneğin odun ihtiyaçlarına fazlasıyla yetecek miktarda baltalığı bulunan Podgiran köyü baltalığının doğu bölümünü bir köy, kuzeydoğu bölümünü ise başka bir köyle paylaşmaktaydı.<sup>41</sup>

1870 Orman Nizamnâmesi devlet ormanlarından yararlanmanın bir diğer türü olan hayvan otlatma (*ra'y*) konusu da düzenlemekteydi. Aslında *ra'y* kurallarını düzenleyen maddeler 1861 tarihli talimatta vazedilen hükümlerin tekrardan ibaretti.<sup>42</sup> Orman Nizamnâmesi'nin on üç ila on

altıncı maddelerinde yer bulan hükümler köylü veya tüccarların, hayvanlarını devlet ormanlarında otlatmak istediklerinde uymaları gereken kuralları açıklamaktaydı. Öncelikle ağaç kesiminde olduğu gibi yetkililerin detaylı bir şekilde bilgilendirilmesi şarttı ve bu iş için muhtarlar aracı olarak seçilmişti. Muhtarlar on üçüncü ve devamındaki maddelerde beyan olunduğu üzere köylünün ormanda otlatmak istedikleri hayvanların cinsini ve sayısını gösteren bir defteri orman memurlarına iletilecek, daha sonra orman memurları hayvanatın ormanda kalacakları süreyi ve ne şekilde otlatılacağını tayin edeceklerdi. Köylüler tayin edilen hududun aşılması için sürülerini ormanda başıboş bırakmayacak ve her karye sürüsü için bir çoban tayin etmek zorunda olacaktı. On altıncı madde köy ahalisinden olmayıp dışarıdan gelen ve tüccar malı olan sürüler için uygulanacak mevzuatı açıklamaktaydı. Buna göre sürü sahibi hayvanlarını *mîrî* bir ormanda duraklatmak ve otlatmak istediğinde önce orman memurlarından ruhsat temin edecekti. Sürünün otlayacağı mahaller yine orman memurları tarafından tayin olunacaktı ancak tüccarın, köy ahalisinden farklı olarak *mîrî* ormandan yararlanması karşılıksız olmayacaktı. On altıncı madde "*eski muamelât ve nizâmât*"a gönderme yaparak bu gibi tüccardan resim alınacağını bildirmekteydi. Ne var ki gerek *ra'y* meselesi gerekse ormanlardan yararlanmanın diğer biçimleriyle ilgili hükümler tüm vilâyetlerde henüz uygulanmaya başlanmamıştı. Bu nedenle 1875 yılı Kasım'ında ormanları idare altına alınmayan vilâyetlere yönelik on maddelik bir talimat yayınlandı. 1875 talimatı, Orman Nizamnâmesi'nin

zımnen, 1870 Orman Nizamnâmesi'nin ise kısmen değinilen bir konu olarak hayvan otlatma meselesi 1845 yılı Temmuz'unda yayınlanan irâde ile bir nizama sokulmak istenmişti. Ancak söz konusu nizamname mera, yaylak-kışlak ve otlak gibi *metrûk ve mevat* arazi sınıfına giren arazilerden ziyade tapu ile tasarruf olunan ekili alanların korunmasını dert edinmişti. Nizamnamenin başlangıç kısmındaki açıklamada Anadolu ve Rumeli'nin birçok bölgesinde çobansız olarak otlatılan hayvan sürülerinin ekinlere zarar vermekte olduğu ve bu durumun hayvan sahipleri ile ahali arasında çeşitli anlaşmazlıklara neden olduğu bildirilmekteydi. Oldukça ayrıntılı bir şekilde hazırlanan on üç bentlik nizamname sürü sahiplerine çoban tutma zorunluluğu getirdiği gibi sürünün neden olacağı olası zararlardan da onları sorumlu tutmuştu. Çoban ve sürünün sayısı arasındaki dengenin belirlenmesi işi ise idarî meclislere ve ziraat müdürlerine bırakılmıştı. Nizamname ekili tarlaların hasat öncesinde veya sonrasında hayvan idhaliyle zarara uğratılmasını kesin bir dille yasaklamaktaydı ve mahsul kalktıktan sonra kadîmden hayvan otlatma hakkı bulunanlar konusunda sessiz kalmıştı. Vuku bulan zararların tazmini ve cezalandırılması konusunu ise zararın kasden mi kazâen mi vuku bulduğuna göre ayrılmıştı ve kasdî zararların sonuçları arasında yirmi dört saate kadar hapsedilme cezası dahi bulunmaktaydı. Üstelik gözetim altına alınma tehdidi yalnızca sürüden sorumlu olan kimseler için geçerli değildi, başıboş bulunan hayvanlar dahi bu iş için belirlenmiş özel alanlara "*vaz' ve habs*" edilecekti. Hayvanını "*tokad*" denilen gözetim alanlarından zorla çıkarmaya kalkışanları da hapis cezası bekliyor olacaktı. *BOA, C.IKTS* 25-1215 H. 5 Receb 1261 / M. 10 Temmuz 1845.

<sup>39</sup> *BOA, İ.MMS* 54-2406, H. 9 Rabiülevvel 1293 / M. 4 Nisan 1876.

<sup>40</sup> "Ormanların İddi'â-yı Tasarrufunda Bulunan Eşhâsın Hâmil Oldukları Senedâtı Mu'âyene Etmek Üzere Bazı Vilâyât ve Elviyeden Bu Def'a Teşekkül Etmiş Olan Komisyonların Mu'âmelât-ı Lâzimesi Hakkında Kaleme Alınan Talimât", *Düstür, I. Tertib*, 3, s. 300.

<sup>41</sup> *BOA, TFR.I.SL* 97-9648, H. 29 Zilhicce 1323 / M. 24 Şubat 1906.

<sup>42</sup> İlgili talimatın 33 ilâ 37'inci maddeleri için bkz.: Kutluk, s. 187. 1858 Arazi Kanunnâmesi'nde

bazı maddelerini detaylandırmakla birlikte köylünün devlet ormanlarındaki intifa haklarını sınırlandıran bazı ilaveler de içermekteydi. Örneğin talimatın birinci maddesinde intifa haklarını daraltan ek hükümler bulunmaktaydı. İlgili maddeye göre köylü yakacak ihtiyaçlarını temin etmek için öncelikle orman içinde haliyle kalmış ağaç parçalarını veya kendiliğinden devrilmiş, kurumuş yahut çürümüş ağaçları kullanacak, sağlıklı ağaçları ancak bu tür ağaçlar olmadığı takdirde kesebileceklerdi. Altıncı madde ise hayvan otlatma konusunda sınırları daraltan bir hüküm vazetmişti. Buna göre on beş yaşını geçmemiş ağaçların bulunduğu ormanlarda hayvan otlatılması yasaklanmıştı.<sup>43</sup>

Beş ay sonrasına tarihlenen bir başka talimat orman ürünlerinin vergilendirilmesi meselesini yeniden ele almaktaydı. 19 Nisan 1876 tarihli talimatın ilgili hükümleri Orman Nizamnamesi ve 1871 tarihli talimatın muhtasar bir tekrarıydı. Buna göre ormanlara mücavir bulunan köy ahalipleri hane içi ihtiyaçları için devlet ormanlarından bedelsiz yararlanmaya devam edebilecekleri gibi şehir ve kasaba halkının zaruri ihtiyaçlarını karşılamak üzere kendi araba ve hayvanlarıyla naklederek sattıkları orman ürünleri için de vergi ödemek zorunda olmayacaklardı. Ancak fabrika, taş ocağı ve buna muadil “*ziyâde ticaret veren*” mal sahiplerine ya da deniz ve nehir iskeleleri ile demiryolu mevkiilerinde sattıkları odun ve kömür için orman hakkı ve pul resmi ödemeye devam edeceklerdi.<sup>44</sup>

*Mîrî* ormanları ve baltalıklardan müştereken yararlanma şekilleri 1858 Arazi Kanunnamesi ve 1870 Orman Nizamnamesi ile temel şeklini almakla birlikte devamındaki talimatlar intifa kurallarını daha ayrıntılı bir şekilde düzenlemek üzere hazırlanmıştı. Söz konusu hukukî düzenlemelerin tümü milli servet olarak görülmeye başlanan ve kanun koyucular nezdindeki önemi buna paralel olarak artan ormanların daha sıkı kurallar çerçevesinde idare edilmesi prensibine dayanmaktaydı. Bu durum zarurî ihtiyaçların temin edilmesi ya da ticarî kazanç elde edilmesine yönelik intifa biçimlerinin yanı sıra hayvan otlatma kurallarının evriminde de kendisini göstermekteydi.

<sup>43</sup> “Ormanları Taht-ı İdâre ve İnzibâta Alınmayan Vilâyâta Mahsûs Talimât”, *Düstur*, 1. Tertib, 3, s. 281-284.

<sup>44</sup> “Alel’umûm Ormanlardan Çıkarılan Kereste ve Hatab ve Kömürlerden Ahz ve İstifâ Kılınacak Rûsûmât ile Mukâbilinde Sarf Edilecek Tezâkir ve Pulların Envâ’ını ve Rûsûmâtın İstihsâl ve Tezâkirin İsti’ mâline ve Tetkik ve Kontrollerine Dâir Talimât”, *Düstur*, 1. Tertib, 3, s. 291.

## II. *MÎRÎ* ORMANLARINDA MÜŞTEREK İNTİFAYA BİR ÖRNEK: HAYVAN OTLATMA (RA’Y) MESELESİ

Orman Nizamnamesi ve devamındaki talimatnâmeler müşterek kullanıma konu olan orman türleri üzerindeki intifa haklarını bilimsel esaslara uygun olarak düzenlemeye çalışsa da hukukî mevzuatın var olmuş ve var olacak tüm problemlere cevap vermesi her daim mümkün olmamaktaydı. Bu nedenle halihazırdaki boşlukların doldurulması için söz konusu problemlerin ortaya çıkmasını beklemek gerekiyordu. Örneğin aşiretlerin iskân edilmesinin ekonomik ve politik saiklerle hız kazandığı on dokuzuncu yüzyıl sonlarında hem hazineyi zarara uğratmayacak, hem ormanları koruyacak hem de ahaliyi memnun edecek formüller her zaman mevcut mevzuattan çıkarılamıyordu. Bazen mevzuatın kendisi uygulamada karmaşaya neden oluyor, merkezi yönetim ve yerel idarecilerin uzlaşmaya varması yıllar alıyordu. İntifa hakkı sahipleri ise kendileri için en faydalı olacak kararın hangi taraftan çıkacağına bağlı olarak tavır alıyorlardı. On dokuzuncu yüzyıl sonlarında yaşanan bir vaka hukukî mevzuattaki boşlukların nasıl doldurulduğunu anlamamıza yardımcı olduğu gibi mevzuatın uygulanması konusunda merkezî ve yerel idarenin takındığı tutumu da ortaya koymaktaydı.

Mâliye, Dâhiliye, Orman ve Maadin ve Ziraat nezaretleri ve Şûrâ-yı Devlet gibi merkezî kurumlar ile Konya vilâyet meclisi gibi yerel temsilcilerin yer aldığı olayda taraflar devlet ormanlarında hayvan otlatan bölge aşiretlerinin yaylak ve kışlak resmini ödeyip ödemeyeceği konusunda kilitlenmişti. Yaklaşık on beş yıllık bir süreyi kapsayan ve nedenleri daha sonra açıklanacak olan anlaşmazlık Konya vilâyet meclisinin 1884 yılı sonbaharında Mâliye Nezâreti’ne yazarak Hamid sancağında meskûn Saçıkaralı aşiretinin söz konusu vergiden muaf tutulmasını istemesiyle başlamıştı. Nezaret 23 Ekim’de gönderdiği cevapta meclis yöneticilerine Orman Nizamnamesi’nin konuyla ilgili maddelerini hatırlatarak talebi reddetmişti. Yaklaşık yirmi gün sonra Konya vilâyet muhasebesine gönderilen bir başka talimat benzer bir talebin üç yıldan beri Teke sancağında meskun Sarıkeçili ve sair aşiretler için de yapıldığını ifade etmekteydi. Üstelik yerel yöneticiler nezaretten bir cevap alamadıkları için bu süre zarfında yaylak ve kışlak resmini toplamamışlardı. Mâliye Nezâreti vilâyet idare meclisine yazarak verginin toplanması konusunda harekete geçilmesini istedi. Ayrıca merkezden aksi yönde bir emir gelmediği sürece bir cevap gelmiş gibi davranılarak “*vâridâtın ahzedilmemesi*”nin nizamına uygun olmadığı da kendilerine hatırlatılmıştı. Vilâyet meclisi Aralık ayının ilk günü toplanarak Hamid, Teke ve Burdur mutasarrıflıklarına gerekli

yazıyı ilettiler.<sup>45</sup>

Merkezî kurumlar ve yerel temsilciler aşiretlerin ne yapması gerektiğini görüşürdün sesleri olay boyunca yalnız bir kez duyulan aşiret üyeleri meramlarını yerel idareye bizzat iletme çabası içine girmişti. 19 Mart 1885 günü Çakal, Hacıabalı, Kanaslı, Tünkveşli, Sarıkeçili, Eskiborlu, Karahaslı, Çomanlı, Korşu, Bekçi Osman ve Saçıkara aşiretlerinin temsilcileri Konya vilâyet meclisi üyelerine hitaben dokunaklı bir telgraf göndermişlerdi. İfadelerine göre kendileri yerleşik ahaliden farksız olarak ziraatle meşgul olup üzerlerine düşen her nevi “*tekâlif-i emîriye*”yi ifa etmekte oldukları halde kışlak vergisi talebinde bulunan mültezimlerin “*insafsız hareketleri altında ezilmekte*”lerdi. Geçim kaynaklarını “*üç beş deve sırtında*” yük taşımak, hayvancılık ve ziraat olarak sıralayan aşiretler söz konusu vergiyi ödeyebilmek için geçim vasıtaları olan “*nesneleri*” satmak zorunda kalmaktalardı. Ayrıca *mîrî* ormanlarından “*istifâde etmedikleri*” gibi yaylaya çıktıklarında da kendi tasarruflarında olan arazilerde oturmaktaydılar. Aşiretler son olarak “*orman memurları tarafından indî ve keyfî olarak vaz*” edildiğini ifade ettikleri söz konusu verginin istihsaline devam olunması halinde olacaklara karşı yetkilileri uyarıyordu. İfadelerine göre böyle bir durum halinde “*her biri bir tarafa çekilüb gitmek*” zorunda kalacaktı.<sup>46</sup>

Aşiret vekilleri taleplerini böylece iletikten sonra sahne gerisine geri çekilmişlerdi. Bu arada merkezî yönetim ve yerel idareciler arasında yazışma trafiği yeniden başladı. 1885 yılı Ağustos ayının ilk günü Şûrâ-yı Devlet de meseleye dahil olarak *mîrî* ormanları civarında bulunan aşiretlerden yaylak-kışlak vergisinin alınmamasına hükmetti.<sup>47</sup> Ancak söz konusu muafiyet *mîrî* ormanların dışında hayvanlarını otlatacak merası bulunmayıp, ormana hemcivar olan ahaliye hasredilmişti. Ormana uzak ve merası bulunan ahaliden teamülüne göre vergi alınmaya devam edilecekti. Nüfus ve emlak sayımına

<sup>45</sup> BOA, ŞD 1739-1, s. 1, M. 12 Safer 1302 / M. 1 Aralık 1884.

<sup>46</sup> BOA, ŞD 1739-1, s. 5, H. 2 Cemazeyilahir 1302 / M. 19 Mart 1885. Benzer bir talep bu tarihten çok daha önceleri, 1851 yılı ilkbaharında Aksaray kazası ahali tarafından da yapılmış, “*kışlak rûsûmu vâridât-ı mukarraradan bulunduğu ve sâir mahallerde*” alınmaya devam edildiği gerekçesiyle reddedilmişti. BOA, A.MKT.DV 35-1, H. 17 Cemazeyilahir 1267 / M. 19 Nisan 1851.

<sup>47</sup> Aslında Şûrâ-yı Devlet meseleye daha evvel bir tarihte, 1884 sonbaharında dahil olmuştu. 19 Ekim 1884 tarihli bir belgede Aydın vilâyet meclisi iskân sürecini zora soktuğu ve iskânın faydalarının yaylak ve kışlak resminin kaldırılmasıyla hâsil olacağı gerekçesiyle mezkur resmin kaldırılmasını talep etmiş, gelen cevapta Orman Nizamnamesi’nin ilgili maddelerine atfen iskân edilen aşiretlerin de “*ifâ-yı rûsûma mecburiyetlerinin tabî olduğu*” bildirilmişti. BOA, ŞD 302-30; BOA, İ.ŞD 71-4162, H. 5 Muharrem 1302 / M. 25 Ekim 1884.

dahil edilmeyen seyyar aşiretler de benzer biçimde yaylak-kışlak resmine tabi olacaktı.<sup>48</sup> Şûrâ-yı Devlet’in kararı Eylül ayının son günü Dâhiliye Nezâreti vasıtasıyla Konya vilâyet meclisine iletildi. Dâhiliye Nezâreti göçebe aşiretlerin, temettü vergisinin alınmasını gerektirecek bir ticaretle uğraşmaları halinde mezkur vergiyeye tabi olacaklarını eklemeyi de ihmal etmedi.<sup>49</sup> Nezaretin cevabı anlaşılır olmasına rağmen karar Teke ve Burdur sancaklarında farklı şekillerde uygulandı. 31 Mart 1891 tarihinde Hamidâbâd Orman Müfettişliği’nden Orman Nezâreti’ne gönderilen bir yazıya göre yaylak ve kışlak resminin tarhına Hamid ve Burdur sancaklarında devam edilirken Teke Sancağı’nda “*bir şey alınmamakta*” idi. Orman Nezâreti 1893 yazında Konya vilâyet meclisine bir emir daha göndererek “*ticaret için beslenen aşiret hayvanlarının*” *mîrî* ormanlarında otlatılması durumunda yaylak ve kışlak resminin mutlaka alınmasını istedi. Verginin toplanmasında hangi usulün (emanet usulü ya da ihale usulü) seçileceği ise yerel idareye bırakılmıştı.<sup>50</sup> Ne var ki Şûrâ-yı Devlet’in kararı Orman Nizamnamesi ve devamındaki düzenlemelerin karanlıkta bıraktığı önemli bir meseleyi hâlâ aydınlatmamıştı. Ticaret için beslenen hayvanların nasıl tespit edileceği konusu yerelde karmaşa yaratmaya devam ediyordu.

Orman Nezâreti gerek başıboş yararlanma biçimlerinin önüne geçerek ormanların korunması gerekse hazinenin zarara uğratılmaması adına ve ayrıca kuruma bağlı bazı müfettişliklerden gelen haberlere cevap olmak üzere bir tahrirat daha kaleme aldı. 21 Şubat 1894 tarihinde orman nâzırı adına kaleme alınan yazı Orman Nizamnamesi’nin ticaret için beslenen hayvanların tespiti konusundaki eksikliğini itiraf etmekle işe başlıyordu. Yazının kaleme alınmasının bir diğer sebebi Aydın ve Ankara orman müfettişlerinin bildirdiği üzere yerleşik halkın ve aşiretlerin orman yangınlarındaki payıydı. Gelen haberlere göre her iki topluluk yaz mevsiminde kömür imal ettikleri ocakları “*kuyûd-i ihtiyâtiye*” altında bulundurmadıkları gibi kuru üzüm terbiyesi için zakkum gibi ağaçların külünü almak üzere orman içinde ateş yakıyorlardı. Nezaret 9 Ağustos 1893 tarihli bir tahrirata atıfta bulunarak orman içinde ruhsatsız kesim yapanlar ve ateş yakanlar hakkında uygulanacak muameleyi hatırlattı. Daha sonra “*tüccar hayvanları*” meselesinin çözüm anahtarı verildi. Buna göre ahalinin çift ve hanelerine mahsus olarak besledikleri hayvanlar zorunlu ihtiyaçtan sayılacak, satılmak üzere beslenenler ise tüccar malı

<sup>48</sup> BOA, ŞD 1739-1, s. 22, H. 19 Şevval 1302 / M. 1 Ağustos 1885.

<sup>49</sup> BOA, ŞD 1739-1, s. 6, H. 20 Zilhicce 1302 / M. 30 Eylül 1885.

<sup>50</sup> BOA, ŞD 1739-1, s. 10, H. 22 Zilkade 1310 / M. 7 Haziran 1893.

muamelesi görecekti. Bununla birlikte nezaret her iki grup için de alt ve üst sınırı belirleyecek net bir sayı vermemiş, “*miktarın layıkıyla tayini*” merkezce kabil olmadığından bu işi muhtarlar bırakmıştı.<sup>51</sup>

Orman Nezâreti ticarî amaçlarla beslenen ve *mîrî* ormanlarında otlatılan sürülerden vergi alınması konusunda ne kadar ısrar ederse etsin yerel idarecileri arkasına almış görünen aşiret mensupları ayak diremeye devam ediyordu. Orman nâzırının kaleminden çıkan 2 Ağustos 1898 tarihli bir yazı Ilgın ve Akşehir kazalarında 1896 ve 1897 senelerinde otlak resminin tahsil edilemediğini haber veriyordu. Belgeye göre Sarıkeçili aşireti, otlak resmini tahsil etmeye çalışan mahallî orman memuruna muhtarları Hacı Ömer’in teşvikiyle karşı çıkmış, hatta iddialara göre memurun 240 kuruşunu da gaspetmişlerdi. Hakaret ve gasp suçlaması ile zabıta tarafından vilâyet merkezine gönderilen Hacı Ömer “*tahrîr altına alınan aşâyirden resim alınamayacağı*” gerekçesiyle Konya vilâyet meclisi tarafından serbest bırakılmıştı. Otlak resminin yiteceğinden endişe duyan Konya Vilâyeti Orman Sermüfettişliği ise durumu nezarete bildirerek ne yapılması gerektiğini sormaktaydı. Konu Mâliye Nezâreti tarafından da soruşturulmuş 18 Şubat 1897’de Konya vilâyet meclisine hitaben gönderilen yazıda Şûrâ-yı Devlet’in ilgili kararı hatırlatılmıştı. Karar bir kez de orman nâzırınca tekrarlandı. Daha sonra vilâyet orman sermüfettişliğinden gelen bilgiler doğrultusunda Akşehir ve Ilgın kazalarındaki aşiretler meselesine geçildi. Orman nâzırına göre Akşehir ve Ilgın kazalarındaki aşiretlerin, sermüfettişliğinin haber verdiği üzere, kış mevsiminde Antalya civarına gidip yazın avdet etmekte olmaları hâlâ seyyar bulduklarına delil teşkil etmekteydi. Nâzır aşiretleri hayvanlara ot yetiştirmek amacıyla ormanları yaktıkları için ayrıca mimlemekteydi. Vilâyet meclisi yetkililerine gelince, mevcut uygulama aşiretlerin uygunsuz hareketlerinin çevre bölgelere sirayetine ve hazinenin zarara uğramasına neden olacağından Şûrâ-yı Devlet kararını uygulamaları gerekmekteydi. Nâzır, Hacı Ömer meselesini de unutmamıştı. Muhtar hakkında emsaline ibret olması için gerekli hukukî işlemlerin başlatılmasını istedi.<sup>52</sup>

Vilâyet meclisinden Şûrâ-yı Devlet’e hitaben gönderilen cevap yazısı biraz geç gelmişti ancak hayranlık uyandıracak kadar muhkemdi. Meclis önce Hacı Ömer olayına izahat getirmişti. Meclisin cevabına göre muhtar mecliste orman müfettişi huzurunda sorgulanmış, aşiretine kötü telkinlerde

<sup>51</sup> BOA, ŞD 1739-1, s. 12, H. 15 Şaban 1311 / M. 21 Şubat 1894.

<sup>52</sup> BOA, ŞD 1739-1, s. 18, H. 14 Rabiulevvel 1316 / M. 2 Ağustos 1898.

bulduğuna ya da orman memurunun parasını gasp ettiğine dair aleyhinde bir delil bulunmadığından serbest bırakılmıştı. Meclis üyeleri, daha sonra, aşiretlerden talep edilen yaylak-kışlak resmi konusuna değinmişti. Üyelere göre aşiretlerden yaylak-kışlak vergisinin alınıp alınmaması konusunda yaşanan karmaşa Orman Nizamnâmesi’nin ilgili maddeleri ile bu maddeleri tefsir etmesi amacıyla merkezden gönderilen emirlerin birbiriyle çelişmesinden kaynaklanmaktaydı. Vilâyet meclisi söz konusu çelişkilerin muhatapları tarafından da bir bütün olarak görülmesi için emirlerin birer suretini de göndermişlerdi.

Öncelikle ilk emir Mâliye Nezâreti’nden gelmişti ve Hamidâbâd Sancağı dahilindeki aşiretlerin emlak ve temettü vergisiyle mükellef olmalarının otlak ve kışlak resminden muafiyetlerini gerektirmeyeceğini bildirmekteydi. Aşiret vekillerinin ve vilâyet meclisinin talepleri sonrasında Orman Nezâreti’nden gönderilen tahrirat ise Teke Sancağı’nda sayımı yapılan aşiretlerin söz konusu vergiden muaf olduklarını müjdelemişti. Dâhiliye Nezâreti ise tersi yönde bir emir göndermişti. Orman Nezâreti hangi sürülerin bedelsiz hangilerinin ise resme tabi olarak otlatılacağı konusuna açıklık getirmişti ama Dâhiliye Nezâreti yerli ve göçebe sürü sahiplerinden kanunlarca belirlenmiş vergiler dışında otlakiye ve toprak bastın gibi adlarla herhangi bir talepte bulunulmamasını emretmişti. Son olarak Şûrâ-yı Devlet aşiretlerden alınan vergiyi onların göçebe olmalarına ve meskun ahalinin mükellef oldukları tekâlifden “*vâreste*” bulunmalarına bağlamıştı:

“*şimdi tensikât-ı tahrîriyeye dâhil olmalarına ve ahkâm-ı nizâmiyeye tab’iyetle ârâ-yı tekâlifiyede âhâli-i sâire gibi gösterdikleri harekât-ı mutâva’atkârâneye karşı hâl-i sâbıklarına mahsûs resmin istifâsı lâzım gelmeyeceği gösterilmesinden dolayı bazı istirhâmâtda bulunarak iddiâ-yı mu’âfiyet etmekte olmalarına nazaran bu bâbdaki tereddüd ve sızıldıyı ref’ edecek sûrette bir karâr-ı kat’î ittihâz buyrulması bâbında*”.<sup>53</sup>

Tereddüt ve sızıltıları izale edecek bir cevabın gelmesi yaklaşık bir yıl sürdü. Vilâyet meclisi Temmuz ve Mart aylarında muhataplarına verginin tahsil zamanının geçmekte olduğu, aşiretlerin göç zamanı geldiğinden orman müfettişlerinin acele davranmak istedikleri, aşiretlerin ise muafiyette ısrar etmeleri neticesinde sızıltıların devam ettiğini bildiren iki yazı daha gönderdi, ancak net bir cevap alabilmek için birkaç ay beklemeleri gerekti. 1900 yılı Mayısının son günü bizzat orman nâzırı tarafından kaleme alınan cevapta

<sup>53</sup> BOA, ŞD 1739-1, s. 22, H. 14 Zilhicce 1316 / M. 25 Nisan 1899.



merkezden gelen emirlerin birbiriyle çeliştiği ve bu nedenle kesin bir hükme varılması gerektiği kabul edilmişti. Ayrıca Orman Nizamnamesi'nin on altıncı maddesinde geçen “*hâricden gelen ve tüccar malı olan*” ibaresinin Konya Vilâyeti gibi bazı mahallerde yanlış yorumlanmasından dolayı bir açıklama yapılması gerekli görülmüştü. Orman nâzırı söz konusu ibareyi açıklamakla işe başladı. Buna göre aradaki “ve” bağlacı iki farklı sürü tipine işaret etmekte olup her birini ayrı ayrı imlemektedir. Dolayısıyla resme tabi olma durumu her iki sürü tipi için de geçerliydi. Açıklamada zaruri ihtiyaç kategorisindeki hayvan sayısı da “*hane başına sekiz-on hayvan*” olarak belirlenmiş, geri kalanının “*ticârete münhasır*” sayılması gerektiği ifade edilmişti. Nâzır, Orman Nezâreti'nden gönderilen ve Teke Sancağı'nda *mîrî* ormanları civarında sakin aşiretlerin otlak resminden istisnasına hükmeden emrin ise Şûrâ-yı Devlet kararı ile bozulduğunu belirtti. Nâzıra göre tüm bu açıklamalardan çıkarılacak sonuç şuydu: a.) *Mîrî* ormanlarında otlatılacak tüccar sürüleri, b.) Ormana uzak olup meraları bulunan ahalinin sürüleri ve c.) Henüz tahriri icra olunmayıp seyyar olan aşiretlerin sürüleri olmak üzere üç grup sürüden vergi alınması gerekmektedir. Kayıtlarda yaylak, kışlak ya da otlak vergisi olarak zikredilen ve “*ot bedelinden ve ra'y kirasından ibaret olan*” resmin Mâliye Dâiresi'nin 15 Eylül 1889 tarihli kararıyla teyit edildiğini de ekledi. Nâzıra göre artık vilâyet meclisinin tereddüte düşmesini gerektirecek bir durum yoktu. Bu konudaki karmaşanın civar vilâyetlere sirayet etmemesi, hazinenin zarara uğratılmaması ve ormanların “*mahv ve berbâd*” edilmemesi için otlak resminin alınmaya devam edilmesi ile hükmünü noktaladı.<sup>54</sup>

1895 yazının sonlarında Sivas valisinden Dâhiliye Nezâreti'ne gelen bir soru tüccar sürülerinin vergilendirilmesi meselesinde yaşanan bir başka karmaşaya işaret etmekteydi. Vali aslında Tokat mutasarrıfının kendisine yönelttiği bir soruya cevap aramaktaydı. Mutasarrıf ise yerli ağnam tüccarlarının şikâyetlerini iletmişti. Yerli olduklarının altını çizen tüccarlar bir kazada satın alıp yine o kazada tapuyla mutasarrıf oldukları arazilerde otlatıkları sürülerden yaylak resmi talep edilmesinden şikâyetçiydi. Valinin “*bu misillü ağnamdan*” vergi alınıp alınmayacağı yönündeki sorusu Orman Nezâreti'ne havale edildi. Yaklaşık bir buçuk ay bekleyen vali merkezden herhangi bir cevap gelmemesi üzerine 25 Eylül'de Dâhiliye Nezâreti'ne ikinci bir telgraf gönderdi. İkinci telgraf da Orman Nezâreti'ne havale edildi ancak valiye yine herhangi bir cevap ulaşmadı.<sup>55</sup>

<sup>54</sup> BOA, ŞD 1739-1, s. 28, H. 1 Safer 1318 / M. 31 Mayıs 1900.

<sup>55</sup> BOA, DH.MKT 425-45, H. 5 Rabiulahir 1313 / M. 25 Eylül 1895.

*Mîrî* ormanlarında hayvan otlatma meselesi on dokuzuncu yüzyılın sonlarında aralıksız olarak merkezi yönetimle yerel idarecileri bir muhabere trafiğine sokmuş bulunmaktaydı. 1898 yılı baharında Konya vilâyeti orman müfettişliği henüz iskân olunmayan aşiretlerin “*kanunen vermeye mecbûr buldukları otlak resmini*” ödememekte ısrar etmelerinden şikâyetçiydi.<sup>56</sup> 1900 yılı yazında Ankara vilâyet meclisi ahalinin zorunlu ihtiyaçlarına yetecek hayvan sayısını tespit etmekte zorlanıyordu. Ankara orman müfettişine konuyla ilgili gelen yazıda hayvanlarını otlatacak merası bulunmayan ahali için bu sayının sekiz-on olarak belirlendiği, merası bulunan ahali içinse sayıya bakılmaksızın hayvanlarının “*ticarete mahsûs*” olarak değerlendirileceği ifade edilmekteydi. *Mîrî* ormanları içindeki meraları, hazinenin gelir kaynaklarından biri olarak değerlendiren tahrirat söz konusu verginin düzenli olarak istihsalini emretmekteydi.<sup>57</sup>

### III. CİBÂL-İ MÜBÂHA ORMANLARI

*Mîrî* ormanları ve baltalıklar dışında odun, kömür ve kereste teminine ya da hayvan otlatmaya açık müşterek bir orman türü daha bulunmaktaydı. Evelki hukukta ve Arazi Kanunnâmesi'nde *cibâl-i mübâha* olarak geçen bu orman türü *mîrî* ormanları ve baltalıklardan farklı olarak yollar, meydanlar, pazar ve panayır yerleri gibi umumun kullanımına açık kaynaklardı. Arazi Kanunnâmesi'ne göre metrûk arazi sınıfından değillerdi, ancak metrûk arazilerde olduğu gibi bedelsiz intifa edilir ve tapu işlemlerine konu olmazlardı. Bununla birlikte “*kişilere tefvîzinde mahsûr olmadığı anlaşılıp lüzûm ve maslahat tahakkuk ederse irâde-i seniyye ile tefvîzi câiz olurdu.*”<sup>58</sup> Muhacir akınının ve buna bağlı olarak iskân olunacak yer arayışlarının çoğaldığı on dokuzuncu yüzyıl ortalarında söz konusu lüzum ve

<sup>56</sup> BOA, DH.MKT 2151-66, H. 16 Zilkade 1315 / M. 8 Nisan 1898.

<sup>57</sup> BOA, DH.MKT 2386-117, H. 12 Rabiulahir 1318 / M. 9 Ağustos 1900. *Mîrî* ormanlarda otlatılan aşiret ve tüccar hayvanlarından alınacak resimler meselesi Sivas Vilâyeti'nde de karışıklığa neden olmuştu. 21 Ağustos 1902'de Sivas Vilâyet Meclisi, Dâhiliye Nezâreti'ne, “bir kazadan başka bir kazaya nakl ile mîrî ormanlarında ra'y olunan ya da tüccar taraflardan toplattırılarak bulunduğu kazadaki mîrî ormanlarında veya ahaliye mahsûs merada yaylayan” hayvanlardan otlakiyye resmi alınıp alınmayacağını sormuştu. 29 Ekim'de Orman Nâzırı yine Dâhiliye Nezâreti'ne, yerel idarecilerin kazada meskûn ahali ve aşiret tüccarının hayvanlarından resim almamak gibi bir eğilimde olduklarını ve bir kazadan başka bir kazaya giden tüccar hayvanlarından resim alınması yönündeki kararı sûitefhime uğrattıklarına dair şikâyette bulunmuş ve meskûn ya da göçebe aşayir olsun *mîrî* ormanlarda otlayan tüm yerli tüccar hayvanlarından resim alınması gerektiğini belirtmişti. BOA.DH.MKT 583/53, s. 1-5, H. 26 Receb 1320 / M. 29 Ekim 1902.

<sup>58</sup> Âtîf Bey, s. 333.

maslahat fazlasıyla arttığından bazı bölgelerde muhacirlerin *cibâl-i mübâha* ormanlarına yerleştirilmelerine müsaade olunmuştu. Örneğin “*i mâr-ı dağ ve bahçe*”, dülgelik ve kerestecilik gibi sanatlara “*mu ârafeleri*” olan yaklaşık yüz elli hanelik Kırım’lı bir muhacir grubu, İstanbul’da yerleştirildikleri köy geçinmelerine elverişli olmadığından talepleri doğrultusunda Adapazarı civarındaki *cibâl-i mübâha* ormanlarına iskân edilmişti.<sup>59</sup>

Mübah ormanlar Arazi Kanunnâmesi’nde mevat arazi başlığı altında ele alınmakla birlikte ihya yoluyla tasarruf edilemeyeceğinden mevat arazi de sayılmazlardı. “*Nev’i mahiyetlerine münhasır bir durum arzeden*”<sup>60</sup> *cibâli mübâha* ormanlarından “*herkes odun ve kereste kat edebilip yek-diğere müdahale edemez*”di.<sup>61</sup> İntifa hakkı herkes için kayıtsız şartsız sabit olup bir kimse bu ormanlardan kestiği odunları sadece kesmiş olmakla temellük etmiş olurdu. Odunları bağlamak da şart değildi.<sup>62</sup>

Mübah ormanlar haksız fiillere konu olmadığı ya da ahali kendi aralarında bir anlaşmazlık yaşamadığı sürece merkezî yönetimin gündemine pek girmezdi.<sup>63</sup> Ahali arasındaki anlaşmazlık çoğunlukla köylerin birbirini intifadan yoksun bırakmasından çıkardı. Bazen tekil müdahaleler de zuhur eder, bu kez ahali ormanı şahsî tasarrufu altına almaya çalışan kişi ya da grupla mücadele ederdi. Mübah ormanların bazen yerel yetkililerce taliplerine tapu senedi ile verildiği yönünde haberler gelirdi. Merkezî idare “*mugâyir-i kanun*” olarak nitelendirdiği bu gibi durumları haber aldığı anda “*bu husûsa dâir olan evrâkın*” derhal merkeze gönderilmesini talep ederdi.<sup>64</sup> Bununla birlikte merkezî idarenin mevcut tasarruf biçimlerini kabul ettiği durumlar da yok değildi. Örneğin 13 Ekim 1856 tarihli Tanzimat Meclisi mazbatası de facto uygulamaların, kanunların hilafına olsa bile, bazen geri döndürülemeyeceğini göstermekteydi. Meclis o gün Çiftlikât Komisyonu’nun Fetvahane’den geri dönen bazı önerilerini bir karara bağlamakla meşguldü. Söz konusu komisyon *mîrî* araziler, “korular” ve mahlul çiftlikler hakkında bir fezleke hazırlamıştı. Fezlekenin konumuzu ilgilendiren ilk bendinde “*mukaddemleri*

<sup>59</sup> BOA, A.MKT.UM 414-77, H. 28 Zilhicce 1276 / M. 17 Temmuz 1860.

<sup>60</sup> Bülent Köprülü, “Cibal-i Mübaha ve Sahih Vakıflara Ait Ormanlarla Baltalıkların H. 1274 Tarihli Arazi Kanunnamesine Nazaran Hukuki Durumları”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 15(2-3), 1949, s. 716.

<sup>61</sup> Kanunnâme-i Arâzî, m. 104, *Sivridağ*, s. 123.

<sup>62</sup> Ali Haydar, s. 452; Âtîf Bey, s. 332.

<sup>63</sup> Dursun, s. 65.

<sup>64</sup> BOA, MVL 324-23, H. 1 Safer 1266 / M. 17 Aralık 1849.

*cibâli mübâha ve ormanlardan iken*” bir şekilde müstakil tasarrufa konu olan koruların icâre-i zemin türünden bir vergi karşılığında mutasarrıflarına tapu ile verilmesi önerilmişti.<sup>65</sup> Fetvahane ise bu öneriyi kanuna aykırı olduğu gerekçesiyle reddetmiş, bunun yerine şöyle bir formül getirmişti. Eğer söz konusu koruların *cibâli mübâha*, baltalık ya da meralardan ifraz edildiği “*marûf ve mütehakkık*” ise mutasarrıflarının buralardan el çektilmesi ve arazinin eski statüsüne dönüştürülmesi gerekirdi. Koruların evveleri, yani arazinin türü “*malum olmadığı*” takdirde ise mutasarrıflarına bırakılmasında bir sakınca görülmemişti. Fetvahanenin cevabı Tanzimat Meclisi’nce isabetli bulunsa da koruların *cibâl-i mübâha* ya da metrûk arazi olarak eski statülerine dönüştürülmesine sıcak bakılmadı. Gerekçe ise mezkur koruların miras ya da satış yoluyla bir müddetten beri çeşitli transfer işlemlerine konu olması idi. Meclis arazilerin “*aslına ircâ’ında*” yaşanacak karmaşadansa (*kîl ü kâl*) mevcut kullanım usullerini yasalaştırmayı tercih etmişti.<sup>66</sup>

Mübah ormanların *mîrî* ormanlarıyla birlikte maruz kaldığı bir diğer tehlike tarla açmak veya hayvan otlatmak amacıyla çıkartılan yangınlardı. İnsan kaynaklı yangınlar toprağın verimliliğini arttırmaya ve tarımsal üretimi genişletip vergi yükünü dengelemeye yönelik alternatif bir yöntem olarak<sup>67</sup> ormanları sıklıkla tehdit ederdi. Bununla birlikte yangınlar, konuyla ilgili sıkı kurallar vazedilmeden önceki devirlerde Tersane-i Amire için ayrılmış olan ormanları tehdit etmediği sürece merkezî idarenin ve yerel yöneticilerin

<sup>65</sup> Bu toplantıdan yaklaşık altı yıl öncesine ait bir talep *cibâl-i mübâha* ormanlarının bir kişi ya da grup tarafından koruya dönüştürülmesine örnek olması bakımından burada zikredilmelidir. Talep Mesudi Kazası idare meclisi aracılığıyla iletilmiş olup kaza halkının “*cibâl-i mübâhadan koruyup kendilerine mera ve koru ittihâz ettikleri*” ormanlık alanla ilgili şikâyetlerini içermekteydi. Ahalinin ifadesine göre Lofça, Filibe ve Gümülcine kazaları ahali söz konusu “koru”ya bir iki seneden beri “*külliyetli beygir ve katır götürüp*” ağaçları kesmekteydi. Muhatplarının zararları üstelik bununla da sınırlı değildi. Gelen eşekçiler civar köy ahalisinin ekinlerini telef etmekte, içlerinden serseri kılıklı bazı kimseler ise ahalinin hayvanlarını çalmaktaydı. Mesudi kazası ahali merkezî idareyi bu halin devamının müteselsil sonuçları konusunda ayrıca uyarmaktaydı. Eşekçilerin “*önü kesilmezse*” bir kısım ahali yurtlarını terk etmek zorunda kalacak, bu ise vergi yükünün geride kalan ahaliye pay edilmesine neden olacaktı. Kananların bu yüke “*tahammül edememesi*” ise yeni bir göçü tetikleyecekti. Ahalinin örtülü tehdidini içeren talepleri 28 Şubat 1850 tarihinde Mâliye Nâzırına havale edildi. BOA, A.MKT.NZD 2-95, H. 15 Rabiulahir 1266 / M. 28 Şubat 1850. Nezaretten gelen cevabı arşivde bu konuyla ilgili başka bir belgeye tesadüf edilmediğinden maalesef bilemiyoruz ancak Çiftlikât Komisyonu’nun *cibâl-i mübâhadan* dönüştürülen korular hakkındaki önerisi yetkililerin konuyla ilgili bir çözüm arayışı içerisinde olduklarına işaret etmektedir.

<sup>66</sup> BOA, A.MKT.MVL 82-46, H. 13 Safer 1273 / M. 13 Ekim 1856.

<sup>67</sup> Dursun, s. 39.

gündemine pek fazla girmezdi.<sup>68</sup> Ancak ormanların milli servet olarak görülmeye başladığı on dokuzuncu yüzyıl ortalarından itibaren koruyucu ve caydırıcı tedbirlere önem verildi. 1852 yılı yazında *cibâl-i mübâha* ve diğer orman türlerinin yangınlardan korunması yönünde vilâyetlere emirler gönderilmişti.<sup>69</sup> 1870 Orman Nizamnâmesi ormanlarda kasten yangın çıkaranları 1858 tarihli Ceza Kanunnâmesi'nin failleri müebbed kürekle cezalandıran yüz altmış dördüncü maddesine havale etmişti.<sup>70</sup> 1880'ler boyunca orman idaresi yangınları önleyici önlemler alınması konusunda taşraya birçok uyarı yazısı yazmakla meşguldü.<sup>71</sup> 1893 yılı sonbaharında bizzat orman nâzırı Anadolu'nun çeşitli vilâyetlerinde ahalinin orman açmak ve hayvan otlatmak gibi eski alışkanlıkları nedeniyle çıkarttığı yangınlara karşı Sadâret'ten bazı taleplerde bulunmuştu. Nâzırın ifadesine göre yangınların önlenmesi konusunda orman müfettişliklerine gönderilen emirler korucuların sayıca yetersiz olması, orman memurlarının kayıtsızlıkları ve failler hakkında gerekli işlemlerin yapılmaması nedeniyle sonuçsuz kalmaktaydı. Nâzır "*ormanları tahribattan kurtarmak üzere*" muhafaza memurlarının sayıca arttırılmasını ve bahsi geçen yangınların sorumlusu olarak "*elde edilen*" faillerin cezalandırılmasını, henüz yakalanamayanların ise meydana çıkartılmasını istemekteydi. Son olarak birkaç ay önce yine Sadâret'e arz olduğu üzere ormanlar içindeki "*hâlf araziye hakk-ı karârdan senet verilmemesi*"ni talep etmişti. On dört gün sonra gelen cevap nâzırın taleplerinin Meclis-i Vükelâ'da görüşülerek 15 Ekim'de Dâhiliye ve Defter-i Hâkânî nezaretlerine gönderildiğini, ayrıca ormanların muhafazası için ayrılması planlanan on altı bin liralık bütçe hakkında Mâliye Nezâreti'yle iletişimde olduklarını haber vermekteydi.<sup>72</sup>

Sadâret'ten Dâhiliye Nezâreti'ne gönderilen 15 Ekim tarihli mezkur yazının içeriği orman nâzırının talepleriyle sınırlı değildi. Bizzat sadrazam tarafından kaleme alınan yazıda mübah ormanlar için tapu senedi verilmemesi kararı tekrarlanmış, memur istihdamı ya da bütçe meselesine ise bu konuların nezaretle bir ilgisinin bulunmaması nedeniyle değinilmemişti. Dâhiliye Nezâreti'ne vilâyetlere iletilmek üzere fazladan verilen bilgiler şahıslara ait korular ve köy baltalıkları hakkındaydı. Birinci grup ormanlarda, bu

<sup>68</sup> Dursun, s. 344.

<sup>69</sup> BOA, A.MKT.UM 105-30, 7 Zilkade 1268 / M. 23 Ağustos 1852.

<sup>70</sup> *Düstür*, I. Tertib, 2, s. 413.

<sup>71</sup> Dursun, s. 345.

<sup>72</sup> BOA, BEO 300-22477, H. 17 Rabiulahir 1311 / M. 28 Ekim 1893.

araziler *mîrî* arazi hükümlerine tabi olduğundan, *hakk-ı karar*<sup>73</sup> prensibi geçerli olmaya devam edecekti. Köy baltalıklarına ise, ahalinin ihtiyacından fazla olan kısımları için bile hiçbir şekilde tapu senedi verilmeyecekti. Bununla birlikte ihtiyaç fazlası baltalıkların devlet idaresi altına alınması, tespit işinde bir takım zorluklara ve yolsuzluklara ve dolayısıyla ahalinin şikâyetine yol açacağından, bu konuda bir karara varılması *mîrî* ormanlarının haritalandırılması sonrasındaki bir tarihe ertelenmişti. Son olarak ormanlara zarar verenler hakkında gerekli kanuni takibatın yapılmasına dikkat edilmesi istenmişti.<sup>74</sup>

Ormanların "*tahripten vikâyesi*" 1893 yılı sonlarında tüm vilâyetlere gönderilen bir genelge ile de teyit edilmişti. Genelge *mîrî* ormanları ve *cibâl-i mübâha* ormanlarına "*hakk-ı karar*"dan senet verilmemesini buyurmaktaydı. Orman Nâzırı Selim söz konusu genelgenin ortaya çıkış sürecini şöyle özetlemişti. Nâzıra göre süreç başında bulunduğu kurumun Sadâret'e bu yönde bir talepte bulunmasıyla başlamıştı. Ekim 1893 başlarında Şûrâ-yı Devlet'e havale edilen talep Meclis-i Mahsûs-ı Vükelâ'da mütalaa edildikten sonra onaylanmış, kararın vilâyetlere iletilmesi görevi Dâhiliye Nezâreti'ne bırakılmıştı. Karar devlet ve *cibâl-i mübâha* ormanlarında kazandırıcı zaman aşımı ilkesini geçersiz saydığı gibi "*ormanlar derûnunda karye ihdâsına meydan ve imkân verilmemesine*" de özen gösterilmesini istemekteydi.<sup>75</sup>

<sup>73</sup> *Mîrî* arazinin on sene fasılasız ve nizasız tasarrufu neticesinde bu arazinin tasarruf hakkının iktisabıdır. Cin, *Osmanlı Toprak Düzeni*, s. 502. Orta Asya fakihlerinden tevarüs edilmiş *kirdâr* kavramıyla ilişkilendirilen *hakk-ı karar*, Tanzimat öncesi dönemdeki toprak hukuku mevzuatının temel kavramları arasında yer aldığı gibi 1858 Arazi Kanunnâmesi'nin de kabul ettiği bir haktır. *Hakk-ı karâr* kavramının Osmanlı fakihlerince yorumu ve bu kavramın mülkiyet fikrinin değişime uğraması ile ilişkisi için bk: Mundy, Smith, s. 49-54.

<sup>74</sup> BOA, DH.MKT 158-34, H. 4 Rabiulahir 1313 / M. 15 Ekim 1893. Ormanların sınırlarının genellikle belirsiz oluşu aslında 1870'lerde dahi yöneticilerin canını sıkıyordu. Tapuyla tasarruf olunan tarlaların ormanlara doğru genişletilmesini önlemeye yönelik Defter-i Hâkânî Nezâreti'ne gönderilen bir emir geçmişteki usulsüzlüklerin çok fazla şikâyete yol açacağı gerekçesiyle "*alâ hâline terkî*"ni uygun görmüştü. Ancak müstakbel genişlemeleri önlemek üzere bundan böyle verilecek tapu senetlerine arazi eğer ormana bitişikse söz konusu sınırın kaydedilmesi emredilmişti. BOA, A.MKT.MHM 476-32, H. 22 Rabiulevvel 1291 / M. 9 Mayıs 1874.

<sup>75</sup> Kutluk, s. 342. Zamanaşımı kavramının İslâm Osmanlı hukukundaki yeri ve Mecelle'nin zamanaşımı hükümlerinin yorumlarına dair ayrıntılı bir tahlil için bkz: Ahmet Kılıç, "Mecelle'ye Göre Zamanaşımı Uygulamada Görülen Aksaklıklar ve Çözüm Önerileri", *Uluslararası Mecelle Sempozyumu Bildiri Kitabı*, 2021, s. 185-225.

#### IV. YİRMİNCİ YÜZYIL BAŞINDA AKÎM KALAN BİR TEŞEBBÛS: MERA VE ORMAN KANUNU

1858 Arazi Kanunnâmesi ve 1870 Orman Nizamnâmesi ile bu iki ana kanun metninin bazı hükümlerini ilga ya da tasrih eden hukukî düzenlemeler ortak kullanıma konu olan arazilerin kaderini belirlemeye uzun bir süre devam ettiler. Ormanlar, yönetici elitin gözünde değeri giderek büyüyen kaynaklar olarak kaderleri her zaman en fazla dert edinilen ortak arazi türü oldu. “*Vatan ve millet in ve dolayısıyla hazinenin*” ormanlardan yararlanmasını temin etmek için bu kaynakların korunması, geliştirilmesi ve etkili bir şekilde yönetilmesi gerektiğine<sup>76</sup> yürekten inanılıyordu. Bu hedef yeni yüzyılda da merkezî idarenin gündemini sıklıkla işgal etti. Nihayet 1910 yılında bu kez meraları da kucaklamakla birlikte ağırlık noktası ormanlar olan yeni bir kanun metni hazırlama işine girişildi. Düzenlemenin yürürlüğe girmesi bazı nedenlerden dolayı mümkün olmamış görünse de çağdaş Osmanlı yönetici ve bürokratlarının meseleye bakışlarını özetler nitelikteydi.

Bir mukaddime, yedi bölüm ve yüz yetmiş dokuz maddeden oluşan kanun metni orman, mera, yaylak-kışlak ve otlak gibi arazi türlerini açıklamakla işe başlamıştı. Akabinde bu kaynakların, arazinin türüne tabi olarak tasarruf edilebileceği yönündeki genel kural hatırlatılmıştı. Mukaddimenin son maddesi söz konusu kaynaklardan yararlanma hakkına sahip olan kimseleri “*arazinin mutasarrıfları*” olarak tanımlayarak hukukî mevzuatta farklı ayrıcalıklara işaret eden “*mutasarrıf*” ve “*müntefi*” ayırımını görmezden gelmişti. Yalnızca dört maddeden oluşan birinci bölüm ise orman ve meraları devlete, şahıslara ve köy ve kasabalara ait olmak üzere üçe ayırarak klasik tasnifi tekrarlamakla birlikte devlete ait orman ve meraları mevat arazi kategorisine dahil etmişti. Mera ve ormanların sınırlarının tespitine hasredilmiş olan ikinci bölüm on dokuzuncu yüzyıl ortalarından beri hedeflendiği halde bir türlü pratiğe dökülemeyen ve bu yüzden de kendisini şimdi daha vurucu bir şekilde hissettiren bir arzuyu temsil ediyordu. On altıncı maddenin köy baltalık ve meralarının “*kayd-ı hakânîsi vechile tahdîd olunması*”nı emretmesi -bu tür kaynakların Defterhâne’de çoğunlukla kaydı bulunmadığı gerçeği düşünülürse- söz konusu arzunun bazı durumlarda reel koşulların idrakine engel olacak bir seviyeye çıktığını göstermekteydi. On altıncı maddenin sınırların sabit bir işaret ve yazı ile tahkimini emreden ahir cümlesi “*tahdîd*” meselesinin kanun yapımcılar nezdindeki önemine ayrıca işaret etmekteydi.

<sup>76</sup> Kutluk, s. 447.

İkinci bölüm daha önceki yıllarda zaman zaman gündeme gelen “*ihtiyaç fazlası*” alanlar konusuna da kesin bir açıklık getirmişti. Köy baltalıklarının zorunlu ihtiyaçların karşılanması amacıyla tahsis edilmiş olduğunu belirten on yedinci madde ticarete yönelik intifayı açıkça yasaklamamış, ancak yok saymıştı. Buna göre baltalıkların zorunlu ihtiyaçların karşılanmasına yetecek miktardan fazlası devlet ormanı kategorisine dahil edilecekti. Devam eden maddeler zorunlu ihtiyaçlara kâfi gelecek miktarı belirleme işine girişmişti. On yedi ve on sekizinci maddelere göre baltalığı olan köyler için bu alan hane başına on eski dönüm olarak belirlenmişti. Baltalığı olmayan köylere gelince, onlar için de hane başına aynı hesaplama yöntemi kullanılarak yerleşim yerine yakın bir orman olduğu takdirde buradan, yoksa bir saat mesafedeki mevat ormanlardan baltalık tahsis edilecekti. Bir sonraki madde bir kez belirlenmiş olan sınırların korunması amacıyla matuf olarak sınırların köye sonradan gelenlerin durumuna göre genişletilemeyeceğini haber vermekteydi. Bununla birlikte tahsisin yapıldığı yerden yurt olarak yerleşenler haleflerinin intifa haklarını da devralmış olarak baltalıklardan yararlanabilecekti. Son cümle baltalık tahsisine elverişli yerleşim yerlerinin tarifini bu konuda iki ölçüt getirerek yapmıştı. Buna göre baltalık tahsisi meşcit ve kilise gibi bir ibadethane ile okulu bulunan köylere hasredilmişti. İkinci bölüm hayvancılığın diğer iki önemli kaynakları olan yaylak ve kışlaklar ile otlakları da arazilerinin türüne bakmaksızın yeni nizama tabi kılmak istemişti. Gerek metrûk arazi sınıfından gerekse mevat arazi sınıfından olsun tüm yaylak, kışlak ve otlaklar sınırları belirlenmiş alanlar olarak tahdid edilecekti. Mevat araziler üzerinde bulunan devlet ormanları ve meraları konusunda ise daha hassas davranılmıştı. On üçüncü madde sınırlar belirlendikten sonra gerekli noktalara işaretler dikilerek bu işaretlerin görünen kısımlarına kırmızı bir hilal çizilmesini istemişti.

Bir sonraki bölüm orman ve meraların muhafazasına ayrılmıştı. Bölümde öncelikle devlet ormanları ve baltalıkların tarla açmak veya hayvan otlatmak amacıyla tahrip edilmesi yasağı tekrarlanmış, daha sonra nasıl korunacağı açıklanmıştı. Devlet ormanları ve meraları konusunda sorumluluk devletindi, ancak baltalıkları koruma görevi köy ihtiyar meclisleri tarafından bu amaçla tutulacak bekçilere bırakılmıştı. İhtiyar meclisi, köyün baltalığı bir bekçi istihdamına lüzum göstermeyecek kadar küçükse civar köylerle veya koru sahipleriyle anlaşarak müşterek bir bekçi tutmak ya da devlet ormanı bekçisini ücretle istihdam etmek konusunda muhayyerdi. Bekçilerin eline verilen muhafaza şemsiyesi ormanın tüm öğelerini kapsayacak kadar genişti. Ormanın türü ne olursa olsun izinsiz bir dal kesilemeyeceği gibi yaprakları koparmak ya da ormandan bir avuç toprak çıkarmak bile yasaklanmıştı. Ağaç

kabukları içinde bulunan ballardan mantar, ot ve çiçeklere kadar ormandan her türlü yararlanma şekli izne tabi tutulmuştu. Bölümde hayvan otlatma usulleri de sıralanmıştı, ancak bunlar mevcut mevzuatın kısa bir özetinden ibaretti. Son olarak olası yangın durumunda sorumlular ve yapılacaklar açıklanmıştı. Kırk üçüncü maddeye göre köy muhtarlarına bu konuda büyük bir görev düşmekteydi. Yangın gerek orman bekçisi tarafından haber verilsin gerek köyden fark edilsin muhtar vakit kaybetmeksizin ahaliyi toplayarak yangını söndürme çalışmalarına katılacaktı. Teczî bölümünde detaylandırıldığı üzere çalışmalara katılmayan kişiler bir çeyrek Osmanlı altını para ödemekle cezalandırılacaktı.

Dördüncü bölüm ormanların idaresine dair olup iki fasla ayrılmıştı. Birinci fasılda ormanların kıtalara ayrılması meselesi detaylıca açıklanmıştı. İkinci fasıl ise ormanların geliştirilmesine hasredilmişti ve yetiştirilecek ve kesilecek ağaç türlerini bildirmekteydi. Kesimlerin fennî usullere göre yapılması, yaşlı ya da yangın ve fırtına gibi nedenlerle zarar görmüş ağaçların kesimine öncelik verilmesi veya baltalıkların dörtte birlik kısmında her ne sebeple olursa olsun kesim yapılmasının yasaklanması gibi hükümler ormanların muhafazasına yönelik alınan tedbirlerden bazılarıydı. Beşinci bölüm kesilecek ağaçların tayini, vergilendirilmesi, satımı ve hayvan otlatma nizamını ele almaktaydı. Bölümün ilk faslında baltalıklardan ihtiyaca yönelik yapılacak kesim miktarının tespiti köy ihtiyar heyetine, kesim yapılacak alanın belirlenmesi fen memurlarına ve kesime nezaret etme sorumluluğu bekçilere bırakılarak önceki mevzuat teyit edilmişti, ancak ihtiyaca yönelik kesimleri minimum seviyede tutmak üzere oldukça müdahaleci bir yaklaşım sergilenmişti. Konuyla ilgili altmış üçüncü madde ahali arasında mutad olan ve çatma tabir olunan inşaat usulünü ağaç israfına neden olduğundan yasaklamıştı.<sup>77</sup> Devlet ormanı ve meralarında otlayan sürülerin vergilendirilmesini düzenleyen yetmiş üçüncü ve yetmiş dördüncü maddeler söz konusu alanların cerib denen ve on eski dönüme tekabül her biriminden altı ila on kuruşa kadar otlak resmi alınacağını duyurmaktaydı. Göçebe sürüleri içinse günlük olarak hesaplanan bir vergilendirme usulü getirilmişti. Buna göre küçükbaş sürülerden günlük bir, büyükbaş sürülerden üç para otlak resmi alınması kararlaştırılmıştı. Yaylak ve kışlaklar kullanıma ihtiyaç duyulduğu mevsimde, ki bu süre yaylaklar için Şubat ya da Mart, kışlaklar için Ağustos başlarına tekabül etmekteydi, önceden tayin edilen bir bedelle ilana çıkarılacaktı. Ahaliye tahsis edilmemiş olan otlaklar civarda bulunan köylerin bedelsiz kullanımına açık

<sup>77</sup> Kutluk, s. 452.

olmaya devam edecekti, ancak hariçten gelenler küçükbaş hayvanları için iki, büyükbaş hayvanları içinse altı kuruş otlak resmi ödeyecekti. Ormanlara başiboş hayvan salanlar her bir baş hayvan için üç kuruş para cezası ödemekle birlikte hayvanın neden olduğu zarar ve ziyanı karşılamakla da mükellef tutulmuştu. Ruhsatsız bir şekilde ormana salınan hayvanlar köy ahalisinden birine ait değilse yakalanıp köy muhtarına teslim edilecekti. Sürü sahibi nakdi cezayı ve zararın bedelini muhtara ödemezse her yirmi hayvandan bir tanesi satışa çıkarılarak toplam ceza ödenecekti.<sup>78</sup>

Orman ve Mera Kanunu kendinden önceki orman talimatnâmelerinin tüm ahkâmını ilga ettiğini buyurarak kapanışı yapmıştı. Ancak böyle bir şey gerçekleşmedi. Kanun layihası aslında 1910 yılı sonlarında Meclis-i Mebusân Riyâseti'ne gönderilmişti<sup>79</sup> ancak 1911 yazında yaşanan bir anlaşmazlık vakası mezkur kanun layihasının hâlâ yürürlüğe girmediğine işaret etmekteydi. Anlaşmazlık İzmit'in Akyazı nahiyesi ile sonradan muhacirler için kurulmuş olan Kozoluk köyü ahali arasında vuku bulmuştu. İzmit meclis idaresinin Temmuz başlarında Orman Nezâreti'ne yazdığı mazbataya göre Kozoluklu muhacirler Akyazı mahallesi ahalisinin engellemeleri nedeniyle birkaç senedir baltalıklarından intifa edememekteydi. Meclis ormandan müştereken yararlanmaları konusunda taraflara nasihatta bulunmuş ancak arabuluculuğu sonuçsuz kaldığından *tedkîk-i senedât tebligatının*<sup>80</sup> beşinci maddesi gereğince anlaşmazlık konusu ormandan Kozoluk ve sair köy ahali için baltalık tahsis edilmesini uygun görmüştü. Aslında Gürcü ve Abaza muhacirler arasında çıkan orman anlaşmazlıklarını çözmek üzere vaktiyle bölgeye bir memur gönderilmiş ve muhacirlere baltalık tahsis edilmişti, ancak gerek taksimde yerleşik ahalinin kadim hakları dikkate alınmadığından gerekse taksimden sonraki sınırlar belediye dairelerince kabul ve tasdik edilmediğinden anlaşmazlıklar nihayet bulmamıştı. Orman Nâzırı İzmit meclisinden gelen mazbataya olumlu ya da olumsuz bir geri dönüş yapmadan önce Sadâret'e yazarak meclisin çözümünün uygun olup olmadığını sordu. Nâzır 15 Temmuz tarihli yazısında orman ve mera kanununun hane başı on dönüm hesabıyla her köye baltalık tahsisini vazeden özel maddesine de atıfta bulunmuştu. Ancak mezkur kanun Meclis-i Mebusan'ca henüz tetkik ve kabul edilmemiş olduğundan köylere baltalık tahsis edilmesinin mi yoksa ahalinin eskisi

<sup>78</sup> *Orman ve Mer'â Kanunu*, Mahmud Bey Matbaası, 1910.

<sup>79</sup> *BOA, MV* 149-6, H. 7 Safer 1329 / M. 7 Şubat 1911; *BOA, BEO* 3855-289113, H. 11 Safer 1329 / M. 11 Şubat 1911.

<sup>80</sup> 19 Şubat 1876 tarihli talimat. *Düstûr, I. Tertib*, 3, s. 300.

gibi ormandan müştereken intifa etmesinin mi daha uygun olacağına karar verememişti. Sadâretin cevabı yaklaşık on gün sonra geldi. Cevapta mezkur kanunun meclisce onaylanmasına kadar ahalinin birbirine engel olmadan ormandan iştiraken yararlanmasına karar verilmişti.<sup>81</sup> Karar 1 Ağustos'ta İznik mutasarrıflığı'na bildirildi.<sup>82</sup>

Yaklaşık bir yıl sonrasına ait bir başka belge Mera ve Orman Kanunu'nun neden uygulamaya konmadığına dair bazı bilgiler içermektedir. 3 Haziran 1912 tarihinde Ticaret ve Ziraat nâzırı muavininin Sadâret'e yazdığı yazıya göre Meclis-i Mebusan riyasetine havale olunan mezkur kanunun ziraat encümeni tarafından müzakeresi henüz tamamlanmamıştı. Ancak bu arada layiha olarak zikredilen metinde bazı değişiklikler yapılması düşünülmüştü. Buna göre metnin dördüncü ve beşinci bölümlerinin nizamname olarak ayrıca yürürlüğe konmasına karar verilmişti. Karara uygun olarak bölüm ve maddelerin de yeniden düzenlenmesi uygun görüldü. Nâzır kanun metninin yeni versiyonunun yeniden Meclis-i Mebusan Riyaseti'ne gönderildiğini haber vermektedir.<sup>83</sup> 14 Temmuz tarihinde Sadâret'ten ilgili riyasete gönderilen bir diğer yazı kanun layihasının o günkü icimada tasdiki mümkün olmadığını Meclis-i Vükelâ kararıyla yeniden kendilerine havale edildiğini bildirmektedir.<sup>84</sup>

Mera ve Orman Kanunu layihası ilgili kurumlarca müzakere ediledursun mevcut mevzuatta bulunup da yeni kanunca teyit edilen bazı hükümler aynı yılın başlarında münferit olarak taşraya duyurulmaya devam ediyordu. Ocak ayı ortalarında Grenebe kazasına bağlı Karanya köyü muhtarı ve ihtiyar meclisi üyeleri Sadâret'e seslenerek "*taraf-ı hükümetten*" tüm köylere gönderilen bir tenbihnamenin olası sonuçlarından yakınmaktaydı. Tenbihname köy baltalıklarının ve şahıslara ait ormanların tarla açmak ve hayvan otlatmak amacıyla tahrip edilmemesini emretmekteydi. Muhtar ve azalar köylerinde hayvan otlatılan orman, mera ve baltalıkların ahali adına tapuya kayıtlı olduğuna, köylerinde *mîrî* ormanı ve baltalık bulunmadığının sekiz sene önce bölgeye gelen memurlar tarafından da doğrulandığına, dolayısıyla gelen emrin meşrutî idareye aykırı bulunduğuna muhataplarını ikna etmeye çalışmaktaydılar. Aslında görünürde kendilerini tehdit eden bir durum yoktu,

<sup>81</sup> BOA, BEO 3920-293933, H. 18 Receb 1329 / M. 15 Temmuz 1911.

<sup>82</sup> BOA, DH.İD 105-27, H. 5 Şaban 1329 / M. 1 Ağustos 1311.

<sup>83</sup> BOA, BEO 4050-303710, H. 17 Cemazeyilahir 1330 / M. 3 Haziran 1912; BOA, MV 165-77, H. 23 Cemazeyilahir 1330 / M. 9 Haziran 1912.

<sup>84</sup> BOA, BEO 4062-304631, H. 29 Receb 1330 / M. 14 Temmuz 1912. Ayrıca bk: BOA, BEO 4055-304085, H. 10 Receb 1330 / M. 25 Haziran 1912.

ancak orman memurlarının mevcut intifa usullerine müdahale etmesinden ve ruhsatla işlediğini söyledikleri hizarhanelerde imal ettikleri kerestelerin vergilendirilmesinden endişeliydiler. Grenebe Köyü temsilcilerinin daha orman idaresi ile muhatap olmadan harekete geçmelerinin nedenini bilmiyoruz, ancak seslenişlerinde merkezi idarenin dikkatini çekmeyen bir gariplik olduğu kesindi. Temsilciler "*tarz-ı ma'îşetlerine*" engel olunmamasını talep ederken Orman Nizamnâmesi ve Arazi Kanunnâmesi'nin baltalıkları tanımlayan ve *muhassasunileyhin* yaralanma hakkını kabul eden ilgili maddelerine atıfta bulunmuşlardı. Köyde hayvan otlatılan alanların tapulu olduğu iddiasıyla çelişen bu göndermeler 25 Ocak tarihinde Dâhiliye Nezâreti'nden Manastır Vilâyeti'ne gönderilen emirde dikkate alınmamıştı. Nezaretin kısa yazısında yalnızca problemin "*oraca olan ma'lûmâta*" göre çözülmesi istenmişti. Mera ve Orman Kanunu'na da herhangi bir atıfta da bulunulmamıştı.<sup>85</sup>

Mera ve Orman Kanunu'nun meclis tarafından onaylanıp yürürlüğe girmesi mümkün olamasa da kanun layihasının ormanlara ilişkin bazı hükümleri daha 1908 yılı sonlarında "Tenbihnâme" adı altında Selanik Vilâyeti'ne gönderilmişti. Ormanların "*muhafaza ve inzibatına*" yönelik yirmi bir maddeden oluşan tenbihname köy ve kasaba ahaliilerine tebliğ edilmek üzere orman heyet-i fenniye üyelerinden Ali Rıza Efendi tarafından kaleme alınmıştı. Ali Rıza Efendi'nin bir diğer vazifesi vilâyetin orman idaresini teşkil etmekte ve hazırlamış olduğu tenbihname Rumca ve Bulgarca tercümelemleri ile birlikte görev yerine kendisinden önce varmıştı. Tenbihname devlet ormanları ve baltalıkların tarla açmak ya da hayvan otlatmak amacıyla tahrip edilmemesi emriyle başlamaktaydı. Emrin muhataplarına, zaruri ihtiyaçlarını karşılamak ve küçük çaplı ticaretlerine devam etmek konusunda daha önce açılan kapılar kapatılmamıştı, ancak gerek kesim gerekse hayvan otlatma amacıyla ormana erişim resmî makamların belirlediği süreler dışında ahaliye tamamen kapatılmıştı. Süresiz yararlanma ancak yerdeki kuru dalların toplanması için söz konusuydu, ne var ki bu faaliyet dahi orman bekçisinin önceden bilgilendirilmesine bağlanmıştı. Kontrol altına alınmak istenen tek faaliyet yerde yatanların toplanması değildi; orman, gökte uçan av hayvanları, su kaynaklarındaki balıkları, otları ve çiçekleriyle izinsiz erişime kapatılmıştı. Tenbihname orman yangınları konusunda da Mera ve Orman Kanunu layihasına rehber olmuştu. Başta muhtar olmak üzere tüm ahaliiden gökte belirecek bir dumana karşı tetikte olmaları istenmişti.<sup>86</sup>

<sup>85</sup> BOA, DH.İD 105-40, H. 5 Safer 1330 / M. 25 Ocak 1912

<sup>86</sup> BOA, TFR.I.SL 200-19963, H. 11 Zilkade 1326 / M. 5 Aralık 1908.

1900'lü yılların ilk çeyreği kanun yapıcıların orman hukukuna fazlasıyla mesai harcadıkları bir dönem olmuştur. Mera ve Orman Kanunu layihası son şekli verilmek üzere çeşitli kurumlar arasında dolaştırılırken özel bir orman türünün idaresine ilişkin bir nizamname daha hazırlandı. 19 Eylül 1911 tarihli mezkur nizamname köy baltalıklarının yönetimi ve kullanımını on altı maddede sıralamıştı. Nizamnamenin ilk üç maddesi baltalıklardan yararlanma ve muhafaza konusunda köy ahalisini bir bütün olarak muhatap almakla mevcut mevzuatı teyit etmişti. Baltalıkları bölünmez bir kaynak olarak değerlendiren dördüncü madde ise daha önceki kanun ve nizamnamelerde değinilmeyen bir olguya parmak basmıştı. Dördüncü madde baltalıkların herhangi bir bölümünün herhangi bir kullanıcı veya kullanıcı grubu ile eşleştirilmesini yasaklı fiiller kapsamına almıştı. Devam eden iki madde kaynağın murad edilen fiziki durumunu açıklamaktaydı. Beşinci madde ideal bir baltalığı yaşlı ve boylu ağaçların altında odun ve kömürlük genç ağaçların yetiştiği bir orman olarak tanımlamıştı. Altıncı madde ise ideal durumu yaratma ve koruma vazifesini kullanıcılara yüklemişti. Yedi, sekiz ve dokuzuncu maddeler zaruri ihtiyaçları temin etme ya da ticaret amacıyla yapılan kesimleri bilindik esaslara bina etmişti, ancak onuncu madde ticareti yapılan ürünün kereste olması durumunda satış yer neresi olursa olsun vergi alınacağını haber vermektedir. On birinci madde baltalıkların ihtiyaç fazlası kısımlarına da tüccar gözüyle bakmıştı. Daha önceki kanun ve nizamnamelerde devlet kontrolüne alınması yeterli görülen fazlalık kısımlar artık bir gelir kaynağı olarak düşünülmüştü. Mezkur madde kaynağın gelire dönüştürülme sürecini şöyle tarif etmekteydi. Orman fen memurları tarafından yapılan keşifler sonucunda ortaya çıkan fazlalıklar köy ihtiyar heyeti, nahiye müdürleri ve idare meclislerinin düzenleyeceği açık müzayedelerle taliplerine satılacaktı.

1911 tarihli talimatın “fazlalıkları” gelire dönüştürme konusunda duyduğu iştah merkezî hazineyi besleme arzusundan kaynaklanmıyordu. Müzayede ve satış işlemlerinin tümüyle yerel yetkililere bırakılması yarım yüzyıldır ormanlara uzanan resmî elin bu kez avucunu doldurmak üzere hareket etmediğine işaret etmekteydi. Nitekim on ikinci madde satıştan elde edilecek gelirlerin yerel ihtiyaçları karşılamak üzere köy ihtiyar heyetine bırakılacağını müjdelemişti. Üstelik yerel yönetime ayrılan kaynak bununla sınırlı değildi, otlak resmine tabi olan yaylak ve kışlaklardan alınan vergiler de köy ihtiyar heyetinin avuçlarına bırakılmıştı. Heyet söz konusu gelirleri nahiye müdürünün bilgisi dahilinde köyün namına “mutedber” bir bankaya yatıracaktı. İlgili madde paranın harcanacağı alanları önemlerine binaen

şöyle sıralamıştı: a. Yolların tamir ve yenilenmesine, b. Çeşmelerinin tamiri, ıslahı ve temizlenmesine, c. Okul ve eğitim işlerine ve d. Mabet ve mezarlığa. Harcamaların denetlenmesi ve yolsuzluk durumunda uygulanacak hükümler devam eden maddelerde ele alınmıştı. Buna göre herhangi bir suiistimal durumunda meydana gelen zarar ihtiyar heyetinin menkul ve gayrimenkullerine el konularak tazmin edilecekti.<sup>87</sup>

## SONUÇ

1858 Arazi Kanunnâmesi ortak arazilerle ilgili kadim hukukî mevzuatı genel itibarıyla koruyan muhafazakâr bir metindi. Kanunnâme -mevat arazilerin tarıma açılması hariç- arazi türlerinin mevcut haliyle korunması konusunda eski geleneği koruyan bir yaklaşımla hazırlanmıştı. Müştereken kullanılan arazilerin idare ve kullanım usulleri konusunda da kadim mevzuata sadık kalmıştı. Kanunnâmede belirli bir ortak arazi türüne özel bir ilgi gösterildiğine işaret eden bir emare bulunmamaktaydı. Ancak on dokuzuncu yüzyılın müteakip hukukî düzenlemeleri modern ve rasyonel ormancılığın giderek önem kazanmasıyla birlikte ormanlara özel bir alaka gösterilmeye başlandığına açıkça işaret etmekteydi. 1870 Orman Nizamnâmesi söz konusu alakanın ilk sıçrama tahtası olarak göze çarpmaktaydı. Aslında her iki kanunnâme de ortak kullanıma konu olan arazilerin idare ve kullanım usullerini düzenlemek üzere kaleme alınmamıştı. Bununla birlikte bu metinler ortak arazilerin müstakbel kaderlerini belirleyici bir şekilde etkilemişlerdi. Ormanların idaresine yönelik titiz ve korumacı yaklaşım on dokuzuncu yüzyılın son çeyreğinden itibaren yürürlüğe konan çeşitli nizamnamelerle iyice perçinlenmişti. Söz konusu düzenlemeler kamu menfaatinin korunmasına önem veren muhafazakâr anlayışı tamamen terk etmemekle birlikte esas olarak hazine gelirlerinin artırılması ve milli servet olarak görülmeye başlanan ormanların korunmasını dert etmekteydi. *Cibâl-i mübâha* ormanlarının *mîrî* ormanları grubuna dahil edilmesi, baltalıkların zarurî ihtiyaçları temin edecek sınırlara çekilmesi, *mîrî* ormanlarından yararlanma biçimlerinin sıkı ve katı kurallarla çerçevelenmesi “müşfik ve lütufkâr” devletin kaynaklarını dağıtma konusunda giderek cimrileştiğini göstermekteydi. Kaynaktan yararlanma biçimi geçim ekonomisinin sınırlarını aşıp ticarî bir kazanca dönüştüğünde ise devlet lütfunun dozu daha az hissedilir seviyelere inmekteydi.

1858 Arazi Kanunnâmesi ortak arazilerle ilgili geleneksel mevzuatı çoğunlukla teyit ettiği için ve devamındaki düzenleme ve uygulamalar radikal

<sup>87</sup> Kutluk, s. 410-412.

bir değişime sebep olmadığından

uygulanması yerelde bir karmaşa yaratmamıştı. Ormanlarla ilgili hukukî düzenlemeler ise yerel idarecilerin tepesine kısa aralıklarla düşen bir bombardımanı andırmaktaydı. 1870’li yıllarda Orman Nizamnâmesi’nin boş bıraktığı alanları doldurmak üzere hazırlanan düzenlemeler ise peşi sıra kaleme alınmıştı. Bu durum kısa bir süre içerisinde oluşturulan mevzuatın anlaşılmasını ve uygulanmasını zaman zaman güçleştirebilmekteydi. Problemlerin bazıları yerelden giden soru veya taleplere karşılık olarak gönderilen emirlerin birbiriyle çelişmesinden kaynaklanmaktaydı. Bazıları ise yeni mevzuattan hoşnutsuz olan kullanıcıların direncinden neşet etmekteydi. Yerel idarecilerin zaman zaman yöneldiği kayırmacı ve başına buyruk uygulamalar yine merkezî ve yerel idarecileri karşı karşıya getiren sebepler arasındaydı. Bu tür durumlarda merkezî yönetim ve yerel idarecilerin uzlaşması yoğun bir muhabere trafiğini içeren uzun bir zaman dilimini gerektirebilmekteydi. Kullanıcılar ise kendileri için en avantajlı kararı elde edebilmenin yollarını aramakla meşguldü.

Ormanların kullanımını *zabt u rabt* altına almaya yönelik düzenlemeler yirminci yüzyıl başlarında da devam etmişti. Bu dönemde kanun koyucular 1870’lerdeki benzer kapsamlı bir nizamnâme hazırlamıştı. Yeni nizamnâme bazı bölgelerde ormanlar kümesine dahil olan meraların kullanımını da düzene sokmak niyetindeydi. Ne var ki bu titiz düzenleme yasalaşmak üzere merkezî kurumlar arasında bir süre dolaşsa da proje şimdilik bilinmeyen bir nedenle sonuca ulaşamadı. Böylelikle ormanların rasyonel ve bilimsel usullere göre idare edilmesi vazifesi yeni kurulacak olan cumhuriyetin yönetici ve bürokratlarına miras kalmış oldu.

## KAYNAKÇA

*A.MKT.NZD 37-95; BOA, A.MKT.DV 35-1; BOA, A.MKT.MVL 82-46. BOA, A.MKT.NZD 2-95; BOA, A.MKT.UM 105-30; BOA, A.MKT.UM 414-77; BOA, BEO 300-22477; BOA, BEO 3855-289113; BOA, BEO 3920-293933; BOA, BEO 4050-303710; BOA, BEO 4055-304085; BOA, BEO 4062-304631; BOA, C.İKTS 25-1215; BOA, DH.İD 105-27; BOA, DH.İD 105-40; BOA, DH.MKT 158-34; BOA, DH.MKT 2151-66; BOA, DH.MKT 2386-117; BOA, DH.MKT 425-45; BOA, HR.MKT 329-16, BOA, İ.MMS 48-2056; BOA, İ.ŞD 71-4162; BOA, MV 149-6; BOA, MV 165-77; BOA, MVL 324-23; BOA, ŞD 1739-1; BOA, ŞD 302-30; BOA, TFR.I.SL 200-19963; BOA, TFR.I.SL 97-9648; BOA. A.MKT.MHM 476-32; BOA.DH.MKT 583/53.*

Ali H, *Şerh-i Cedîd-i Kanûn-i Arâzî*, Asadoryan Şirket-i Mürettebiye Matbaası, 1321.

Âtuf B, *Arâzî Kanunnâme-i Hümayûnu Şerhi*, Mahmud Bey Matbaası, 1319.

Ebül‘ulâ M, *Ahkâm-ı Arâzî*, Maarif Matbaası, 1339.

Ebül‘ulâ M, *Toprak Hukuku Dersleri*, Cumhuriyet Matbaası, 1947.

Halil C, *Telhîs-i Ahkâm-ı Arâzî*, Hukuk Matbaası, 1329.

Halis E, *Şerh-i Kanûn-i Arâzî*, Yuvanaki Panayotidis Matbaası, 1315.

Hüseyin H, *Arâzî Kanunnâmesi Şerhi*, İkdâm Matbaası, 1324.

Arıcanlı T, “19. Yüzyılda Anadolu’da Mülkiyet, Toprak ve Emek”, *Osmanlı’da Toprak Mülkiyeti ve Ticari Tarım*, ed. Çağlar Keyder, Faruk Tabak, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, 2012, s. 131-142.

Barkan Ö. L, *Türkiye’de Toprak Meselesi*, Gözlem Yayınları, 1980.

Birben Ü/ Güneş Y, “The Cibâl-i Mübaha: A Special Type of Forest Available for Public Use in the Ottoman Empire Period”, *15th International Symposium on Legal Aspects of European Sustainable Development*, ed. Haki Kola, Peter Herbst and Rastislav Sulek, Technical University in Zvolven, 2014, s. 26-32.

Cin H, “Tanzimattan Sonra Türkiye’de Ormanların Hukukî Rejimi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 35, 1981, s. 311-379



Cin H, *Osmanlı Toprak Düzeni ve Bu Düzenin Bozulması*, Kültür Bakanlığı Yayınları, 1973.

Dursun S, *Forest and the State: History of Forestry and Forest Administration in the Ottoman Empire*, (Doktora Tezi), Sabancı Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007.

Gerber H, *The Social Origins of the Modern Middle East*, Boulder, CO and London, Lynce Reinner and Mansell, 1987.

Gözel O, *The Implementation of Ottoman Land Code of 1858 in Eastern Anatolia*, (Yüksek Lisans Tezi) Orta Doğu Teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007.

Günay H. M, “Metruk”, *T.D.V.İ.A.*, 29, 2004, s. 417-418.

Günay H. M, *İslâm Hukukunda Kamu Malları*, (Doktora Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1997.

İnalçık H, Donald Q, *An Economic and Social History of the Ottoman Empire: 1300-1600*, C.1, Cambridge, Cambridge University Press, 1997.

Jon R/ Tay T, “İsrail-Arap Uyuşmazlığında Osmanlı Tecil Hukukunun Payı”, Çev. Ahmet Kılınç, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 14(1), 2006, s. 305-311.

Kenanoğlu M. M, *1858 Osmanlı Arazi Kanunnâmesinin Osmanlı Siyasal ve Toplumsal Yapısı Üzerindeki Etkileri 1858-1867*, (Doktora Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2002.

Koç B, “1870 Orman Nizamnâmesi'nin Osmanlı Ormancılığına Katkısı Üzerine Bazı Notlar”, *Tarih Araştırmaları Dergisi*, 24, 2005, s. 231-257.

Koç B, “Osmanlı Devleti'ndeki Orman ve Koruların Tasarruf Yöntemleri ve İdarelerine İlişkin Bir Araştırma”, *OTAM*, 10, 1999, s. 139-158.

Köprülü B, “Cibal-i Mübaha ve Sahih Vakıflara Ait Ormanlarla Baltalıkların H. 1274 Tarihli Arazi Kanunnamesine Nazaran Hukuki Durumları”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 15(2-3), 1949, s. 703-726.

Köprülü B, *Toprak Hukuku Cilt I*, İsmail Akgün Matbaası, 1958.

Kutluk H, *Türkiye Ormancılığı İle İlgili Tarihi Vesikalar*, Tarım Bakanlığı Orman Genel Müdürlüğü, 1948.

Mundy M/ Smith R. S, *Modern Devlet'e Giden Yolda Mülk Siyaseti: Osmanlı Suriye'sinde Hukuk, Yönetim ve Üretim*, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, 2013.

*Orman ve Mer'â Kanunu*, Mahmud Bey Matbaası, 1910.

Sivridağ A vd, *Tanzimat Sonrası Arazi ve Tapu*, Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü, 2014.

Velidedeoğlu H. V, *Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat*, Maarif Matbaası, 1940.

Düstür, 1. Tertib, C. 2-3.



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

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068  
Cilt / Volume XXVII Nisan / April 2023 Sayı / No. 2

**KAMU İCRA HUKUKUNDAKİ MAL BİLDİRİMİ  
YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN İSVİÇRE HUKUKU İLE MUKAYESELİ  
DEĞERLENDİRİLMESİ\***

A COMPARATIVE EVALUATION OF THE OBLIGATION TO DECLARE  
PROPERTY IN PUBLIC EXECUTION LAW WITH SWISS LAW

Neslihan Karakuş BÜYÜKBEN\*\*   Hasan Hüseyin BAYRAKLI\*\*\*  

**ÖZET**

[-10.34246/ahbvuhfd.1211970](https://doi.org/10.34246/ahbvuhfd.1211970) 

*Mal bildirimi yükümlülüğü, vergi borcunu gereği gibi ödemeyen borçlunun, borcunu karşılayacak miktarda, kendisinde veya üçüncü bir kişi elinde bulunan mal, alacak ya da hakların yazılı ya da sözlü olarak alacaklı tahsil dairesine bildirmesidir. 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun (AATUHK)'da düzenlenen bu yükümlülük, kamu alacağını koruma yöntemlerinden biri olarak nitelendirilebilir. Çünkü bu yükümlülük, haczedilecek malların tespitini kolaylaştırarak alacağın tahsilini sağlama amacına hizmet etmektedir. Bu amaç, kanunun yürürlüğe girdiği günün ihtiyaçlarına göre belirlenmiş olup günümüz şartlarında mevcut olan ve alacaklı tahsil daireleri tarafından kullanılan teknoloji dikkate alındığında, mal bildirimi yükümlülüğünün alacak tahsilindeki rolü yeniden ele alınmalıdır. Bunun yanı sıra mal bildirimi yükümlülüğünün alacakların tahsilindeki etkilerini ortaya*

\* Bu makale Afyon Kocatepe Üniversitesi'nde Prof. Dr. Hasan Hüseyin Bayraklı danışmanlığında Neslihan Karakuş Büyükben tarafından hazırlanan "Vergi Alacaklarının Tahsilinde Mal Bildirim Yükümlülüğü ve Buna Aykırı Hareketlerin Yaptırımı: Afyonkarahisar İli Uygulama Sonuçları" isimli doktora tezinden yararlanılarak hazırlanmıştır.

\*\* **Arş. Gör.**, Afyon Kocatepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Maliye Bölümü Mali Hukuk ABD / AFYON, **e-posta:** neslihan.karakuş@hotmail.com, **ORCID:** 0000-0001-7315-8288

\*\*\***Prof. Dr.**, Emekli, **e-posta:** bayrakli@aku.edu.tr, **ORCID:** 0000-0002-3491-0585 **DOI:** 10.34246/ahbvuhfd.1211970

\*\*\*\***İntihal / Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

koymak ve mevcut olan uygulamanın iyileştirilebilmesi için farklı bir uygulamanın mevcudiyetini araştırmak üzere karşılaştırmalı bir değerlendirme yapılması büyük öneme sahiptir. Buna göre, çalışmada öncelikle kamu icra hukukunda düzenlenen mal bildirim yükümlülüğünün usul ve esasları ele alınacaktır. 6183 sayılı Kanunda yer alan bu yükümlülük, gerek özel kişi alacakları gerekse kamu alacakları için esas alınan İsviçre İcra ve İflas Kanunu'ndaki bildirim yükümlülüğü ile mukayese edilerek mal bildirim müessesesinin işlerlik kazanmasını sağlayacak hususlar bağlamında değerlendirme yapılacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Mal bildirim, Hapisle tazyik, Kamu alacakları, 6183 sayılı kanun, İsviçre İcra ve İflas Kanunu

### ABSTRACT

The obligation of declaration of property is the debtor's notification of the goods, receivables, or rights in possession of himself or a third party to the collection office, in written or verbal form, in an amount sufficient for the debt. This obligation, which regulates in Law on Collection Procedure of Public Receivables numbered 6183, can be qualified as one of the methods of protecting tax receivables because this obligation serves the purpose of ensuring the collection of public claims by facilitating the determination of the goods to be seized. This purpose determines according to the needs of the day the law entered into force. Considering the technology available in today's conditions and used by creditor collection offices, the role of the property declaration obligation in collecting receivables should reconsider. In addition, it is of great importance to make a comparative evaluation to reveal the effects of the obligation to declare the property on the collection of receivables and to investigate the existence of a different application to improve the existing application. Accordingly, in the study, the procedures and principles of the property declaration obligation regulated in public enforcement law will be discussed. This obligation in Law No. 6183 will compare with the notification obligation in the Swiss Execution and Bankruptcy Law, which takes as a basis for a private person and public receivables. Then it will be remarked in the context of the issues that will ensure the better functioning of the obligation of the property declaration.

**Keywords:** Declaration of property, Duress of imprisonment, Public receivables, Law No. 6183, Swiss Federal Law on Debt Collection and Bankruptcy

### EXTENDED ABSTRACT

In order to secure the tax receivable, many institutions include in Law No. 6183 on the Procedure of Collection of Public Receivables. It is the obligation to notify the property in an institution that facilitates and accelerates the collection of tax receivables through algebra execution. The obligation of property declaration is the debtor's notification of the goods, receivables, or rights in possession of himself or a third party to the collection office, in written or verbal form, in an amount sufficient

for the debt. Considering that the said law entered into force in 1954, it may assume that the obligation to property declaration is an obligation to serve in a shorter time and at a lesser cost to the public debtor to collect the tax receivable. In other words, it requires time and cost to make this determination due to the lack of technology to determine the goods, receivables, or rights belonging to the public debtor. With the increase in the use of technology over time and the start of the tax offices into automation, the collection of tax receivables has been positively affected by this. In today's conditions, the contribution of integrating many public institutions into each other and the information of public borrowers can be obtained at less cost and by tax offices in a shorter time. The fact that the information of the public debtor is accessible without the need for a declaration brings to mind the question of the necessity of the obligation to property declaration and the question of the impact of the public receivables.

First of all, in the study of the obligation to property declaration included in the Law on Collection of Public Receivables, the application of the notification of the goods in the Swiss Execution and Bankruptcy Law was examined, and both practices were compared. What is aimed at the study is to decide terms of the scope and implementation of the obligation to declaration property in two different legal systems in terms of the impact of the public receivables collection. In addition, it is aimed to reveal different issues that will improve the implementation of the obligation of property declaration in the Law on Collection of Public Receivables.

The main reason for selecting the Swiss country for comparison in the study is that our law of execution and bankruptcy is quoted from Switzerland. In other words, Swiss execution and bankruptcy law is the source of Turkish enforcement and bankruptcy law. However, it should be noted that the similarity between some amendments made in the Execution and Bankruptcy Law and the two laws is gradually decreasing. In Swiss Execution and Bankruptcy Law, a single enforcement and bankruptcy law is essential for all receivables without distinguishing between private and public receivables. From this point of view, a comparison is made in terms of monitoring public receivables based on the Swiss Execution and Bankruptcy Law. The assessment shows that the scope of the obligation to property declaration in the Swiss Execution and Bankruptcy Law is broader than the Law on the Collection Procedure of Public Receivables. Notably, there is a difference in sanctions due to acting contrary to the obligation to property declaration. While the sanction fine in the Swiss Execution and Bankruptcy Law is a fine of sanctions on the collection procedure of public receivables, the sanction is imprisonment. When both laws are compared, there are similar issues in terms of goods notification as well as differences. As a result of the comparison, the two legal systems are similar regarding legal regulations regarding the property declaration. In terms of the effect of the obligation to declare the property on the collection of the public receivables, these legal regulations of the units in charge of collecting the receivables will make a difference in implementation.

## GİRİŞ

Toplumun ihtiyaçlarını karşılamakla yükümlü tüzel kişilik olan devlet, sunduğu mal ve hizmetlerin finansmanını da sağlamaktadır. Bunun için egemenlik gücüne dayanarak gelir toplamaktadır. Mal ve hizmetlerin sunumunda kullanılan kaynakların başında vergiler gelmektedir. Vergiler, toplam kamu gelirlerinin %87'si<sup>1</sup> gibi çok önemli bir kısmını oluşturmaktadır. Bu açıdan ele alındığında vergilerin tahsili kamu hizmetlerinin sürdürülebilmesi için olmazsa olmaz olarak nitelendirilebilir.

Vergiyi doğuran olayın gerçekleşmesi ile başlayan vergilendirme süreci verginin ödenmesi veya tahsili ile birlikte sona ermektedir. 213 sayılı Vergi Usul Kanunu<sup>2</sup> (VUK)'nun 23'üncü maddesine göre vergi tahsili, “*verginin kanuna uygun surette* ödenmesi”dir. İlgili kanun maddesi vergi tahsilini, vergi mükellefinin kanundan doğan maddi vergi yükümlülüğünü kendi rızası ile yerine getirmesi olarak belirttiği anlaşılmaktadır. Ancak maddi vergi yükümlülüğü, mükellefler tarafından gereği gibi yerine getirilmediği takdirde, vergi idaresi tarafından vergi cebren tahsil edilmektedir. Cebren tahsil yöntemine başvurulmasının temel amacı, mükellefi kötü duruma düşürmek değil, devletin vergi alacağına kavuşmasını sağlamaktır.

Vergiler başta olmak üzere kamu alacaklarının takip ve tahsili Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'a<sup>3</sup> göre yapılmaktadır. Cebren tahsil süreci, vergisini vadesinde ödemeyen mükellefler için gönderilen ödeme emri ile başlamaktadır. Ödeme emri ile mükellefe, vadesinde ödemediği vergi borçlarını ödemesi ya da mal bildirimde bulunması gerektiği bildirilmektedir. Mükellef, ödeme emrinin tebliğinden sonra vergi borcunu ödemez ise mal bildiriminde bulunmakla yükümlüdür. Bu yükümlülük, alacaklı tahsil dairesinin cebren tahsil süreci içinde yer alan haciz uygulamasını daha az maliyetle ve daha kısa sürede yapılmasına yönelik bir yükümlülüktür.

Vergi alacaklarının güvence altına alınmasında başvurulan yöntemlerin bir parçası olan mal bildirim yükümlülüğü, icra iflas hukukundan alınarak Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'da düzenlenmiştir. İsviçre hukuk sisteminde ise alacakların takip edilmesi bakımından özel kişi alacakları

ve kamu alacakları ayrımı yapılmadığından söz konusu karşılaştırmada tüm alacakların takibi için esas alınan İsviçre İcra ve İflas Kanun<sup>4</sup> hükümleri dikkate alınmıştır. Çalışmada öncelikle Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'da yer alan mal bildirim yükümlülüğü ele alınacaktır. Daha sonra İsviçre hukukunda yer alan mal bildirim uygulaması incelenecektir. Çalışmada mal bildirim yükümlülüğünün Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun ile İsviçre İcra ve İflas Kanunu'na göre uygulanışı ve aralarındaki farklılıkları belirtmek amacıyla karşılaştırmalı olarak değerlendirilmesi amaçlanmaktadır. Mal bildirim yükümlülüğünün alacak tahsilindeki etkilerini ortaya koymak ve mevcut olan uygulamanın iyileştirilebilmesi için farklı bir uygulamanın olup olmadığını araştırmak üzere karşılaştırmalı bir değerlendirme yapılması önem arz etmektedir. Buradan hareketle, çalışmanın son kısmında iki farklı hukuk sistemindeki mal bildirim yükümlülüğü karşılaştırılarak kamu icra hukuku açısından değerlendirme yapılacaktır.

Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, tüm kamu alacaklarının takip ve tahsiline yönelik bir kanun olmakla birlikte, kamu gelirleri yekûnunun önemli bir kısmını vergi gelirleri oluşturması nedeniyle çalışmada vergi alacakları özelinde değerlendirme yapılacaktır. Buna göre; çalışmada kamu borçlusunu yerine vergi borçlusunu, kamu alacağı yerine vergi alacağı ifadeleri kullanılacaktır.

## I. TÜRK KAMU İCRA HUKUKUNDA MAL BİLDİRİMİ YÜKÜMLÜLÜĞÜ

### A. Genel Açıklama

Kamu alacakları, 1954 yılına kadar Tahsili Emval Kanunu'na göre tahsil edilmiştir. Söz konusu Kanunda çeşitli değişiklikler yapılmasına karşın artık zamanın ihtiyaçlarına cevap veremez hale geldiğinde yeni bir kanun çıkarma düşüncesi oluşmuştur. Bu doğrultuda, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, 21.07.1953 tarihinde kabul edilerek 1954 yılı itibarıyla ile yürürlüğe girmiştir. Kanunun hazırlanmasında kamu alacaklarının mahiyet ve bünyesine aykırı olmayacak şekilde 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu<sup>5</sup> hükümlerine göre uygulanan genel takip esaslarından faydalanılmıştır<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> 2021 yılı için geçerli olan bu oran, Gelir İdaresi Başkanlığı tarafından yayımlanan “Genel Bütçe Gelirleri Tahsilatı” tablosundan alınmıştır.

<sup>2</sup> 04.01.1961 tarih ve 213 sayılı Vergi Usul Kanunu (R.G. 10.01.19961 – 10703).

<sup>3</sup> 21.07.1953 tarih ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun (R.G. 28.07.1953 – 8469).

<sup>4</sup> 11.04.1889 tarihli Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG)- AS 11 529.

<sup>5</sup> 06.09.1932 tarih ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu (R.G. 19.06.1932- 2128).

<sup>6</sup> Kamu Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun Gerekçesi ve Geçici Komisyon Raporu (1/464), Sayı 6- 3229,7/425, 18. 11.1952, T.C. Başbakanlık Muamelat Umum Müdürlüğü, s. 4.

Ancak doktrinde kamu alacaklarının takip ve tahsilinin İcra ve İflas Kanunu dışında ayrı bir kanunda düzenlenmesine gerek olmadığı yönünde görüşler ileri sürülmektedir. Özellikle kanun hükümlerinin birçoğunun İcra ve İflas Kanunu'ndaki maddelerin tekrarı niteliğinde olduğundan ve nedenle kamu alacakları için ayrı bir kanuna (Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun) ihtiyaç olmadığı belirtilmektedir<sup>7</sup>. Bu görüşün bir başka dayanağı ise tahsil edilebilecek hale gelen alacakların kısa sürede ve az masrafla tahsili Devletin görevi olduğu ve bu noktada alacağın kamu ya da özel kişi alacağı olmasının kural olarak bir fark yaratmaması gerektiğidir. Kamu alacağı ile özel alacağın birleşmesi durumunda da kamu alacağının imtiyazlı sayılabileceği ve bunun bir kural olarak kabul edilebileceği belirtilmektedir. Böylece kamu yararı da üstün tutulmuş olabilecektir. Buna ek olarak, kanunda tanınan birtakım imtiyazlarla kamu alacakları daha kolay, hızlı ve az masrafla tahsil edilirken; özel alacaklar için aynı kolaylıkların sağlanmamasının mümkün olmayacağı ve ileri bir hukuk düzeninde böyle bir ayırım yapılmaması gerektiği ifade edilmektedir. Tüm bu gerekçelere dayanarak Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un modern Türk Takip Hukukunda yeri olmadığı ve bu kanunun yürürlükten kaldırılıp kamu alacaklarına bazı imtiyazlar tanınsa bile, bunların özel alacaklar ile aynı usullere ve aynı şartlara tâbi tutulmak suretiyle tarafsız icra dairelerince tahsili yoluna gidilmesinin daha doğru olacağı ifade edilmektedir<sup>8</sup>. Kamu alacaklarının ayrı bir kanunla takip edilmesine yönelik yapılan eleştirilerden bir diğeri de kamu alacaklarının, özel hukuka dayanan alacaklara göre daha kısa, daha hızlı bir usulün öngörülmesinde eşitlik açısından isabet bulunmamasıdır. Buna göre; kamu alacakları da diğer alacaklar gibi mümkün olduğu kadar kısa sürede tahsil edilmeye çalışıldığından dolayı kamu alacaklarının takibi için bazı ayrı düzenlemeler ve ayrıcalıklar tanınsa bile, bu alacakların da aynı kanuna göre takip edilmesinin zorunlu olduğu belirtilmektedir<sup>9</sup>.

Öte yandan, kamu alacaklarının ayrı bir usule tâbi olmasının gerektiği savının temel dayanağı ise kamu yararının üstünlüğü ilkesidir<sup>10</sup>. Kamu

yararı esas itibarıyla, kamu hizmetlerinin aksamadan yerine getirilmesini ve bu sebepten dolayı kamu alacaklarının tahsilinin hızlı bir süreç içinde gerçekleştirilmesini gerekli kılmaktadır<sup>11</sup>. Kamu alacaklarının zamanında ödenmemesi, kamu hizmetlerinin zamanında ve gereği gibi gerçekleştirilmesine engel olacaktır. Bu sebeple, kamu alacaklarının daha kısa sürede ve eksiksiz olarak tahsil edilmesi gerekir. Bu ise kamu alacaklısına kamu gücü kullanarak yaptırım uygulama, kendiliğinden harekete geçebilme gibi birtakım imtiyazlar tanınmasına bağlıdır. Bu nedenle, kamu alacaklarının tahsili özel alacaklardan farklı bir usule göre yapılmaktadır<sup>12</sup>.

Kamu alacaklarının tahsilinde ayrı bir kanuna ihtiyaç duyulmasının temel gerekçesi, kamu hizmetlerinin karşılanması gerekliliğidir. Kamu alacakları ile kamu hizmetleri arasındaki yakın ilişki kamu yararı kavramının da dikkate alınmasını gerektirmektedir.

Genel icra hukukunda takibin her safhasında işlemlere devam edilebilmesi için alacaklının icra dairesini harekete geçirmesi gereği, birçok hallerde işlemlerin icra mahkemesine ve hatta genel mahkemelere intikal etmesinin zorunlu olması gibi hususlar<sup>13</sup> Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun gerekçesinde açıkça belirtilmiştir.

Kamu alacaklarının tahsili ve kovuşturulması bakımından Tahsili Emval Kanunu'nun yetersizliğinin yanı sıra kamu alacaklarının tahsilini ve kovuşturulmasını sağlayacak bir kanunun, ödeme ve cebren tahsil müesseselerinin dışında başkaca hükümleri de kapsamının zaruri olması, Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un çıkarılma nedenlerinden biridir. 6183 sayılı Kanun gerekçesinde, kamu alacaklarına yönelik bir kovuşturma sistemi kurabilmek için mevcudu zorunlu olan hükümler; kamu alacaklarının rüchâniyeti, af, terkin, teminat sistemi, üçüncü kişilerin sorumluluk dereceleri, kamu alacağının ödenmesi ve zorla tahsili ile ilgili suçlar ve cezaların varlığına ilişkin hükümler olarak belirtilmiştir<sup>14</sup>. Gerçekten de Tahsili Emval Kanunu'nda bahsi geçen müesseselere rastlanılmadığı görülmektedir. Mevcut olan bu boşluk, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü

<sup>7</sup> Sabri Şakir Ansay, *Hukuk İcra İflas Usulleri*, 5. Baskı, Ankara, 1960, s.16, aktaran, Yusuf Karakoç, *Kamu İcra Hukuku*, Yetkin Yayınları, 2016, s. 52.

<sup>8</sup> Necmeddin M. Berkin, *Tatbikatçılara İcra Hukuku Rehberi*, Filiz Kitapevi, 1980, s.19-20, aktaran Karakoç, *Kamu İcra Hukuku*, s. 53.

<sup>9</sup> Hakan Pekcanitez /Oğuz Atalay/Meral Sungurtekin Özkan/ Muhammet Özkes, *İcra ve İflas Hukuku*, 9. Baskı, Onikilevha Yayınevi, 2022, s. 40.

<sup>10</sup> Karakoç, *Kamu İcra Hukuku*, s. 54.

<sup>11</sup> Ümit Süleyman Üstün, *Kamu Alacaklarında Rüçhan Hakkı*, Legal Yayıncılık, 2013, s. 231.

<sup>12</sup> Karakoç, *Kamu İcra Hukuku*, s. 54.

<sup>13</sup> Kamu Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun Gerekçesi ve Geçici Komisyon Raporu (1/464), Sayı 6- 3229,7/425, 18. 11.1952, T.C. Başbakanlık Muamelat Umum Müdürlüğü, s. 5.

<sup>14</sup> Kamu Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun Gerekçesi ve Geçici Komisyon Raporu (1/464), Sayı 6- 3229,7/425, 18. 11.1952, T.C. Başbakanlık Muamelat Umum Müdürlüğü, s. 4.

Hakkında Kanun'un yürürlüğe girmesi ile doldurulmuştur. Ayrıca mal bildirim yükümlülüğünün de Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun ile kamu icra hukukuna yeni giren yükümlülüklerden biri olduğunu belirtmek gerekir. İcra ve İflas Kanunu'nda yer alan bu yükümlülüğe<sup>15</sup> Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'da da yer verilmesiyle mal bildirim yükümlülüğü hem özel kişi alacakları bakımından takip hukukunun hem de kamu icra hukukunun ortak konularından biri hale gelmiştir.

Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 54'üncü maddesinde ifade edilen takip usullerinin<sup>16</sup> amacı, borçluya ait hak, güvence, alacak ya da malların satılarak kamu alacağının tahsilini sağlamaktır. Alacaklı tahsil dairesinin bunu gerçekleştirebilmesi için öncelikle borçlunun malları hakkında bilgi sahibi olması gerekmektedir. Mezkûr Kanunun 59'uncu maddesinde düzenlenen mal bildirim yükümlülüğü işte bu amaca hizmet etmektedir<sup>17</sup>.

Mal bildirim yükümlülüğü aynı zamanda vergi alacağı başta olmak üzere tüm kamu alacaklarını güvence altına alan önlemlerden birisidir. Mal bildirim, vergi alacağının tahsili için haczi kolaylaştırdığı gibi Kanunun 103'üncü maddesinin 5'inci fıkrasında tahsil zamanaşımını kesen bir neden olarak öngörülmüştür<sup>18</sup>. Bu maddeye göre, vergi borçlusu tarafından mal bildiriminde bulunulduğunda tahsil zamanaşımı süresi kesilmektedir. Bir başka ifadeyle bu sürenin kesilmesi, vergi alacağının zamanaşımına uğramasına engel olduğunu ifade etmektedir. Vergi borcunun tahsil edilebilmesi, beş yıllık

<sup>15</sup> 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 74'üncü maddesi şöyledir: “*Mal beyanı, borçlunun gerek kendisinde ve gerek üçüncü şahıslar yedinde bulunan mal ve alacak ve haklarında borcuna yetecek miktarın nevi ve mahiyet ve vasıflarını ve her türlü kazanç ve gelirlerini ve yaşayış tarzına göre geçim membaların ve buna nazaran borcunu ne suretle ödeyebileceğini yazı ile veya şifahi icra dairesine bildirmesidir.*”

<sup>16</sup> 6183 sayılı AATUHK'un 54'üncü maddesi:

“*Ödeme müddeti içinde ödenmeyen amme alacağı tahsil dairesince cebren tahsil olunur. Cebren tahsil aşağıdaki şekillerden herhangi birinin tatbiki suretiyle yapılır:*

1. *Amme borçlusu tahsil dairesine teminat göstermişse, teminatın paraya çevrilmesi yahut kefilin takibi,*
2. *Amme borçlusunun borcuna yetecek miktardaki mallarının haczedilerek paraya çevrilmesi,*
3. *Gerekli şartlar bulunduğu takdirde borçlunun iflasının istenmesi.*” şeklinde.

<sup>17</sup> Edip Şimşek, *Amme Alacakları Tahsil Usulü Kanun Şerhi*, 2. Bası, Alfa Basım Yayın Dağıtım, 1996, s. 565.

<sup>18</sup> Mustafa Balcı, *Kamu İcra Hukuku ve 6183 Sayılı Kanun Uygulaması*, 2. Baskı, On İki Levha Yayınları, 2021, s. 937.

tahsil zamanaşımı süresi içinde yapılabildiğinden bu sürenin geçirilmemiş olmaması gerekir. Zira zamanaşımına uğramış bir vergi borcunun tahsil edilmesi mümkün değildir.

Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 59'uncu maddesinde mal bildirim yükümlülüğü şöyle belirtilmektedir: “*Mal bildirim, borçlunun gerek kendisinde, gerekse üçüncü şahıslar elinde bulunan mal, alacak ve haklarından borcuna yetecek miktarın, nev'ini, mahiyetini, vasfını, değerini ve her türlü gelirlerini veya haczi kabil mal veya geliri bulunmadığını ve yaşayış tarzına göre geçim kaynaklarını ve buna nazaran borcunu ne suretle ödeyebileceğini yazı veya sözle tahsil dairesine bildirmesidir.*”

Alacaklı tahsil dairesinin borçlunun borcuna yetecek miktarda alacak, hak ya da mallarını bilmesi, borçlu nezdinde ayrıca malvarlığı araştırması lüzumunu ortadan kaldıracaktır. Böylece borçlu tarafından bildirilen kıymetlerin satışı yapılarak vergi alacağının tahsili kısa sürede sağlanmış olacaktır. Ayrıca mal bildirim ile rastgele mallar haczedilmemiş olduğundan alacaklı tahsil dairesinin borçlu için manevi değeri olan mallara el atmamasını sağlamış olacaktır<sup>19</sup>.

Alacaklı tahsil dairesi tarafından, borçlulardan mal bildiriminde bulunulmasının talep edilmesi, borca karşılık olabilecek mal varlığının öğrenilmesini ve takibini kolaylaştıran bir yol olarak ifade edilmektedir<sup>20</sup>. Mal bildirim, vergi alacağının tahsili için vergi borçlusuna ait haczolunacak mal, hak ya da alacakların borçlu tarafından bildirilmesini sağlayarak zaman ve maliyet israfını engelleme amacına<sup>21</sup> hizmet etmektedir. Böylece vergi alacağının daha hızlı ve en az maliyetle hazineye intikal etmesi sağlanacaktır.

## B. Mal Bildiriminde Bulunma Zorunluluğu

Vergi borcunu zamanında ve eksiksiz ödemeyen vergi borçlularının mal bildiriminde bulunma zorunluluğu, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü

<sup>19</sup> Hasan Hüseyin Bayraklı, *Vergi İcra Hukuku*, 5. Baskı, Celepler Matbaacılık Yayın ve Dağıtım 2019, s. 145.

<sup>20</sup> Binnur Çelik, *Kamu Alacaklarının Takip ve Tahsil Hukuku*, 3. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, 2018, s. 35.

<sup>21</sup> “*Mal beyanında amaç, alacaklının hiçbir tahkik işlemine gerek kalmadan alacağını tahsil imkânının sağlanmasıdır. Bu amaçla yapılacak masraflar sonuçta borçludan tahsil edileceği cihetle alacağın en az masrafla sağlanması, tarafların menfaati iktizasıdır.*” Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, 10.04.1979, 67/41: İKİD 1979/223 s. 6992.

Hakkında Kanun'a dayanmakta<sup>22</sup> olup mezkûr Kanunun ödeme emirini konu edinen 55'inci maddesinde yer almaktadır. İlgili Kanun maddesinin 2'inci fıkrasında şöyle belirtilmiştir: “*Ödeme emrinde borcun asıl ve ferilerinin mahiyet ve miktarları, nereye ödeneceği, müddetinde ödemediği veya mal bildiriminde bulunmadığı takdirde borcun cebren tahsil ve borçlunun mal bildiriminde bulununcaya kadar üç ayı geçmemek üzere hapis ile tazyik olunacağı, gerçeğe aykırı bildirimde bulunduğu takdirde hapis ile cezalandırılacağı kayıtlı bulunur. Ayrıca, borçlunun 114 üncü maddedeki vazifeleri ve bu vazifeleri yerine getirmediği takdirde hakkında tatbik edilecek olan ceza bu ödeme emrinde kendisine bildirilir.*”

Kendisine ödeme emri tebliğ edilen vergi borçlusunun Kanuna göre üç farklı seçeneği bulunmaktadır. Bu seçeneklerden ilki, ödeme emri sonrasında alacaklı tahsil dairesi tarafından da beklenen davranış şekli olan ödemedir. Bir başka ifadeyle, vergi borçlusunun ilgili borcu için ödeme yapmasıdır. Ödeme yapmayı istemeyen vergi borçlusunun bir diğer seçeneği, ödeme emrinde belirtilen borcun tamamı ya da bir kısmı için dava yoluna başvurusudur. Borcunu ödemez ya da dava yoluna başvurmayı tercih etmezse bu durumda vergi borçlusu için mal bildiriminde bulunma zorunluluğu doğmaktadır. Ödeme emrine karşı dava açılması, kural olarak, mal bildiriminde bulunma mecburiyetini ortadan kaldırmaktadır. Ancak ödeme emrine karşı açtığı dava kısmen ya da tamamen reddedilen vergi borçlusu, bu kararın kendisine tebliğ tarihinden itibaren 15 gün içinde mal bildiriminde bulunmaya mecburdur<sup>23</sup>. Ancak, ödeme emrine karşı dava açılması tahsil işlemlerinin devam etmesine engel olmadığından cebren takibi durdurmak amacıyla ayrıca yürütmeyi durdurma kararı alınmalıdır<sup>24</sup>. Ancak ilgili Kanunun 58'inci maddesinde

<sup>22</sup> Şimşek, *Amme Alacakları*, s. 567.

<sup>23</sup> Karakoç, *Kamu İcra Hukuku*, s. 178.

<sup>24</sup> Ödeme emri hakkında davanın, kendiliğinden yürütmenin durması sonucunu doğurmadığı (İYUK. M. 27/1) düşüncesiyle tahsil işlemlerine devam edilebileceği yönünde genel bir kabul bulunmaktadır. Ancak, kanun hükümleri ve müessesenin mahiyetinin, bunun aksine yürütmenin kendiliğinden durması gerektiği yönünde de görüş belirtilmektedir. İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27'nci maddesinin 4'üncü fıkrası dayanak olarak gösterilmiş ve buna göre yürütmenin durdurulması için davacının talebine ya da mahkemenin karar vermesine gerek olmadığı ifade edilmiştir. Ödeme emrine karşı dava açılmasının yürütmeyi kendiliğinden durdurduğuna ait bir diğer dayanak da mal bildirim yükümlülüğü gösterilmiştir. Ödeme emrine karşı borcun tamamı için dava açılması halinde mal bildiriminde bulunmak mecburiyeti kendiliğinden davanın sonu(cu)na ertelendiğine göre, davanın açılmasının yürütmeyi kendiliğinden durduracağı sonucu ortaya çıkmaktadır. Yusuf Karakoç, “Ödeme Emri Hakkında Galat-ı Meşhur Uygulamalar”, A. Bumin Doğrusöz/Ayşe Güner/Gülşay Akgül Yılmaz, *Güncel Maliye Tartışmaları – 3, Dr. Veysi SEVİĞ'e Armağan*, Seçkin Yayınları, 2021, ss. 405-427.

ödeme emrine karşı dava açılması halinde mal bildirim yükümlülüğünün yerine getirilme süresi de açıkça belirtilmiştir. Mal bildirim yükümlülüğünün, davanın kısmen veya tamamen reddedildiğinin borçluya tebliğinden itibaren 15 gün içinde olması, dava açmanın bu yükümlülüğe ilişkin süreyi durdurduğu sonucunu yaratmaktadır.

Mal bildirim mutlakla bir malın bildirilmesini ifade etmemektedir<sup>25</sup>. Bu sebeple, mal bildirim zorunluluğu, sadece haczi mümkün (kabil) malı olan vergi borçluları için getirilmiş bir yükümlülük değildir. Haczi mümkün malı, hakkı veya alacağı bulunmayan borçlular da mal bildiriminde bulunmak zorundadır<sup>26</sup>. Haczi mümkün malı olmayan borçluların malı olmadığını bildirmeleri de mal bildirim hükmündedir<sup>27</sup>. Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun gerekçesinde, “*Borçlu yalnız malının bulunması halinde değil, bulunmaması halinde de bildirimde bulunmak mecburiyetindedir.*” ifadesiyle açıkça belirtilmiştir<sup>28</sup>. Buna karşın malı olmadığı yönünde bildirimde bulunan vergi borçluları, mal bildiriminde ayrıca yaşayış tarzlarına göre geçim kaynaklarını ve vergi borcunu nasıl ödeyeceklerini açıklamakla yükümlüdürler. Bu şartları taşımayan bir bildirim, usulüne uygun şekilde yapılmış bir mal bildirim olarak sayılmamaktadır<sup>29</sup>. Öte yandan, ilgili Kanunun 114'üncü maddesi gereğince, borcunu karşılayacak miktarda malı olmadığı şeklinde bildirimde bulunan borçlu, mal bildirim ile birlikte en son kanuni ikametgâh ve iş adreslerini de bildirmekle yükümlüdür. Bunların yanı sıra, eğer varsa, devamlı mükellefiyetleri bulunan tahsil dairelerini ve kamu idarelerini ve buralardaki hesap ve kayıt numaralarını bildirmek zorundadır. Borçlu yukarıda belirtilen bildirimleri, mal bildiriyle birlikte yapabileceği gibi mal bildirim tarihinden itibaren 15 gün içinde de yapabilmektedir.

Vergi borçlusu gerçek bir kişi ya da tüzel bir kişi olabilir. Borçlunun tüzel kişi olması durumunda, mal bildiriminde bulunma yükümlülüğünün kimde olacağı sorusu akla gelmektedir. Vergi Usul Kanunu'nun 10'uncu maddesinde

<sup>25</sup> Fatih Saraçoğlu, *Kamu Alacaklarının Takip ve Tahsil Usulü ve Uygulaması*, Gazi Kitapevi, 2018, s. 122.

<sup>26</sup> Turgut Candan, *Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun*, 4. Bası, Yetkin Yayınları, s. 368.

<sup>27</sup> Saraçoğlu, s. 122.

<sup>28</sup> Şimşek, *Amme Alacakları*, s. 566.

<sup>29</sup> “*Borcumu karşılayacak malım, hakkım ve alacağım yoktur.*” Şeklinde yapılan bildirim, bildirimde bulunanı, yaptırıma maruz kalmaktan kurtarmamaktadır (Candan, *Amme Alacakları*, s. 370.)



tüzel kişilerin mükellef veya vergi sorumlusu olması durumunda bunlara düşen ödevlerin kanuni temsilciler tarafından yerine getirileceği belirtilmektedir. Benzer şekilde, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un mükerrer madde 35'de kanuni temsilciler için sorumluluk getirmekte ve bu sorumluluk kamu alacaklarını kapsamaktadır<sup>30</sup>. Söz konusu maddede, tüzel kişilerin malvarlığından tamamen ya da kısmen tahsil olunmayan veyahut tahsil olunamayacağı anlaşılan kamu alacaklarının kanunî temsilcilerin şahsi malvarlıklarından tahsil edileceği hüküm altına alınmıştır. Buna dayanarak vergi borçlusunun tüzel kişi olması durumunda mal bildiriminde bulunma yükümlülüğü kanunî temsilciye aittir.

Mal bildirimini zorunluluğuna ilişkin ele alınması gereken bir diğer konu da vergi borçlusunun vekil aracılığıyla bildirimde bulunup bulunamayacağıdır. Mal bildiriminde bulunmak zorunda olan kişi, kendisine ödeme emri tebliğ edilen vergi borçlusudur. Bununla birlikte vergi borçlusunun vekil aracılığıyla mal bildirimde bulunmasını engelleyen bir hüküm bulunmadığından borçlunun vekili de mal bildiriminde bulunabilir<sup>31</sup>. Öte yandan ödeme emrinin borçlunun şahsına tebliğ edilmesinin icra hukukunun temel ilkelerinden olduğu<sup>32</sup> düşünülürse, vekile yapılan tebligat üzerine vergi borçlusunun mal bildiriminde bulunmak zorunda olmayacağı sonucuna ulaşılabilir. Buna ek olarak vergi borçlusu, tahsil dairesi tarafından hakkında ödeme emri çıkarıldığını tebliğ olmaksızın öğrenmişse, yine bu durumda da mal bildiriminde bulunma zorunluluğunun olmadığı söylenebilir<sup>33</sup>. Özetle belirtmek gerekirse ödeme emri tebligatının vergi borçlusuna yapılması şartıyla mal bildiriminin kanuni temsilci tarafından yapılmasında herhangi bir sakınca bulunmamaktadır.

### C. Mal Bildiriminin Kapsamı

Mal bildirimini yükümlülüğünün ne şekilde yapılması gerektiği Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Kanun'un 59'uncu maddesinde açıkça ifade edilmektedir. İlgili maddede bildirim tabii olan kıymetler ve ne miktarda olması gerektiği hususu belirtilmektedir. Bu madde hükmüne göre; vergi

borçlusu, gerek kendisinde gerekse üçüncü şahıslarda bulunan mal, alacak veya haklarını bildirmelidir.

Bildirilecek olan mal, alacak ya da hakların nitelikleri bakımından birbiriyle karşıt görüşler mevcuttur. Bildirime konu olacak şeylerin haczedilmesi mümkün olan mallardan olması gerektiği savunulduğu<sup>34</sup> gibi; yasa gereği haczi kısmen ya da tamamen mümkün olmayan malların da bildirilmesi gerektiğine ilişkin görüş de bulunmaktadır<sup>35</sup>. İkinci görüşün temeli, haczedilemezlik konusunda takdir yetkisinin tahsil dairesine ait olmasına dayanmaktadır. Buna göre; borçlunun, haczedilemeyeceğini düşündüğü malları da mal bildiriminde belirtmek zorunda olduğu ifade edilmektedir. Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun gerekçesinde<sup>36</sup> belirtildiği gibi, hiç malı olmayan kişinin dahi mal bildiriminde bulunma zorunluluğu altında olduğu düşünüldüğünde, haczedilemezlik gibi tartışmaya açık bir konuda, borçluyu sorumlu tutmamının kendi mantığı içinde çelişkili olduğu belirtilmektedir. Ayrıca Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 59'uncu maddesinde yer alan "...haczi kabil mal ve geliri bulunmadığı..." yolundaki ifadeden, haczedilemezliğin borçlu tarafından bizzat takdir ve tayin edilerek bildireceği sonucunun çıkarılmaması gerektiğini de eklemektedir<sup>37</sup>. Ancak bu görüşün isabetli olmadığı değerlendirilmektedir. Zira söz konusu Kanunun 70'inci maddesinde haczedilemeyen malların maddeler halinde belirtilmiş olması, bu konuyu tartışmaya açık bir konu olmaktan çıkarmaktadır. Vergi borçlusu, yapacağı mal bildiriminde, Kanun maddesini dikkate alarak haczi mümkün olmayan mallara bildirimde yer vermeyebilir. Çünkü borçlunun kanundan doğan yükümlülüğü, malı olmasa dahi sadece mal bildiriminde bulunma yönündedir. Vergi borçlusu tarafından bildirilecek olan mallara ilişkin herhangi bir şart getirilmemiş olup bu konuda takdir yetkisi vergi dairesine bırakılmıştır.

Mal bildirimini yükümlülüğünün kapsamı, bildirim konu olan miktar bakımından ele alındığında vergi borçlusunun bu yükümlülüğü için Kanunda bir sınır olduğu görülmektedir. Borçlu, tüm malvarlığını değil, sadece borcunu karşılamaya yetecek kadar malını bildirmesi halinde yükümlülüğünü yerine

<sup>30</sup> Turgut Candan, *Kanuni Temsilcilerin Vergi ve Diğer Kamu Alacaklarından Sorumluluğu*, 3. Bası, Maliye ve Hukuk Yayınları, 2006. s. 45

<sup>31</sup> Baki Kuru, *İcra ve İflas Hukuku*, 3. Bası, C.I, Evrim Dağıtım, 1988, s. 401.

<sup>32</sup> Kuru, s. 219; Zekiye Özen İnci, *Kamu İcra Hukukunda Mal Bildirimine İlişkin Yükümlülükler ve Bu Yükümlülüklerle Uymamanın Cezaî Sonuçları*, İzmir Barosu Dergisi, 2010, s. 75.

<sup>33</sup> Talih Uyar, "Mal Bildiriminde Bulunmama Suçu", ABD, Sayı 4, 1977, s. 650. akt. Özen İnci, s. 75.

<sup>34</sup> Bayraklı, s. 146.

<sup>35</sup> Edip Şimşek, *Uygulamalı İcra ve İflas Kanunu*, Aydın Yayınları, 1989, s. 279.

<sup>36</sup> "Borçlunun yalnız malının bulunması halinde değil, bulunmaması halinde de bildirimde bulunmak mecburiyetindedir." Tahsilat Genel Tebliği Seri A, Sıra No: 1, md 5.

<sup>37</sup> Şimşek, *Amme Alacakları*, s. 566.

getirmiş olacaktır. Bu nedenle mal bildirimini, servet beyanından farklıdır<sup>38</sup>. Buna paralel olarak Danıştay'ın 22.01.1992 tarihinde verdiği bir kararda<sup>39</sup> Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 62'inci maddesi gereğince amme alacağına yetecek miktarda mal ve haklara haciz konulması gerektiği belirtilmiştir. Haciz uygulaması bakımından sınırın, borca yetecek miktarda mal ve hak olduğu görülmektedir. Mal bildirim yükümlülüğü de haczin kolaylaştırılmasına yönelik bir yükümlülük olduğu dikkate alındığında mal bildiriminin de borca yetecek miktarda mal, hak ve alacak ile sınırlı olması gerektiği kabul edilmelidir.

Vergi borçlusu, mal bildirimini beyan ettiği malları üzerindeki tasarruf hakkını, bu mallar haczedilmediği sürece muhafaza etmektedir. Ancak, kamu borçlusunun, bildirdiği mallar borcu karşılamayacak miktara düştüğü takdirde, kamu borçlusu derhal borcunu karşılayacak miktarda bildirimde bulunmalıdır<sup>40</sup>.

#### Ç. Mal Bildiriminde Bulunma Süresi ve Şekli

Mal bildirim yükümlülüğüne ilişkin süre, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 55'inci ve 60'ıncı maddelerinde yer almaktadır. Mal bildiriminde bulunma süresi 2018 yılına kadar Kanunda "7 gün" olarak belirtilmekteydi. 28.11.2017 tarih ve 7061 sayılı Bazı Vergi Kanunları ile Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un<sup>41</sup> 9'uncu maddesi ile "7" ibaresi "15" olarak değiştirilmiş<sup>42</sup> ve bu değişiklik, 01.01.2018 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiştir. Bu süre aynı zamanda ödeme emrine itiraz süresi olması sebebiyle yapılan değişiklik ödeme emrine karşı dava açma

<sup>38</sup> Çelik, s. 35; Doğan Şenyüz, Mehmet Yüce, Adnan Gerçek, Vergi Hukuku, 13. Baskı, Ekin Yayınevi, 2022, s. 363.

<sup>39</sup> "...vergi borçlarından dolayı, mülkiyeti davacı belediyeye ait, çeşitli mevki-ada-parsellerde bulunan 22 adet arsa, 1 işhanı ve 12 mesken üzerine haciz konulduğu, oysa 6183 sayılı Kanunun 62 inci maddesi uyarınca amme alacağına yetecek miktarda mal ve haklara haciz konulması gerektiği; alacaklı idarece hacze neden olan amme alacağını karşılamaya ne kadar sayıda ve hangi gayrimenkul ya da gayrimenkullerin yeterli olabileceği yolunda, borçlunun menfaatinde gözetilecek biçimde herhangi bir araştırma ve tespitinin yapılmadığı, bu nedenle dava konusu haciz işleminde hukuka uyarlık görülmediği gerekçesiyle..." Danıştay 3. Daire, E.1992/1116, K.1992/189, T.22.01.1992.

<sup>40</sup> Adnan Gerçek, *Kamu Alacaklarının Tahsil Hukuku*, 5. Baskı, Ekin Yayınevi, 2017, s. 236.

<sup>41</sup> 28.11.2017 tarih ve 7061 sayılı Bazı Vergi Kanunları ile Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (R.G. 05.12.2017- 30261).

<sup>42</sup> Benzer şekilde Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 15, 56 ve 58'inci maddelerindeki "7" ibaresi de "15" olarak değiştirilmiştir.

süresini de etkilemiştir.

Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'unda böyle bir değişiklik yapma gereği, özellikle kamu icra hukukunda dava açma süresinin vergi mahkemelerinde genel dava açma sürelerinden daha kısa olmasının hak arama özgürlüğünün kullanılması hususunda çeşitli sorunlar yaratması sebebiyle doğmuştur. Anayasa'nın 40'ıncı maddesinin 2'inci fıkrasına<sup>43</sup> göre kişilerin hak arama özgürlüklerini hangi sürelerde ve hangi mercilere başvurarak arayacaklarının idare tarafından bildirilmesi zorunludur. Ödeme emrinin tebliği de bir idari işlem olup Anayasa tarafından tanınmış olan hak arama özgürlüğünün hangi sürede ve hangi mercilere başvurarak kullanılacağı idare tarafından kişilere bildirilmelidir. İdarenin ödeme emrinde bu hususları bildirmediği durumlarda, ödeme emrine muhatap olan kamu borçluları, ödeme emrinin içeriği hakkında bilgi alıp haklarını nasıl kullanacaklarını öğrenene kadar dava açma süresini kaçırabilmektedirler<sup>44</sup>. Bu durumda vergi borçlusu, hak arama özgürlüğünü kullanamamaktadır. Bu hakkı kullanabilmek için vergi borçlusuna verilen sürenin makul ve yeterli olması gerekmektedir. Bu doğrultuda ödeme emrine karşı dava açma süresinin Anayasa 2'nci ve 36'ıncı maddelerine aykırı olduğu gerekçesiyle Anayasa Mahkemesine başvurulmuştur. Anayasa Mahkemesi, 06.01.2011 tarihli kararı<sup>45</sup> ile "7 gün içinde" ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın reddine karar vermiştir. Ancak 2017 yılında Bazı Vergi Kanunları ile Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile "7 gün" olan süre "15 gün" olarak değiştirilmiştir.

Mal bildirim yükümlülüğüne ilişkin 15 günlük süre, ödeme emrinin tebliğ edildiği günü izleyen tarihten itibaren işlemeye başlamaktadır. Vergi borçlusu, kendisine tebliğ edilen ödeme emrine karşı tamamen dava açması halinde, davanın kısmen ya da tamamen reddedildiği kararının kendisine tebliğ edildiği tarihten itibaren 15 gün içinde mal bildiriminde bulunma yükümlülüğünü yerine getirmelidir. Öte yandan ilgili Kanunun 58'inci maddesine göre; ödeme emrinde belirtilen borcun sadece bir kısmına dava açılması mal bildiriminde bulunma süresini uzatmamaktadır<sup>46</sup>.

<sup>43</sup> Anayasa'nın 40'ıncı maddesinin 2'nci fıkrası: "*Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır.*"

<sup>44</sup> Özgecan Gök, "Kamu İcra Hukuku'nda Ödeme Emrine Karşı Dava Açma Süresi ve Anayasaya Uygunluğu: Bir Anayasa Mahkemesi Kararının Düşündürdükleri", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 12, Özel Sayı, 2010, s. 382.

<sup>45</sup> Anayasa Mahkemesi, E. 2008/96, K.2011/3, T. 06.01.2011, R.G. 14.05.2011- 27934.

<sup>46</sup> Karakoç, *Kamu İcra Hukuku*, s. 178.

Sürelerin hesaplanması, Vergi Usul Kanunu'nun 18'inci maddesine göre yapılmaktadır. Buna göre ödeme emrinin ya da mahkeme kararının tebliğ edildiği gün, süre bakımından dikkate alınmamaktadır. Resmî tatil günleri ise süre hesaplamasına dâhil edilmektedir. Ancak sürenin son günü resmî tatile denk gelirse mal bildirimini, tatili takip eden ilk iş gününün mesai saati bitimine kadar yapılabilmektedir. Mal bildirimini yükümlülüğüne ilişkin süreler Tablo 1'de özetlenmiştir:

**Tablo 1. Mal Bildirimi Yükümlülüğünde Süreler**

Hukuki Olay	Kanuni Dayanak	Bildirimle Yükümlü Kişi	Bildirim Şartları	Bildirim Süresi
1. Ödeme emrinin tebliğine bağlı mal bildirimini	AATUHK – 55/1'inci madde	Borçlu	Borcun öden(e) memesi	Ödeme emrinin tebliğ tarihinden itibaren 15 gün
		Borçluya ait malları ellerinde bulunduran üçüncü şahıslar	Borçlunun borcunu öde(ye) memesi	Ödeme emrinin tebliğ tarihinden itibaren 15 gün
2. Ödeme emrine itiraza bağlı mal bildirim süresi	AATUHK – 55/4'üncü madde	Borçlu	Borcun tamamı için itiraz etme suretiyle dava açılması	Mahkemeye ret kararının tebliğ tarihinden itibaren 15 gün
			Borcun bir kısmı için itiraz etme suretiyle dava açılması	Ödeme emrinin tebliğ tarihinden itibaren 15 gün
3. Mal Edinme ve Mal Artmalarına Bağlı Mal Bildirim Süresi	AATUHK-61'inci maddesi	Borçlu	Mal bildiriminde bulunmaması ya da bildirilen malın borcu karşılamaya yetmemesi	Sonradan edinilen malların edinme; sonradan olan gelirdeki artışları artma tarihinden itibaren 15 gün

**Kaynak:** Neslihan Yeliz Akel, Vergi İcra Hukuku Temelinde Mal Bildirimi Hukukî Müessesesi ve Sonuçları Hakkında Bir Değerlendirme, Vergi Sorunları Dergisi, Sayı 340, 2017, s. 149.

Mal bildirimini yükümlülüğünün yerine getirilme şekli bakımından kanun hükmünde açık bir ifadeye yer verilmemiştir. Bu sebeple, mal bildirimini yapılmasına ilişkin belirli bir şekil şartı bulunmamaktadır<sup>47</sup>. Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 59'uncu maddesine göre mal bildirimini yazılı şekilde olabileceği gibi sözlü olarak da yapılabilmektedir. Mal bildirimini sözlü olarak yapılması durumunda, bunun bir tutanakla tespiti ve vergi borçlusu tarafından okunarak imzalanması gerekmektedir. İlgili Kanunun 59'uncu maddesinin 3'üncü fıkrasına göre sözlü olarak mal bildiriminde bulunan borçluya, vergi dairesince pulsuz bir makbuz verilir. Bu makbuz mal bildiriminde bulunan borçlunun, mal bildiriminde bulunduğu dair delil niteliği taşır. Makbuzu bulunmayan borçlu, başka herhangi bir yol ile mal bildiriminde bulunduğunu ispatlayamadığı takdirde bahsi geçen kanunun 60'ıncı maddesinde yer alan yaptırıma maruz kalabilecektir<sup>48</sup>.

Mal bildirimini köylerde yapılacak olması durumunda uygulamada farklılık meydana gelmektedir. Hazine ve Maliye Bakanlığı'nca tespit ve ilan olunacak vergiler dışında kalan kamu alacakları için mal bildirimini köy muhtarlığına yapılabilmekle birlikte bu şart değildir. Kanun, kamu borçlusuna seçimlik bir hak tanımıştır. Borçlu, isterse köy muhtarlığına isterse vergi dairesine mal bildiriminde bulunabilecektir. Ancak köy muhtarlığına yapılacak mal bildirimini tüm kamu alacaklarını kapsamamaktadır. Hazine ve Maliye Bakanlığı'nca tespit ve ilan olunacak vergiler<sup>49</sup> için mal bildirimini vergi dairesine yapılması zorunludur. Bu vergiler için köy muhtarlığına yapılacak mal bildirimini, geçerli bir bildirim olmayacağından borçlu mal bildiriminde bulunmamış sayılacaktır<sup>50</sup>. Bu durumda vergi borçlusu, mal bildiriminde bulunulmaması durumunda karşılan yaptırımlarla karşı karşıya kalacaktır.

#### D. Alacaklı Tahsil Dairesinin Haciz Uygulamasındaki Yetkisi

Vergi borçlusu, ödeme emrine konu olan vergi borcunu ödemediği takdirde mal bildiriminde bulunmakla yükümlüdür. Ancak vergi borçlusunun yaptığı mal bildirimini, haciz uygulaması bakımından alacaklı tahsil dairesini

<sup>47</sup> Gerçek, s. 234.

<sup>48</sup> Şimşek, *Amme Alacakları*, s. 566.

<sup>49</sup> Hazine ve Maliye Bakanlığınca tespit ve ilan olunacak vergiler: Gelir Vergisi (geçici vergi dâhil), Kurumlar Vergisi (geçici vergi dâhil), Katma Değer Vergisi, Özel Tüketim Vergisi, Motorlu Taşıtlar Vergisi, Banka ve Sigorta Muameleleri Vergisi, Özel İletişim Vergisi, Şans Oyunları Vergisi, Damga Vergisidir.

<sup>50</sup> Candan, *Amme Alacakları*, s. 371.

bağlamaz. Bir başka ifadeyle, mal bildiriminde bulunmak yasal bir zorunluluk olmasına rağmen, alacaklı tahsil dairesi vergi alacağını, haciz suretiyle tahsil etmeye kalktığı zaman, bu hususta mutlaka borçlunun mal bildirimindeki mallarını haczetmek mecburiyetinde değildir<sup>51</sup>.

Şöyle ki alacaklı tahsil dairesi, tatbik edilecek haciz için vergi borçlusunun bildirdiği mal, hak ve alacakların haricinde mal varlığı araştırması yaparak, haczolunacak malların tespitini yapmaya yetkilidir. Alacaklı tahsil dairesi bu yetkisini, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 62'inci maddesinin 2'inci fıkrasından<sup>52</sup> almaktadır.

### E. Mal Bildiriminde Bulunmamanın Yaptırımı

Vergi alacağının tahsilinin kamu hizmetlerinin sunumu bakımından son derece önemli olması, bu alacakların tahsilinin kanun kapsamında güvence altına alınmasını ve yerine getirilmediği takdirde yaptırım uygulanmasını zorunlu kılmaktadır. Mal bildirimini, vergiler başta olmak üzere tüm kamu alacaklarının tahsilini güvenceye almak amacıyla düzenlenmiş yükümlülüklerden biridir. Mal bildiriminde bulunulmaması durumunda da borçlu için kanunda yaptırım öngörülmüştür.

Mal bildiriminde bulunmamanın yaptırımına, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 60'ıncı maddesinde yer verilmiş olup "*Kendisine ödeme emri tebliğ edilen borçlu, 15 günlük müddet içinde borcunu ödemediği ve mal bildiriminde de bulunmadığı takdirde mal bildiriminde bulununcaya kadar bir defaya mahsus olmak ve üç ayı geçmemek üzere hapisle tazyik olunur.*" şeklinde belirtilmiştir. İlgili madde metninde "ve" bağlacı kullanılmak suretiyle her iki durumun da gerçekleşmesi gerektiği kanun koyucu tarafından vurgulanmıştır. Ancak yaptırıma bağlanan fiillerin neler olduğunun daha net anlaşılabilmesi ve bu hususta çıkabilecek tartışmaların bertaraf edilebilmesi bakımından kanunî tanımın "*Kendisine ödeme emri tebliğ edilen borçlu, on beş günlük müddet içinde borcunu ödemediği gibi mal bildiriminde bulunmazsa*" şeklinde değiştirilmesi gerektiğine ilişkin görüş de

<sup>51</sup> Mahmut Coşkun, *Açıklamalı-İçtihatlı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 717.

<sup>52</sup> "*Maliye Bakanlığı amme alacaklarının takibinde haczolunacak malların tespiti amacıyla yapılacak mal varlığı araştırmasının şekli, alanı ve kapsamı ile araştırma yapılacak amme alacaklarının türü ve tutarını belirlemeye yetkilidir. Bu yetki alacaklı amme idaresi itibarıyla da kullanılabilir.*"

bulunmaktadır<sup>53</sup>.

Burada akla gelen soru, hangi durumda vergi borçlusunun mal bildiriminde bulunmamış olacağıdır. Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'da belirtilen sürede ve usulüne uygun olarak yerine getirilmemesi durumunda mal bildiriminde bulunmama fiili gerçekleşmiş olmaktadır. Yargıtay 8. Ceza Dairesi'nin 12.10.1994 tarihli kararı<sup>54</sup> da bu yönde olup borçlu tarafından verilen dilekçe ile mal beyanında bulunulmuş olmakla birlikte, bu beyanın Kanunda belirtilen unsurları içermemesi gerekçesiyle verilen beraat kararı Yargıtay tarafından bozulmuştur.

Vergi alacağını koruma yollarından biri olan mal bildirimini, vergi borçlusunun borca karşılık olabilecek mal varlığını öğrenme ve buna bağlı olarak borcun takibini ve özellikle haciz aşamasını kolaylaştırma amacı taşımaktadır<sup>55</sup>. Bu nedenle mal bildiriminde dikkat edilmesi gereken bir diğer husus da vergi borçlusunun yapacağı mal bildirimini, vergi borcunun kısmen ya da tamamen tahsiline imkân sağlayacak şekilde yapılmasıdır<sup>56</sup>. Bir başka ifadeyle, vergi borçlusunun yapacağı mal bildiriminde mal, hak ve alacakların vergi dairesi tarafından kolayca tespit edilebilmesi için detaylı bir şekilde gösterilmesi gerekmektedir<sup>57</sup>. Aksi takdirde vergi borçlusu mal beyanında bulunmamış olarak kabul edilmektedir<sup>58</sup>.

Mal bildiriminde bulunmamış sayılan bir diğer durum da yazılı olarak bildirim yapan borçlunun, Kanunda belirtilen usule uygun olarak bildirim yapmamasıdır. Ancak bildirim borçlu tarafından sözlü şekilde gerçekleştirilirse, usulüne uygun yapılmayan bildirimden borçlu sorumlu tutulmamalıdır. Zira

<sup>53</sup> Kemal Aykaç, *Açıklamalı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun ve Genel Tebliğleri*, Seçkin Kitapevi, 1976, s. 251.

<sup>54</sup> Yargıtay 8. Ceza Dairesi, E.994/10173, K.994/11042, T.12.10.1994, Legalbank Veri Tabanı, Erişim Tarihi 13 Haziran 2022.

<sup>55</sup> Yusuf Karakoç, *Genel Vergi Hukuku*, 7. Bası. Yetkin Yayınları, 2014, s. 678; Karakoç, *Kamu İcra Hukuku*, s. 179, Recai Dönmez, *Vergi İcra Hukukunda Haciz Yolu ile Takip*, Seçkin Yayınevi, 2005, s. 136.

<sup>56</sup> Şimşek, *Amme Alacakları*, s. 565.

<sup>57</sup> Özen İnci, s. 71.

<sup>58</sup> "...borçlunun ödeme taahhüdü ve teklifinde bulunurken (almakta olduğum nafaka ile geçiniyorum) şeklindeki sözleri kanunun aradığı nitelikte bir mal beyanı değildir. Nafaka ile geçinmek başka suretle mal alacak ve haklara sahip olmadığını göstermez. Borçlunun sözleri bu itibarla kesin sarahati ihtiva etmemektedir. Olayda mal beyanında bulunmama suçunun kanuni unsurları mevcuttur." Yargıtay 12. HD. E.3469, K.3716, T.22.04.1964, Şimşek, *Amme Alacakları*, s. 568.

bildirim, yetkili memur tarafından tutanağa geçirilmektedir<sup>59</sup>.

Mal bildiriminde bulunmamanın Kanunda hükmolunan tek yaptırım<sup>60</sup> borçlunun hapisle tazyikidir. Mal bildiriminde bulunma yükümlülüğü olan borçlu, bu yükümlülüğünü yerine getirmezse bir defaya mahsus olmak üzere yükümlülüğünü yerine getirmesi için üç ayı geçmemek üzere tazyik olunmakta; bir başka ifadeyle, zorlanmaktadır. İlgili maddede hükmolunan hapis yaptırımı borçluyu hürriyeti bağlayıcı ceza ile cezalandırma amacı değil, yükümlülüğünü yerine getirmeye zorlama amacını taşımaktadır<sup>61</sup>.

Borçlunun hapisle tazyik olunabilmesi için sadece mal bildiriminde bulunmaması yeterli değildir. Mal bildiriminde bulunmadığı takdirde ne gibi bir yaptırım uygulanacağı tebliğ edilen ödeme emrinde borçluya açıkça belirtilmiş olmalıdır. Aksi halde borçlu için hapisle tazyik yaptırım uygulanamaz. Danıştay'ın görüşünün de bu yönde olduğu, verdiği kararlardan anlaşılmaktadır<sup>62</sup>.

Mal bildiriminde bulunmama fiilinin yaptırımını daha iyi idrak edebilmek için hapisle tazyik yaptırımının hukuki niteliğini ele almak faydalı olacaktır. Hapisle tazyik yaptırımının ceza hukuku kapsamında bir ceza olduğunu söylemek mümkün değildir. Ceza olarak kabul edilseydi, vergi borçlusunun 15 günlük sürenin sonrasında mal bildiriminde bulunması halinde borçlunun hapisle tazyik edilmesine hemen son verilemezdi. Ancak mevcut durumda borçlunun mal bildiriminde bulunmasıyla hapisle tazyik yaptırımını konusuz kalmakta ve dolayısıyla yaptırımı son verilmektedir. Ayrıca kanun koyucu, mal bildiriminde bulunmama fiiline karşı hükmolunan hapisle tazyik yaptırımını Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'unun "yasaklar ve cezalar" kısmında değil; "cebren takip ve tahsil esasları" kısmında belirtmiştir. Bu hususlar dikkate alındığında, hapisle tazyik yaptırımının bir ceza olmadığı

<sup>59</sup> Şimşek, *Amme Alacakları*, s. 565.

<sup>60</sup> Yaptırım niteliğinde olmamakla birlikte borçlunun mal bildiriminde bulunmaması, ihtiyatî haciz, ihtiyatî tahakkuk, haciz ve tasarrufun iptali gibi hukuki sonuçlar da doğurmaktadır.

<sup>61</sup> Karakoç, *Kamu İcra Hukuku*, s. 180 - 181.

<sup>62</sup> Ödeme emrinde, mal bildiriminde bulunulmaması halinde hapisle tazyik edileceği hakkında açıklamanın bulunmaması halinde, mal beyanında bulunmayan kamu borçlusunun hapisle tazyik edilemeyeceği; bu durumun, ödeme emrinin şekil unsuru yönünden hukuka aykırı olmasını ve iptalini gerektirmeyeceği belirtilmektedir. Danıştay 7. Daire, E.2006/3371, K.2007/4139, T. 17.10.2007. Candan, *Amme Alacakları*, s. 273. Benzer bir karar için bkz. Danıştay 7. Daire, E. 2007/2641, K. 2008/4086, T. 20.10.2008, Legalbank Veri Tabanı, Erişim Tarihi 01 Şubat 2023.

yönündeki görüş kuvvetlenmektedir<sup>63</sup>.

## II. İSVİÇRE İCRA VE İFLAS HUKUKUNDA MAL BİLDİRİMİ YÜKÜMLÜLÜĞÜ

### A. Genel Açıklama

Çalışmanın bu kısmında İsviçre'deki mal bildirim uygulaması ele alınacaktır. Çalışmada yapılacak karşılaştırma için İsviçre ülke örneğinin seçilmesinin temel nedeni, Türk icra ve iflas hukukunun bu ülkeden iktibas edilerek oluşturulmasıdır. Bu nedenle İsviçre icra ve iflas hukukunun, Türk icra ve iflas hukukunun kaynağını oluşturduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Bu doğrultuda icra ve iflas hukukunun temelini teşkil eden İsviçre icra ve iflas hukukundaki mal bildirim yükümlülüğünün incelenmesi, kamu icra hukukunda yer alan mal bildirim uygulamasının daha işler bir nitelik kazanabilmesi bakımından anlamlı ve faydalı olacaktır.

İsviçre'de alacak takibindeki usul ve esaslar 11 Nisan 1889 tarihli İsviçre Federal İcra ve İflas Kanunu'nda<sup>64</sup> belirtilmiş olup, alacakların takibinde söz konusu Kanun esas alınmaktadır. İlgili kanun hükümleri bir ayırım gözetmeksizin hem özel alacaklar hem de kamu alacakları için uygulanmaktadır. 1991 yılında adı geçen Kanunda kapsamlı bir değişiklik içeren tasarı Federal Meclise sunulmuş ve meclis 16 Aralık 1994 tarihinde ilgili Kanunu kabul etmiştir. Kanun 1 Ocak 1997 tarihi itibarıyla da yürürlüğe girmiştir. Bu değişiklikte bütün maddeler gözden geçirilmiş ve bunlardan pek çoğu değiştirilmiştir<sup>65</sup>. Hacze ilişkin olarak da bazı değişiklikler yapılmış olup bu değişikliklerden birini de hacizde üçüncü kişilerin ve kurumların bilgi verme yükümlülüğünün getirilmesi olmuştur (İsviçre İcra ve İflas Kanunu m. 91/IV, V)<sup>66</sup>.

İsviçre icra ve iflas hukuku her ne kadar Türk icra ve iflas hukukuna kaynaklık etmiş olsa da temelde ayrıldıkları hususlar bulunmaktadır. İki hukuk sistemi arasındaki en önemli farklılık icra ve iflas kanunlarının kapsamı hususunda ortaya çıkmaktadır. İsviçre Federal İcra ve İflas Kanunu (SchKG)'nda 38'inci maddesinde paranın ödenmesi veya teminat verilmesine

<sup>63</sup> Özen İnci, s. 80.

<sup>64</sup> Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG)

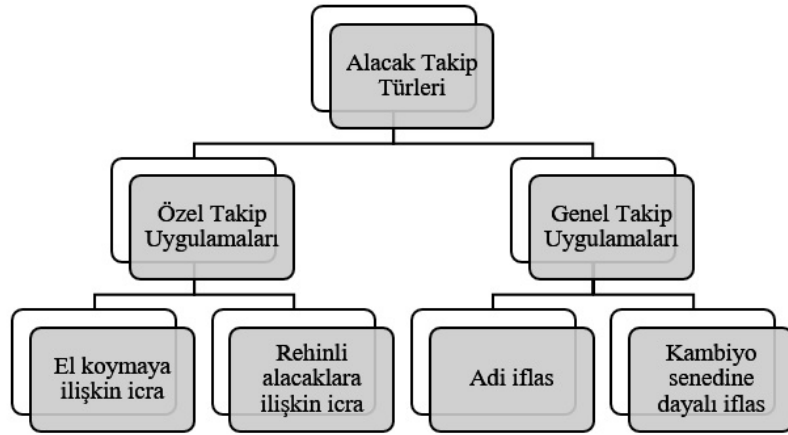
<sup>65</sup> Sema Taşpınar, İsviçre Federal İcra ve İflas Kanunu'nda Yapılan Değişikliklere Genel Bir Bakış, Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, TBB Yayınları: 55, 2004, s. 602.

<sup>66</sup> Taşpınar, s. 620.

yönelik icraların alacak tahsili yoluyla yapılacağı belirtilmiştir. Ancak sadece özel hukuka dayalı parasal alacaklar değil, aynı zamanda para cezası, vergi ve diğer harçların ödenmesi gibi kamu hukuku kapsamındaki alacaklar da icra yoluyla takibe dâhildir<sup>67</sup>. Buna karşın, Türk hukuk sisteminde alacakların takibi bakımından özel alacak ve kamu alacağı ayrımı yapılmaktadır. Özel hukuka tâbi alacaklar 2004 Sayılı İcra ve İflas Kanunu'na göre takip edilirken; vergiler başta olmak üzere kamu alacakları Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'una göre takip ve tahsil olunmaktadır.

Türkiye Cumhuriyeti tarihinde en önemli vergi reformlarından birisi 1949 yılında gerçekleşmiş<sup>68</sup> ve Türk vergi sisteminde köklü değişiklikler yapılmıştır. Bu dönemdeki Federal Almanya Kanunları esas alınarak Gelir Vergisi, Kurumlar Vergisi ve Vergi Usul Kanunları kabul edilmiştir. Bu nedenle, Türk vergi sisteminde Alman vergi sisteminin de yansımaları görülmektedir. Örneğin; Alman vergi sisteminde de kamu alacaklarının takibi özel alacaklardan ayrı olarak Vergi Usul Kanunu'na (Abgabenordnung) göre yapılmaktadır.

Şekil 1. İsviçre İcra ve İflas Hukukunda Alacak **Takip** Türleri



**Kaynak:** Amonn ve Walther, s. 6.

<sup>67</sup> Kurt Amonn, Fridolin Walther, *Grundriss des Schuldbetreibungs-und Konkursrechts*, 8. Auflage, Bern, Stampfli Verlag AG, 2008, s. 3.

<sup>68</sup> Erol Ulusoy, Modern Türk Hukukunun Oluşumu Ve Gelişimi, <http://archiv.jura.uni-saarland.de/turkish/Ulusoy.html#:~:text=T%C3%BCrkiye%20Cumhuriyeti%20tarihinde%20en%20%C3%B6nemli,Vergi%20Usul%20Kanunlar%C4%B1%20kabul%20edildi,Erişim Tarihi 22 Kasım2022.>

İsviçre icra ve iflas hukukunda, alacak takibi türleri bakımından genel ve özel olmak üzere iki farklı uygulama bulunmaktadır. Özel takip (spezialexecution) kapsamında el koymaya ilişkin icra ve rehine ilişkin icra yer alırken; genel takip (generalexecution) kapsamında adi iflas ve kambyo senedine dayalı iflas yer almaktadır. Özel takip uygulamasında, borçlunun münferit olarak belirlenmiş mal varlıklarının haczedilmesiyle elde edilen hâsılattan sadece tek bir alacaklının talebinin karşılanması söz konusudur. Hacze konu edilecek malvarlığı, icra makâmı tarafından resmi haciz usulünde veya önceden rehin verilmek suretiyle borçlunun kendisi veya üçüncü bir kişi tarafından belirlenir. Genel takip uygulamasında ise borçlunun tüm malvarlığı ve gelirleri, bilinen tüm alacaklıları aynı anda ve mümkün olduğunca eşit olarak tasfiye etmek için kullanılır<sup>69</sup>. Şekil 1'de İsviçre icra ve iflas hukukundaki alacak takip türlerine yer verilmiştir.

İsviçre icra ve iflas hukukunda mal bildirim yükümlülüğü, el koymaya ilişkin icra uygulamasında karşımıza çıkmaktadır. El koymaya ilişkin icra takibi, ödeme emrinin tebliği ile başlamakta ve alacak takibinin temelini oluşturmaktadır<sup>70</sup>.

İsviçre İcra ve İflas Kanunu'nun 69' uncu maddesine göre; icra dairesine yapılan icra talebinden sonra icra dairesi ödeme emri gönderir. Ödeme emrinde, borcun detayına ilişkin bilgilerin yanı sıra icra masrafları da dâhil olmak üzere borçlu tarafından alacaklının 20 gün içinde tatmin edilmesi veya teminat gösterilmesi gerektiği belirtilir. Borçlunun kendisine tebliğ edilen ödeme emrine itiraz hakkı bulunmaktadır. Alacağın tamamına ya da bir kısmına veya alacaklının icra yolu ile ileri sürme hakkına itiraz etmek isteyen borçlunun, ödeme emrinin tebliğinden itibaren 10 gün içinde bunu icra dairesine yazılı veya sözlü olarak bildirmesi gerektiği ödeme emri ile borçluya bildirilir. Son olarak, borçlunun ödeme emrine uymaması veya itirazda bulunmaması halinde icra takibine devam edileceği de ödeme emrinde açıkça belirtilmelidir. Borçlu tarafından yapılan itiraz (Rechtsvorschlag), icra takibini durdurmaktadır. Borçlu ödeme yapmaz ya da kendisine tanınan süreyi bir hak iddia etmeksizin geçirirse bu durumda ödeme emri yasal olarak bağlayıcı bir nitelik kazanmaktadır.

<sup>69</sup> Amonn ve Walther, s. 6.

<sup>70</sup> Amonn ve Walther, s. 177.

## B. Mal Bildiriminde Bulunma Zorunluluğu

Mal bildirim yükümlülüğü, borçlunun icra takibi sürecindeki yükümlülükleri arasında yer almaktadır. Yukarıda da belirtildiği üzere, bu yükümlülük, İsviçre İcra ve İflas Kanunu'nda el koymaya ilişkin icranın yer aldığı 91'inci maddede belirtilmektedir. Bu madde hükmü ile alacaklılar lehine mümkün olan en kapsamlı haczin sağlanması amaçlanmaktadır. Bu amaç doğrultusunda 1994 yılındaki revizyonda üçüncü kişilerin, makamların ve icra dairelerinin bilgi verme yükümlülüğü kanun maddesine ilave edilmiştir<sup>71</sup>. Daha önce bilgi verme yükümlülüğü borçlu nezdinde iken; 1994 yılındaki düzenleme ile birlikte bilgi vermekle yükümlü olan kişilerin kapsamı genişletilmiştir.

İsviçre İcra ve İflas Kanunu'nun 91'inci maddesinin 1'inci fıkrasına göre, cezai bir durumun varlığı halinde borçlu;

-El koymada hazır bulunma ya da temsil edilme,

-Hâlihazırda yanında bulunmayanlar da dâhil olmak üzere, tüm malvarlığını (Vermögensgegenstände), üçüncü şahıslara karşı sahip olduğu hakları ve alacakları bildirmekle yükümlüdür.

Bu maddeye göre borçlu; haczedilebilir tüm malvarlığı değeri hakkında geniş bir bilgi verme yükümlülüğü altındadır. Bir başka ifadeyle, borçlu, sadece alacaklının talebini güvence altına alacak kadar malvarlığını değil; tüm malvarlığını bildirmelidir<sup>72</sup>. Böyle bir bildirim icra memurlarının icra sırasını belirlemeleri açısından önemlidir. Tüm malvarlığı bildirilmediği takdirde İsviçre İcra ve İflas Kanunu'nun 95'inci<sup>73</sup> maddesine göre icra

<sup>71</sup> Adrian Staehelin, Thomas Bauer Daniel Staehelin, *Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I*, 2. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, , 2010, s. 852.

<sup>72</sup> Bu görüşün aksini belirten İsviçre Federal Mahkemesi kararına göre malvarlığı hakkında bilgi verme yükümlülüğü sadece haczin başarılı olması için gerekli olan miktar kadar olmalıdır. Bildirilen taşınır malın yeterli olması durumunda gayrimenkul niteliğindeki diğer varlıkların bildirilmesine gerek olmadığı belirtilmektedir. BGE 117 III 62 Erişim Tarihi 08 Kasım 2022).

<sup>73</sup> İsviçre İcra ve İflas Kanunu'nun 95'inci maddesine göre;

Sınırlı hacze tabi alacaklar ve alacaklar dâhil olmak üzere taşınır varlıklara (Madde 93) öncelikle el konulur. Her şeyden önce, günlük kullanım nesnelere el konulur; ancak daha fazla harcanabilir varlığa daha az harcanabilir olanlardan önce el konulur.

Taşınmaz mal, ancak taşınır mal alacağın karşılanması için yeterli olmadığında haczedilir.

Son olarak, hacze konu olan veya borçlunun üçüncü şahıslara ait olduğunu belirlediği veya üçüncü şahıslarca talep edilen varlıklara haciz konulur.

Yem stoklarına el konulursa, borçlunun talebi üzerine karşılık gelen sayıda canlı hayvana

sırasının belirlenmesi mümkün olmamaktadır<sup>74</sup>. Bilgi verme yükümlülüğünün amacı, özellikle haciz edilebilecek gelir ve mal varlığının tespiti yapılarak haciz uygulaması için icra memuruna gerekli temeli sağlamaktır. Borçlu, yeterli bir haciz için gerekli olduğu ölçüde<sup>75</sup> malvarlığı hakkında kapsamlı bilgi vermekle yükümlüdür. Bu şekildeki bir bildirim, sadece söz konusu borcun tahsil edilmesini sağlamak veya bir zarar belgesinin (Verlustschein)<sup>76</sup> düzenlenmesini önlemek için değil, her şeyden önce icra memurunun Kanunun 93'üncü maddesinin 1'inci fıkrası ve 95'inci maddenin 5'inci fıkralarına dayanan takdir yetkisini<sup>77</sup> ve yapılacak haczin sırasını etkilemesi bakımından gereklidir. Ancak borçlunun, özellikle haciz için uygun olan malvarlığını beyan edebilme hakkı da vardır<sup>78</sup>.

## C. Mal Bildiriminin Kapsamı

Borçlunun bilgi verme yükümlülüğü, kendi tasarrufunda olan veya üçüncü kişi yedinde bulunan tüm varlıkları (banka ve posta çeki hesapları gibi), belirli bir tutarın ödenmesine ilişkin talepleri (ücretler, emekli aylıkları, bazı yardımlar, nafaka ödemeleri, kira ödemeleri vb.) ve üçüncü şahıslara karşı olan hakları (ortak mülkiyet, intifa hakkı, haciz veya el koyma hakları, mülkiyetin elde tutulması, şirket hisseleri vb.) kapsamaktadır. Gelecekteki gelirlere ilişkin olarak da bir tahmin yapılması gerekiyorsa, bu durumda

da el konulur. Memur, şartların mazur göstermesi veya alacaklı ve borçlunun birlikte talep etmesi halinde bu emirden sapabilir

Ayrıca memur, mümkün olduğu kadar hem alacaklının hem de borçlunun menfaatlerini dikkate almalıdır.

<sup>74</sup> Isaac Meier, *Aktuelle Probleme Der Zwangsvollstreckung aus Der sicht des schweizerischen rechts (SchKG)* Medeni Hukuk ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı- VII, 2008, s. 104.

<sup>75</sup> Aynı kanunun 97'inci maddesine göre "İcra memurları, gerekirse bilirkişi yardımıyla haczedilen varlıkların değerini tahmin eder. Faiz ve masraflar da dâhil olmak üzere alacaklılarını tatmin etmek için gerekli olandan daha fazlası hacze eklenmez". şeklinde belirtilmektedir.

<sup>76</sup> Aciz vesikasına benzer nitelikte olan bir belge.

<sup>77</sup> Kanunun 93/1'inci maddesine göre, haczedileceklerin kapsamı konusunda icra memurunun takdiri bulunmaktadır. Kazanılan her nevi gelirler, intifa hakları ve getirileri, nafaka ödemeleri, 92'in maddeye göre haczedilemeyen emekli maaşı ve kıdem tazminatı gibi kazanç kaybını telafi etmek için tüm yardımlar, icra memurunun takdirine bağlı olarak borçlu ve ailesi için mutlak gerekli olmadığı ölçüde hacze eklenebilir. İcra memurunun bir diğer takdir yetkisi, Kanunun 95/5'inci maddesinde belirtilmiştir. Buna göre, icra memuru mümkün olduğu kadar hem alacaklının hem de borçlunun menfaatlerini dikkate almalıdır. Bunlara ek olarak icra dairesi haczi uygularken borçlunun gereksiz zaman veya faaliyet kaybına uğramamasını sağlamak zorundadır. Staehelin, Bauer, Staehelin s. 859

<sup>78</sup> Staehelin, Bauer, Staehelin, s. 853.

icra memuru yakın geçmişte kazanılan gelirler hakkında da bilgi talep edebilmektedir. Buradaki amaç yine haczin yapılabilmesinin sağlanmasıdır. Borçlunun bilgi verme yükümlülüğü, borçlunun haczedilemez olduğunu düşündüğü varlıkları da kapsamaktadır. Ayrıca henüz süresi dolmamış, şahsi ve devredilemez haklar da borçlu tarafından belirtilmelidir. Bilgi verme yükümlülüğü, ikili sözleşmelerden doğan hakları, fikri mülkiyet haklarını, hâlihazırda edinilmiş miras alacaklarını ve mülkiyetin muhafaza altına alındığı varlıkları da içermektedir<sup>79</sup>.

Mal bildirimini yükümlülüğünün kapsamına ilişkin üzerinde durulması gereken bir başka husus da borçlu tarafından geçmişte elden çıkarılan malvarlıkların bildirimde dâhil edilip edilmeyeceği meselesidir. İsviçre Federal Mahkemesi kararlarına göre, borçlunun geçmişteki varlıkları hakkında bilgi verme yükümlülüğü sınırlıdır. Özellikle borçlu yıllar önce sahip olduğu fonların kullanımı hakkında bilgi vermek zorunda değildir<sup>80</sup>. Ancak bilgi verme yükümlülüğü, her halükârda aynı Kanununun 286'nci ile 288'inci maddelerinde belirtilen tüm işlemleri kapsmalıdır<sup>81</sup>. Kanun'un 286'nci maddesinde olağan olarak verilen hediyeler hariç olmak üzere, borçlu tarafından haciz veya iflâstan önceki bir yıl içinde yapılan karşılıksız tasarruflar için itiraz edilebileceği belirtilmektedir. Kanun'un 288'inci maddesinde ise iflâsın açılmasından veya hacizden önceki son beş yıl içinde, borçlunun alacaklıya zarara uğratmak niyetiyle yaptığı tüm yasal işlemlere itiraz edilebileceği belirtilmektedir. Bu durumda süre sınırı için bir yıl ve beş yıl olmak üzere iki farklı süre bulunmaktadır.

### C. İcra Memurunun Hacze İlişkin Yetkileri

İcra memuru, haczi uygularken sadece borçlu veya alacaklı<sup>82</sup> tarafından sağlanan bilgilere bağlı kalmamalı, aynı zamanda haczedilebilecek herhangi bir varlığın olup olmadığına ilişkin kendisi de dikkat etmelidir. Ancak bu husus, icra memuru için borçlunun malvarlığını ayrıca araştırmak şeklinde bir yükümlülük yarattığı anlamına gelmemektedir. Hatta haczedilebilecek

<sup>79</sup> Staehelin, Bauer, Staehelin s. 854.

<sup>80</sup> BGE 107 III 73, 74 Erişim Tarihi 21 Eylül 2022

<sup>81</sup> Staehelin, Bauer, Staehelin s. 854.

<sup>82</sup> Alacaklıdan borçlunun bildiği malvarlığını belirtmesinin istendiği durumda (4 numaralı resmi form) alacaklı da borçluya ait olduğunu bildiği malvarlığını beyan etmektedir. (Metinde geçen kavram “das amtliche Formular Nr.4, Ziff. 3” şeklindedir.) Staehelin, Bauer, Staehelin, s. 854.

başka malvarlığına dair somut emareler olmasa bile icra memuru malvarlığı araştırması yapmakla yükümlü değildir<sup>83</sup>. Ne alacaklı tahsil dairesi ne de denetim makamı, ceza tehdidine rağmen gizli tutulan herhangi bir varlığı bulmak için özellikle araştırma yapmak zorunda değildir<sup>84</sup>. Bu bilgilere dayanarak alacaklı tahsil dairesinin, haciz uygulanabilmesi için gerekli olan malvarlığının tespiti konusunda özel bir çaba içerisinde olmadığı sonucuna varılabilir. Öte yandan, Amonn ve Walther'e göre icra memuru, borçluda haczedilebilir mal aramakla yükümlüdür. İsviçre Federal Mahkemesi de bu yönde görüşe sahiptir. İsviçre Federal Mahkemesi'nin bir kararında icra memurunun, borçlu tarafından sağlanan bilgilere güvenme zorunluluğunun olmadığı ve hangi varlıklara el konulabileceğinin icra memuru tarafından araştırılmasının gerektiği belirtilmiştir<sup>85</sup>.

İsviçre İcra ve İflas Kanunu'nun 91'inci maddesinin 3'üncü fıkrasına göre talep edilmesi üzerine borçlu, bina ya da konteyner gibi kapalı olan alanları görevliye açmak zorundadır. Borçlunun bu yükümlülüğü yerine getirmekte direnç göstermesi durumunda icra memuru gerekirse polis gücünü de kullanabilmektedir.

Borçlu, mahremiyetinin korunmasına ilişkin olarak icra memuruna bilgi vermeyi reddedemez. Kişisel alanla ilgili talep edilen bilgiler hususunda bu şekildeki bir müdahale, borçlu tarafından haczin daha uygun bir şekilde gerçekleştirilmek istenmesinin bir sonucu olarak kabul edilmelidir<sup>86</sup>.

### D. Mal Bildiriminde Bulunmamanın Yaptırımı

İsviçre İcra ve İflas Kanunu'nun 91'inci maddesinde belirtilen yükümlülüklerin ihlâl edilmesi halinde borçlu yaptırımla karşılaşmaktadır. Bu yaptırım için İsviçre Ceza Kanunu'na<sup>87</sup> atıfta bulunulmuş olup söz konusu Kanunun 323'üncü maddesinde borçlunun icra ve iflas takibine itaatsizliği durumunda para cezası ile cezalandırılacağı hüküm altına alınmış ve hangi hareketlerin bu kapsamda olduğu belirtilmiştir. Buna göre; İsviçre İcra ve

<sup>83</sup> Staehelin, Bauer, Staehelin, s. 854.

<sup>84</sup> Staehelin, Bauer, Staehelin, s. 853.

<sup>85</sup> BGE 89 IV 81. Erişim Tarihi 08 Kasım 2022.

<sup>86</sup> BGE 111 III 52, 54 Erişim Tarihi 16 Eylül 2022

<sup>87</sup> 21 Aralık 1937'de kabul edilen ve 1 Ocak 1942 tarihinde yürürlüğe giren “Schweizerisches Strafgesetzbuch”.



İflas Kanunu'nun 91'inci maddesinin 1'inci fıkrasında belirtilen malvarlığını bildirme yükümlülüğüne uymamak icra ve iflas takibine itaatsizlik olarak anlaşılmaktadır. Sonuç olarak, bu yükümlülüğe uymayan borçlu para cezası ile cezalandırılmaktadır.

Özetle belirtmek gerekirse, İsviçre icra ve iflas hukukuna göre mal bildirimi yükümlülüğü, alacaklılar lehine haczin sağlanması amacıyla hizmet etmektedir. Kapsam itibarıyla değerlendirildiğinde mal bildirimi yükümlülüğünün oldukça geniş kapsama sahip olduğu görülmektedir. Bu denli kapsamlı olmasının temel nedeni ise, icra memurunun en uygun şekilde haczedilebilecek malvarlığını tespit etmesini sağlamaktır. Çünkü İsviçre icra ve iflas hukukunda haczedilebilecek malların bir sırası bulunmaktadır. Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un aksine icra memurlarının borçlunun yaptığı mal bildiriminden ayrıca malvarlığı araştırması yapma yükümlülükleri bulunup bulunmadığına ilişkin net bir görüş mevcut değildir. Ancak icra memuru alacaklı ve borçlunun menfaatlerini olabildiğince eşit derece korumakla mükelleftir. Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'unda olduğu gibi İsviçre İcra ve İflas Kanunu'nda da üçüncü şahıslar için bildirim yapma yükümlülüğü bulunmaktadır. Borçlu mal bildiriminde bulunma yükümlülüğünü yerine getirmediği takdirde de icra ve iflas takibine itaatsizlik etmiş olarak kabul edilmekte ve para ceza ile cezalandırılmaktadır.

### III. MAL BİLDİRİMİ YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN MUKAYESELİ OLARAK DEĞERLENDİRİLMESİ

#### A. Genel Açıklama

Karşılaştırmalı hukuk, genel hukuk bilgisinin ilerlemesi ve hukukun gelişiminde önemli rol üstlenmektedir. Karşılaştırmalı hukuk, belirli hukuk sorunlarının hangi biçimlerde ortaya konulabileceğini ve bunlara ne gibi çözümler bulunabileceğini öğreteceği gibi, millî hukukun daha iyi anlaşılması ve uygulanmasına da imkân sağlamaktadır. Özellikle yabancı hukukun tüm olarak benimsendiği ya da belirli alanlarda yabancı hukuka ilişkin hukuk olgularının aktarılmış olduğu durumlarda, ulusal hukuktaki kural, kavram ve kurumların anlaşılabilirliği büyük ölçüde karşılaştırmalı hukuk araştırmalarını zorunlu kılmaktadır<sup>88</sup>. Buna dayanarak çalışmanın bu kısmında mal bildirimi yükümlülüğü Türk ve İsviçre hukukunda karşılaştırılarak, bu yükümlülüğün alacak tahsilindeki rolüne ilişkin değerlendirme yapılmaktadır.

<sup>88</sup> Ergun Özsunay, Karşılaştırmalı Hukukun Görevleri. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 41(3,4), 1975, s. 261.

#### B. Alacak Türü Bakımından

Alacakların takip ve tahsiline ilişkin uygulamalar bakımından Türk ve İsviçre İcra ve İflas Hukuku arasında yapılacak genel bir karşılaştırmada öncelikle alacak türü dikkate alınmalıdır. İsviçre hukuk sisteminde alacakların takibine yönelik usûl ve esaslar tek bir kanunda (SchKG) düzenlenmiş ve iki alacak türü (özel ve kamu) için de aynı usûl ve esaslar kabul edilmiştir. Oysa Türk hukuk sisteminde özel alacak ve kamu alacağı ayrımı yapılarak farklı kanunlarda düzenlenen farklı usûl ve esaslar uygulanmak suretiyle alacaklar takip edilmektedir. Özel alacakların takip ve tahsili için İcra ve İflas Kanunu hükümleri uygulanırken; kamu alacaklarının takip ve tahsilinde amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümleri esas alınmaktadır.

#### C. Ödeme Emri İçeriği Bakımından

Alacakların takibi her iki hukuk sisteminde de ödeme emri ile başlamaktadır. İsviçre İcra ve İflas Kanunu'nun 69'uncu maddesine göre; ödeme emrinde icraya tâbi borcun detayları, 20 gün içinde icra masrafları da dâhil olmak üzere tüm alacakların ödenerek alacaklının tatmin edilmesi gerektiği belirtilmelidir. Ödeme emrinde yer alması gereken diğer bilgilerden biri de, borçlu kendisine tebliğ edilen borcun tamamına ya da bir kısmına itiraz etmek isterse bu itirazı, tebliğden itibaren 10 gün içinde icra dairesine yapması gerektiğidir. Ayrıca borçlunun ödeme emrine uymaması veya borca itirazda bulunmaması halinde icra takibine devam edileceği hususunda da borçlu ödeme emriyle uyarılmaktadır. Ödeme emrinde yer alması gereken bilgiler bakımından bir karşılaştırma yapıldığında, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'da 55'inci maddesinde yer alan ödeme emrinin daha detaylı bilgiler içerdiği görülmektedir. Zira borca ilişkin bilgilerin detayı dahi tek tek belirtilmektedir. Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'undaki ödeme emrinde olan bir diğer farklılık da mal bildirimine ilişkin yükümlülüğe ve bu yükümlülüğe aykırı davranılması durumunda karşılaşılabilecek yaptırımlara yer veriyor olmasıdır. İlgili Kanunun 55'inci maddesinde ödeme emrine konu olan borcun süresinde ödenmediği veya mal bildiriminde bulunulmadığı takdirde borcun cebren tahsil olunacağı ve mal bildiriminde bulununcaya kadar üç ayı geçmemek üzere borçlunun hapis ile tazyik olunacağı açıkça belirtilmektedir. Ayrıca, borçlunun gerçeğe aykırı bildiriminde bulunulması halinde hapis ile cezalandırılacağı ve 114'üncü maddesindeki vazifelerini yerine getirmediği takdirde kendisine uygulanacak olan cezaların da ödeme emri ile borçluya bildirilmektedir. İsviçre İcra ve İflas Kanunu'nun 69'uncu maddesinde düzenlenen ödeme emrinde ise borçlunun

ödeme emrine uymaması veya itirazda bulunmaması durumunda yalnızca icra takibine devam edileceği belirtilmekte fakat herhangi bir yaptırıma ilişkin bilgiye yer verilmemektedir.

#### Ç. Kanun Sistematiği Bakımından

Kanun sistematiğine göre bakıldığında mal bildirim yükümlülüğünün, icra takibinin ön şartı olan ödeme emriyle birlikte olması, bu yükümlülüğü icra takibinin daha kolay yapılabilmesi için hazırlık aşamasına yönelik bir uygulama haline getirmektedir. Oysa İsviçre İcra ve İflas Kanunu kapsamındaki mal bildirim yükümlülüğüne “Haciz (Pfändung)” başlığı altında yer verilmesi, bu yükümlülüğü haciz uygulamasının bir parçası yapmaktadır. Ancak bu durum, her iki ülke hukukunda mal bildirim yükümlülüğünün amacının farklılaşmasına neden olmamaktadır. Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun’una göre; mal bildirim yükümlülüğü, hakkında takip yapılacak olan borçluya ileride haciz uygulanabilmesi ihtimali göz önünde bulundurularak kamu alacağının en baştan güvence altına alınması amacıyla bir tedbir niteliği taşımaktadır. Öte yandan İsviçre İcra ve İflas Kanunu’nda ödeme emrinin kesinleşmesinden sonra, bir başka ifadeyle, icra takibinin kesinleşmesinden sonra yapılacak haciz sürecinde borçluya malvarlığını bildirme yükümlülüğü getirilmektedir. Kanun koyucunun buradaki amacı da alacaklının haklarını korumak amacıyla bir güvenlik önlemi koymaktır. Aradaki farklılık, takibin kesinleşmesini bekleyip beklememe hususunda ortaya çıkmaktadır. Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun’da, alacak için henüz takibin hazırlık aşamasında bu şekilde tedbir alınması, alacaklı tahsil idaresinin alacağı garanti altına alma konusundaki hassasiyetini yansıtmaktadır. Her iki kanun hükmü de alacağın güvence altına alınmasına hizmet etmekle birlikte, alacağın tahsili konusunda Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun’daki düzenlemenin borçluda daha fazla baskı yaratacağı söylenebilir. Zira ilgili Kanun sadece kamu alacaklarının takibinde esas alınmakta olup kamu alacaklarının tahsilinde kamu yararı ön plandadır<sup>89</sup>.

#### D. Mal Bildirimi Süresi Bakımından

Mal bildirim yükümlülüğünün hangi süre zarfında yerine getirilmesi gerektiği Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun’da açıkça belirtilmesine karşın İsviçre İcra ve İflas Kanunu’nda bu yükümlülüğün ne zaman yerine getirilmesine ilişkin net bir hüküm bulunmamaktadır. İsviçre

<sup>89</sup> Karakoç, *Kamu İcra Hukuku*, s. 54; Üstün, s. 231.

İcra ve İflas Kanunu’nun 91’inci maddesinde borçlunun cezai yaptırım alması halinde yalnızca borçlu tarafından yapılması gerekenler belirtilmiş fakat bir süreden bahsedilmemiştir. Bu halde, haciz sırasında hazır bulunma ya da temsil edilme şeklinde yükümlülüğü bulunan borçlunun malvarlığına ilişkin bildirim de haciz sırasında yapılması gerektiği sonucu doğmaktadır.

#### E. Bildirimde Bulunulacak Mal Miktarı Bakımından

Mal bildiriminde bulunmakla yükümlü olan borçlunun bildirimde bulunması gereken mal miktarı bakımından her iki kanunda farklı düzenlemeler bulunmaktadır. Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun’a göre, borçlu sadece borcunu karşılayacak miktarda mal bildirim yapmak zorundadır. Çünkü mezkûr Kanun kapsamındaki mal bildirim bir servet beyanı niteliği taşımamaktadır. Oysa İsviçre İcra ve İflas Kanunu’ndaki bildirim yükümlülüğü borçlunun tüm malvarlığına ilişkindir. Kapsamı itibarıyla İsviçre hukukundaki hükmün borçlu nezdinde daha ağır bir yükümlülük getirdiği izlenimi mevcut olsa da buradaki amacın borçlunun menfaatlerinin de gözetilmesi olduğu kabul edildiğinde borçlu için çok ağır bir yükümlülük olmadığını söylemek gerekir. Daha önce de belirtildiği üzere, İsviçre İcra ve İflas Kanunu’nda malların haczinde belirli bir sıra takip edilmektedir. Buna uygun bir haczin yapılabilmesi için icra memurunun, borçlunun tüm malvarlığı hakkında bilgi edinme gereksinimi doğmaktadır. Ancak elbette haciz, sadece alacaklının alacağını karşılayacak miktarda yapılmaktadır. Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun’una göre de borçlunun menfaatlerinin gözetilmesi bakımından kendi istediği malları bildirme imkânı bulunmaktadır. Bu durum, borçlunun sosyal ve ekonomik hayatının hacizden daha az etkilenmesine imkân sağlamaktadır. Her iki kanun karşılaştırıldığında, haciz uygulaması bakımından borçlu ve alacaklının menfaatlerinin olabildiğince eşit olarak korunmaya çalışıldığı ve bunun mal bildirim yükümlülüğü açısından da sağlandığı görülmektedir.

#### F. Bildirime Konu Olan Mal Kapsamı Bakımından

Mal bildirim konusunda her iki kanunda farklılık bulunan bir diğer husus, geçmişte elden çıkarılan malvarlıklarının bildirim konu olup olmadığıdır. İsviçre icra ve iflas hukukuna göre; borçlunun geçmişte edinmiş olduğu varlıkların kullanımına ilişkin bilgi verme yükümlülüğü sınırlıdır. Ancak İsviçre İcra ve İflas Kanunu’nun 286’ncı ile 288’inci maddelerinde yer alan işlemleri de kapsayacak şekilde bildirim yapılması yönünde görüş mevcuttur. Bu maddeler, borçlunun hacizden önceki son bir yıl içinde yapmış olduğu ve

iptale konu olabilecek tasarrufları belirtmektedir. Borçlu tarafından son beş yıl içinde alacaklıyı zarara uğratmak amacı ile yapılan işlemler mevcutsa bu işlemler de iptale konu olabilmektedir. Kanunun mal bildirimine ilişkin ilgili maddesinde bu işlemlerin beyanına dair açık bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle, söz konusu işlemlerin bildirimde yer alması gerektiği görüşünü doğrudan kabul etmek mümkün değildir. Öte yandan, alacaklıyı zarara sokma amacı taşıyan bir borçlunun, bu yönde yaptığı işlemleri beyan etmesini beklemek de doğru değildir. Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'da da (m. 27-30) benzer şekilde iptale konu olacak tasarruflar hüküm altına alınmış ancak, mal bildirimine konu edilmesine ilişkin bir yükümlülük getirilmemiştir.

### G. Yaptırım Bakımından

Mal bildirimi yükümlülüğü açısından en önemli farklılık yaptırım konusunda karşımıza çıkmaktadır. İsviçre İcra ve İflas bu yükümlülüğünün yerine getirmemesi durumunda borçluya uygulanacak yaptırım için İsviçre Ceza Kanunu (StGB)<sup>90</sup>'na atıfta bulunmuştur. Bahsi geçen Kanunun 323'üncü maddesinde kendisinde bulunmayanlar da dâhil olmak üzere malvarlığını ve üçüncü kişilerdeki alacak ve haklarını haciz için gerekli olduğu miktarda bildirmeyen borçlunun para cezası ile cezalandırılacağı belirtilmektedir. Aynı fiilin Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'daki karşılığı ise hapisle tazyiktir. Kendisine tebliğ edilen ödeme emrinden itibaren 15 günlük süre içinde borcunu ödemeyen kamu borçlusu mal bildiriminde bulunmadığı takdirde mal bildiriminde bulununcaya kadar bir defaya mahsus hapisle tazyik edilmektedir. Ancak tazyik hapsi her hâlükârda 3 ayı geçmemektedir. Buradaki hapis, ceza hukuku anlamındaki bir cezayı ifade etmemektedir. Hapisle tazyik yaptırımının amacı, borçluyu mal bildiriminde bulunmaya zorlamaktır. Bu nedenle, kamu borçlusu mal bildiriminde bulunduğu hapisle tazyikin konusu ortadan kalkacağından<sup>91</sup> hapisle zorlamaya hemen son verilmektedir. Kamu borçlusuna hürriyeti bağlayıcı ceza vermek amaçlandığında, kamu borçlusunun yükümlülüğünü yerine getirmesi cezanın çektirilmesinde engel teşkil etmeyecektir<sup>92</sup>. Bu nedenle, hapisle tazyik, ceza hukuku anlamında bir ceza olarak nitelendirilmemelidir. Yaptırım itibarıyla borçlu açısından hapisle

<sup>90</sup> 21 Aralık 1937 tarihli Schweizerisches Strafgesetzbuch (AS 54 757).

<sup>91</sup> Dönmez, s. 138.

<sup>92</sup> Nilgün Serim, "Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunda Mal Bildirimi-Mal Bildiriminde Bulunmama Fiili ve Yaptırımı", *İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası*, 58(2), s. 12.

zorlamanın para cezasına göre daha ağır sonuç olduğu muhakkaktır. Buna dayanarak Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'a göre mal bildiriminde bulunmayan kamu borçlusu, İsviçre İcra ve İflas Kanunu'na tâbi olan bir borçluya nazaran daha ağır bir sonuçla karşılaşmakta olup bu durum, borçlunun borcunu ödemesi yönünde daha fazla bir baskı hissetmesine neden olabilecektir. Buradan hareketle, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun kapsamındaki mal bildirimi yükümlülüğünün, alacak tahsilinde İsviçre'deki yasal düzenlemeye kıyasla daha fazla etkili olduğu söylenebilir. Ancak mal bildiriminin alacak tahsilindeki etkisinin, kanun maddelerinin uygulanma derecesine bağlı olduğunu önemle belirtmek gerekir. Mal bildiriminde bulunmayan borçlunun herhangi bir yaptırımla karşılaşacağına dair bir kaygı taşımaması, alacağın tahsil edilmesinde herhangi bir etki yaratmayacaktır.

### SONUÇ

Bir kamu geliri kaynağı olan vergiler de dâhil olmak üzere tüm kamu geliri kaynaklarının devamlılığı için kamu alacaklarının kanuna uygun bir şekilde zamanında ve eksiksiz olarak tahsil edilmesi gerekir. Kamu borçlusunun kendi rızası ile kanundan doğan ödeme yükümlülüğünü yerine getirmesi, kamu alacaklarının devlet hazinesine aktarılmasında en az zaman ve maliyet harcanan yöntemdir. Kamu borçlusu bu yükümlülüğünü yerine getirmediğinde kamu alacağının alacaklı tahsil dairesince tahsil edilmesi gerekmekte ve kimi zaman katlanılan maliyetlere rağmen alacağın tahsili mümkün olmamaktadır. Bu nedenle, kamu alacaklarının tahsil usulünü düzenleyen Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'da kamu alacağının tahsilini güvence altına almak amacıyla bazı müesseseler düzenlenmiştir. Teminat, kefalet, ihtiyati haciz, ihtiyati tahakkuk bu müesseselerdir. Mal bildirimi uygulaması da kamu alacağının güvence altına alma amacı taşıyan uygulamalardan biridir. Mal bildiriminin, diğer müesseselerden farkı, haczin kolay yapılmasını olanak sağlamak suretiyle kamu alacağının korunması nedeniyle, mezkûr Kanun kapsamındaki diğer tedbirlere nazaran daha dolaylı bir etkiye sahip olmasıdır.

1954 yılında yürürlüğe giren Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un çıkarıldığı dönem göz önünde bulundurulduğunda kamu borçlusunun mal varlığını beyan etmesinin, kamu alacağının tahsilini önemli ölçüde kolaylaştırdığı söylenebilir. Teknoloji kullanımının neredeyse hiç olmadığı söz konusu dönemde, borçlunun bildirimde bulunması haczolunacak malların tespitini hızlandırmaktadır. Alacaklı tahsil dairesinin genellikle borçlunun malvarlığı değerlerini tam olarak bilme imkânının olmadığı

düşünüldüğünde, hacizden önceki bir dönemde borçlunun ne gibi mallarının bulunduğunu bilmek haczin daha başarılı yapılabilmesini sağlamaktadır. Ayrıca zamanın şartları düşünüldüğünde mal bildirimini gerekli olduğunu da belirtmek gerekir.

Özel alacakların takibinde Türk İcra ve İflas Hukukunun İsviçre'den iktibas edildiği—malumdur. Kamu alacakları için düzenlenen Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hazırlanırken de İcra ve İflas Kanunu'ndan faydalanılmıştır. Bu bağlamda İsviçre İcra ve İflas Kanunu'nun Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'u da etkilediğini söylemek yanlış olmayacaktır. Mal bildirimi yükümlülüğüne ilişkin bazı farklar bulunsa da temelde her iki kanun benzemektedir.

İki kanunda yer alan mal bildirimi yükümlülüğü, kapsam bakımından karşılaştırıldığında, İsviçre İcra ve İflas Kanunu'na göre borçlunun bildirim yükümlülüğünün daha kapsamlı olduğu görülmektedir. İsviçre İcra ve İflas Kanunu'na göre borçlu, tüm malvarlığını bildirdiği gibi son bir yıl içinde elden çıkardığı malvarlığına ilişkin de bilgi vermek zorundadır. Hâlbuki Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'unda borçlunun böyle bir bildirim yükümlülüğü bulunmamaktadır. Ancak kamu alacağını koruma yöntemi olarak mezkûr Kanunda, kamu borcunu ödemeyen borçlunun kamu alacağına engel olacak bazı işlem ve tasarrufları hükümsüz sayılmaktadır. Bu yöneme daha çok kamu alacağının tahsil edilemeyeceğinin anlaşılması durumunda başvurulmaktadır. Bu yöntemler kamu alacağının korunmasına yönelik olsa da kamu alacağının tahsil edilemeyeceğinin anlaşılması durumunda başvurulabilmesi, kamu alacağının daha uzun sürede tahsil edilmesine neden olacaktır. Söz konusu tasarruflar ve işlemlerin, İsviçre İcra ve İflas Kanunu'nda olduğu gibi borçlunun bildirim yükümlülüğü kapsamına alınması, henüz hacze hazırlık aşamasındayken kamu alacağının daha fazla korunmasına imkân sağlayacaktır. Zira alacaklı tahsil dairesi haciz uygulamasına başlamadan önce kamu alacağını tahsil edebileceği tüm imkânlar hakkında bilgiye sahip olacaktır. Neticede İsviçre icra ve iflas hukukundaki yer alan benzer uygulamaya Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'da yer verilmesinin alacaklı tahsil dairesinin tahsil kabiliyetini arttıracığı düşünülmektedir.

İki kanun arasındaki bir diğer önemli farklılık yaptırım konusunda karşımıza çıkmaktadır. İsviçre İcra ve İflas Kanunu'nda bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi durumunda borçlu para cezası ile cezalandırılmaktayken; Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'a

göre borçlu mal bildiriminde bulununcaya kadar hapisle zorlanmaktadır. Yaptırımın hapis şeklinde olması, borçlunun yükümlülüğünü daha dikkatle yerine getirilmesini sağlayacaktır. Ancak yaptırımın caydırıcılık bakımından başarısı, bu yaptırımın uygulanma derecesine bağlıdır. Hapisle tazyik yaptırımının hüküm altına alınmış olunması tek başına yeterli olmayıp yükümlülüğünü yerine getirmeyen borçluya uygulanması yaptırımın caydırıcılık yaratması için şarttır.

Farklılıkların yanı sıra İsviçre İcra ve İflas Kanunu ile Amme Alacaklarının tahsil Usulü Hakkında Kanun'una göre alacakların tahsilini gerçekleştiren mercilerin haciz uygulamasındaki yetkilerinin benzer olduğu dikkati çekmektedir. Her iki hukuk sisteminde de borçlu tarafından yapılan bildirim haczi uygulayan merciler tarafından bağlayıcılığı bulunmamaktadır. Gerek İsviçre icra ve iflas hukukunda gerekse kamu icra hukukunda haczi uygulayan mercilerin borçluya ait malvarlığına ilişkin araştırması yapması hususunda yetkileri bulunmaktadır. Bu yetki, her iki hukuk sisteminde de alacağın tahsilini kolaylaşmasını sağlamaktadır.

Genel itibarıyla değerlendirildiğinde, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'da düzenlenen mal bildirimi yükümlülüğü ile İsviçre İcra ve İflas Kanunu'nda yer alan bildirim yükümlülüğü arasında alacağın tahsilini etkileyecek önemli bir farklılık bulunmamaktadır. Fakat Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'daki mal bildirimi yükümlülüğünün henüz hacze hazırlık aşamasında olması, bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi durumunda borçlunun hapisle tazyik yaptırımı ile karşılaşacak olması, kamu icra hukukundaki düzenlemenin alacağın tahsilinde daha etkili olabileceği sonucunu ortaya koymaktadır. Öte yandan, kamu icra hukukundaki mal bildirimi yükümlülüğünün kamu alacaklarının tahsilindeki rolü değerlendirildiğinde günümüz teknolojisindeki gelişmelerin vergi dairelerindeki uygulamalarına yansımaları neticesinde mal bildirimine gerek kalmaksızın da borçlunun bir kısım malvarlığının tespiti yapılabilmektedir. Bu durum, mal bildirimi yükümlülüğünün alacak tahsilindeki önemini ve etkisini azaltmaktadır.

Kamu icra hukuku açısından değerlendirilmesi gereken bir diğer husus da, mal bildiriminde bulunmayan borçlu için kanunda öngörülmuş olan hapisle tazyik yaptırımıdır. Son yıllarda bu yaptırımın uygulanmadığı görülmektedir. Bir başka ifadeyle, mal bildiriminde bulunmayan borçlu hapisle bildirimde bulunmaya zorlanmadığından ve bu aykırı davranış için kanunda başka bir yaptırım da öngörülmediğinden borçlunun kanun hükmüne aykırı davranışı yaptırımsız kalmaktadır. Bu durum, en başta borçluya mal bildiriminde

bulunma yükümlülüğünü yerine getirmeme konusunda bir motivasyon yaratacak, sonrasında borçluyu kanundan doğan herhangi bir yükümlülüğü ihmal edebilme düşüncesine sevk edecektir. Bunun önüne geçilebilmesi için borçlunun mal bildirim yükümlülüğünün yerine getirilip getirilmediğinin sıkı bir şekilde takip edilmesi, yerine getirilmemesi halinde ise, kanundaki yaptırımla karşılaşması sağlanmalıdır. Kısaca kanunun uygulanması hususunda daha titiz davranılmalıdır.

Son olarak, söz konusu kanun maddesinin konulma amacı ile gelişen teknoloji neticesinde günümüzdeki uygulamalar karşılaştırıldığında mal bildirim yükümlülüğünün kamu alacağının tahsiline olan etkisi tekrar değerlendirilmelidir. Şayet günümüz şartlarında mal bildirim yükümlülüğüne işlerlik kazandırılması mümkün değil ise, bu yükümlülüğün kendisinden beklenen amaca hizmet etmek için gerekli bir uygulama olmadığı gerekçesiyle bu hükmün kaldırılması önerilebilir.

## KAYNAKÇA

- Adnan G, *Kamu Alacaklarının Tahsil Hukuku*, 5. Baskı, Ekin Yayınevi, 2017.
- Akel N Y, “Vergi İcra Hukuku Temelinde Mal Bildirimi Hukukî Müessesesi ve Sonuçları Hakkında Bir Değerlendirme”, *Vergi Sorunları Dergisi*, (340), 2017, s.140-169.
- Amonn K/ Walther F, *Grundriss des Schuldbetreibungs-und Konkursrechts*, 8.Auflage, Bern, Stampfli Verlag AG, 2008, s. 3.
- Aykaç K, *Açıklamalı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun ve Genel Tebliğleri*, Seçkin Kitapevi, Ankara, 1976.
- Balcı M, *Kamu İcra Hukuku ve 6183 Sayılı Kanun Uygulaması*, 2. Baskı, On İki Levha Yayınları, 2021.
- Bayraklı H H, *Vergi İcra Hukuku*, 5. Baskı, Celepler Matbaacılık Yayın ve Dağıtım, 2019.
- Candan T, *Açıklamalı Amme Alacaklarını Tahsil Usulü Hakkında Kanun*, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, 2018 (Amme Alacakları).
- Candan T, *Kanuni Temsilcilerin Vergi ve Diğer Kamu Alacaklarından Sorumluluğu*, 3. Baskı, Maliye ve Hukuk Yayınları, 2006 (Kanuni Temsilci).
- Coşkun M, *Açıklamalı-İçtihatlı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Çelik B, *Kamu Alacaklarının Takip ve Tahsil Hukuku*, 3. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- Dönmez R, *Vergi İcra Hukukunda Haciz Yolu ile Takip*, Seçkin Yayınevi, 2005.
- Saraçoğlu F, *Kamu Alacaklarının Takip ve Tahsil Usulü ve Uygulaması*, Gazi Kitapevi, 2018.
- Gök Ö, “Kamu İcra Hukuku’nda Ödeme Emrine Karşı Dava Açma Süresi ve Anayasaya Uygunluğu: Bir anayasa Mahkemesi Kararının Düşündürdükleri”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 12(Özel Sayı), 2010, s. 381- 433.
- Kamu Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun Gereçesi ve Geçici Komisyon Raporu (1/464), Sayı 6- 3229,7/425, 18. 11.1952, T.C. Başbakanlık Muamelat Umum Müdürlüğü
- Karakoç Y, *Genel Vergi Hukuku*, 7. Baskı. Yetkin Yayınları, 2014 (Genel Vergi Hukuku).

- Karakoç Y, *Kamu İcra Hukuku*, Yetkin Yayınları, 2016 (Kamu İcra Hukuku).
- Karakoç Y, “Ödeme Emri Hakkında Galat-ı Meşhur Uygulamalar”, A. Bumin Doğrusöz/Ayşe Güner/Gülay Akgül Yılmaz, *Güncel Maliye Tartışmaları – 3, Dr. Veysi SEVİĞ’e Armağan*, Seçkin Yayınları, 2021, s. 405-427.
- Kuru Baki, *İcra ve İflas Hukuku C. I, 3. Baskı*, Evrim Dağıtım, , 1988.
- Meier I, *Aktuelle Probleme Der Zwangsvollstreckung aus Der sicht des schweizerischen rechts (SchKG) Medeni Hukuk ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı- VII*, 2008, s.104.
- Özen İnci Z, “Kamu İcra Hukukunda Mal Bildirimine İlişkin Yükümlülükler ve Bu Yükümlülüklerle Uymamanın Cezaî Sonuçları”, *İzmir Barosu Dergisi*, 75(1), 2010, s.65-116.
- Özsunay E, “Karşılaştırmalı Hukukun Görevleri”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 41(3,4), 1975, s.259-291.
- Pekcanitez H/ Atalay O/ Sungurtekin Özkan M/ Özkes M, *İcra ve İflas Hukuku*, 9. Baskı, On İki Levha Yayınevi, 2022.
- Serim N, “Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunda Mal Bildirimi- Mal Bildiriminde Bulunmama Fiili ve Yaptırımı”, *İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası*, 58(2), s. 1-22.
- Stahelin A /Bauer T / Daniel S, *Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I*, 2. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2010,
- Şenyüz D/ Yüce M/ Gerçek A, *Vergi Hukuku*, 13. Baskı, Ekin Yayınevi, 2022.
- Şimşek E, *Amme Alacakları Tahsil Usulü Kanun Şerhi*, 2. Baskı, Alfa Basım Yayın Dağıtım, 1996 (Amme Alacakları).
- Şimşek E, *Uygulamalı İcra ve İflas Kanunu*, Aydın Yayınları, 1989 (İcra ve İflas).
- Taşpınar S, “İsviçre Federal İcra ve İflas Kanunu’nda Yapılan Değişikliklere Genel Bir Bakış”, Hakan Pekcanitez (Ed.), *75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı*, TBB Yayınları: 55, 2004, s. 599- 670.
- Ulusoy E, *Modern Türk Hukukunun Oluşumu ve Gelişimi*, <http://archiv.jura.uni-saarland.de/turkish/Ulusoy.html#:~:text=T%C3%BCrkiye%20Cumhuriyeti%20tarihinde%20en%20%C3%B6nemli,Vergi%20Usul%20Kanunlar%C4%B1%20kabul%20edildi>, Erişim Tarihi 22 Kasım 2022.
- Üstün Ü S, *Kamu Alacaklarında Rüçhan Hakkı*, Legal Yayıncılık, 2013.

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

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068  
Cilt / Volume XXVII Nisan / April 2023 Sayı / No. 2

**EDİNİLMİŞ MALLARA KATILMA REJİMİNE GÖRE SOSYAL  
KURUMLARCA SAĞLANAN KAZANIMLARIN YENİDEN  
DEĞERLENDİRİLMESİ**

RE-EVALUATION OF THE BENEFITS PROVIDED BY SOCIAL  
INSTITUTIONS ACCORDING TO THE REGIME OF PARTICIPATION  
IN ACQUIRED PROPERTY

Sedat SEZGİN\* 

**ÖZET**

[-10.34246/ahbvuhfd.1207666](https://doi.org/10.34246/ahbvuhfd.1207666) 

*Çalışmamızda 2002 yılında yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda yasal mal rejimi olarak kabul edilen edinilmiş mallara katılma rejimi içerisinde taraflara sosyal güvenlik veya sosyal yardım kurum ve kuruluşlarının ya da personele yardım amacı ile kurulan sandık ve benzerleri tarafından sağlanan kazanımlar, de lege lata ve de lege ferenda bakımından eleştirel bir bakış açısıyla ele alınmıştır. Bu kapsamda 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu madde 219 hükmünün ratio legisi irdelenmiştir ve doktrindeki farklı görüşlerle bağlantılı olarak çözüm önerileri sunulmaya çalışılmıştır. İlgili kazanımların edinilmiş mal ve kişisel mal görünimleri açıklanarak 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi ile 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu arasındaki değişiklikler değerlendirilmiştir.*

**Anahtar Kelimeler:** Sosyal Kazanımlar, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, De Lege Lata, De Lege Ferenda, Ratio Legis

\* **Arş. Gör.,** Kırklareli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Roma Hukuku Anabilim Dalı / KIRKLARELİ, **e-posta:** s.sezgin1907@gmail.com, **ORCID:** 0000-0002-3372-924X **DOI:** 10.34246/ahbvuhfd.1207666

\* **İntihal / Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / *This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.*



**ABSTRACT**

*In our study, the benefits provided to the parties by social security or social welfare institutions and organizations or by funds and similar funds established for the purpose of providing assistance to the personnel within the regime of participation in acquired property, which is accepted as the legal property regime in the Turkish Civil Code No. 4721, which entered into force in 2002, are critically examined in terms of de lege lata and de lege ferenda. In this context, the ratio legis of Article 219 of the Turkish Civil Code No. 4721 has been analyzed and solutions have been tried to be offered in connection with the different opinions in the doctrine. The changes between the Turkish Civil Code No. 743 and the Turkish Civil Code No. 4721 are evaluated by explaining the acquired property and personal property aspects of the relevant acquisitions.*

**Keywords:** Social Benefits, Regime Of Participation In Acquired Property, De Lege Lata, De Lege Ferenda, Ratio Legis

**EXTENDED ABSTRACT**

*Article 219 of the TCC states that the payments made by social security or social welfare institutions and organisations or funds and similar funds established live for purpose of assisting the personnel are considered as acquired property. The expression “and the like” in the content of the article is problematic. Does the term “and the like” really refer to social security institutions? If the first possibility is accepted, the similarity between private insurance companies and social security institutions should be evaluated and if it is concluded that they are similar, the subjection of the payments made by private insurance companies to Article 219/II of the TCC should be opened to discussion. If the second possibility is accepted, the payments made by private insurance companies shall not be evaluated within the framework of Article 219/II of the TCC. In our opinion, what should be understood from the expression “and the like” is related to “funds”. At this point, the legislator has aimed to distinguish between public and private insurance institutions. The aids provided by social assistance institutions (food, fuel, housing, etc.) are not provided in return for labour. The aids are gratuitous. The opinion we agree with in the doctrine states that gratuitous social aids are in the status of acquired property and that the legislator’s evaluation of the gratuitous aids provided by social aid institutions within the status of acquired property constitutes an important exception to the acquired property regime established based on labour where the principle of substitution is accepted. The other opinion states that the social aids provided to the spouses due to personal needs should be considered as personal property. In our opinion, in accordance with Article 219 of the TCC, it is de lege lata that social aids should be considered within the acquired property status. However, de lege ferenda is the evaluation of social aids within the status of personal property. De lege lata, social*

*aids are considered as personal property, which is a violation of the provision of the law through interpretation in accordance with “equity”. The legislator did not take into account the fact that the financing of the benefits and aids is spent from personal property or acquired property. However, we believe that de lege ferenda, “gratuitous” benefits should be recognised as personal property and the status of premiums should be taken into account in the financing of “gratuitous” benefits. This is because it is exceptionally possible for live for deductions to be spent from personal property. For example, military service or maternity debts that have an effect on the retirement bonus may be financed from the assets inherited by the party. Social insurance gains, which are considered as acquired property under Article 219 of the TCC, are considered as personal property under Article 228/II of the TCC. The fact that the gain can be found in two aspects as personal property and acquired property creates the necessity to make various mathematical calculations. Firstly, what should be understood from the expression “lifetime”? In this case, a hypothetical determination of the person’s lifetime is required. The solution is provided by using life balance tables. Pursuant to Article 228/II of the TCC, the gain corresponding to the section between the date of termination of the property regime and the hypothetical date of death of the person in the life balance table is separated as personal property. Is Article 228/II of the TCC applicable in case of dissolution of marriage due to death? In the doctrine, it is stated that Article 228/II of the TCC cannot be invoked in case of dissolution by death, since it is impossible to speak of a remaining life span in case of death. However, it is stated that this provision is in an overprotective approach in favour of the surviving spouse. Is the purpose of the provision to protect the surviving spouse more than the other heirs? If the collective gain is not subject to calculation in the event of death, the surviving spouse will “automatically” have a 50% participation right over the whole gain. Because in case of death, the property regime will be liquidated first. Is it in accordance with the principle of equity and the purpose of the law to recognise other legal heirs in such a secondary position vis-à-vis the spouse? In our opinion, in the event of death, the bonus should be evaluated “as if the person will live” according to the remaining life table. For example, even if the property regime ended at the age of 50 due to death, taking into account that the person will live for another 25 years according to TRH-2010, the separation of personal property should be made in favor of other legal heirs*

**GİRİŞ**

01/01/2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nda 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi’nin aksine evlilik birliği içerisinde edinilmiş mallar – kişisel mallar ayrımı yapılmıştır. Bu önemli yeniliğin temelinde tarafların karşılıklı emeklerinin “heba” olmaması amacı bulunmaktadır. Çalışmamızın konusunu teşkil eden kamusal sigorta



kazanımlarının TMK. kapsamında “kural” olarak edinilmiş mal sayılmasının gayesi “emek sömürsünün” son bulmasıdır. Bununla birlikte kanun koyucu tarafından getirilen düzenleme ile emek sömürsünün önüne geçilirken, toplu kazanımların geriden nemalandırılması usulünün kişisel görünümünün göz önüne alınarak dikkatlice incelendiği söylemek güçtür.

Çalışmamızda sosyal güvenlik kurumu tarafından yapılan emeklilik ikramiyesi vb. kazanımların edinilmiş mallara katılma rejimi içerisindeki yeri, farklılaşan görünümüleri, evlilik tarihi ile bağlantısı, mal rejiminin sona erdiği tarihteki mevcudiyeti ve sarfiyatı hususları “eleştirel” bir bakış açısıyla *de lege lata* ve *de lege ferenda* yönüyle değerlendirilmiştir.

## I. TÜRK MEDENİ KANUNU KAPSAMINDA SOSYAL GÜVENLİK KURUMU TARAFINDAN YAPILAN EMEKLİLİK İKRAMİYESİ VB. KAZANIMLARIN EDİNİLMİŞ MALLARA KATILMA REJİMİ İÇERİSİNDEKİ YERİ

### A. Edinilmiş Mal Görünümü

Türk Medeni Kanunu içerisinde dört farklı mal rejimi düzenlenmiştir. Bunlar; edinilmiş mallara katılma rejimi (TMK. m. 218-241), mal ayrılığı rejimi (TMK. m. 242-243), paylaşmalı mal ayrılığı rejimi (TMK. m. 244-255) ve mal ortaklığı rejimidir (TMK. m. 256-281). Eşler, TMK. m. 202/II hükmü gereğince iradi olarak kanunda belirlenen mal rejimi türlerinden birini seçebilme yetkisine sahiptir. Şayet iradi seçim yapılmazsa TMK m. 202/I hükmüne göre yasal mal rejimi olarak edinilmiş mallara katılma rejimi kabul edilmiş sayılır<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Mustafa Alper Gümüş, *Teori ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri (TMK m. 185 – 281)*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008, s. 218; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, 2. Baskı, Turhan Kitabevi, 2002, s. 28; Şükran Şıpka, *Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, 3. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2013, s. 13 vd.; Mehmet Erdem / Aslı Makaracı Başak, *Aile Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, 2022, s. 261; Zafer Zeytin, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi*, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 45 vd.; Salih Polater, “İsviçre Medeni Kanunu İle Karşılaştırmalı Olarak Türk Hukukunda Emeklilikten Doğan Hakların Paylaştırılması”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi –İÜHFĐ-*, 8(2), 2017, s. 455 dn 1.; Faruk Acar, *Aile Hukukumuzda Aile Konutu Mal Rejimleri ve Eşin Yasal Miras Payı*, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 126 vd.; Mehmet Demir, “Türk Medeni Kanunu’na Göre Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Değer Artış Payı Ve Denkleştirme Alacağı”, *TBB Dergisi*, 61, 2005, s. 292-293; Suat Sarı, *Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, Beşir Kitabevi, 2007, s. 5; Demet Özdamar vd., *Yasal Mal Rejimi Ve Tasfiyesi*, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2022, s. 25; Sema Kılıç, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimindeki Malvarlığı Değerleri*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2017,

TMK. m. 219 hükmü, sosyal güvenlik veya sosyal yardım kurum ve kuruluşlarının<sup>2</sup> ya da personele yardım amacı ile kurulan sandık<sup>3</sup> ve benzerlerinin yaptığı ödemelerin<sup>4</sup> edinilmiş mal statüsünde olduğunu ifade etmektedir. Maddenin içeriğinde geçen “ve benzerleri” ifadesinden anlaşılacağı üzere yapılan sayım, sınırlı sayı (*numerus clausus*) prensibine tabi değildir<sup>5</sup>. Bununla birlikte düzenlemedeki “ve benzerleri” ifadesi sorun arz etmektedir. Gerçekten de “ve benzerleri” olarak belirtilen husus sosyal güvenlik kurumlarına ilişkin midir? Yoksa personele yardım amacıyla kurulan sandıklara dair midir<sup>6</sup>? Şayet birinci ihtimal kabul edilirse öncelikle özel sigorta şirketleri ile sosyal güvenlik kurumlarının benzerliği değerlendirilmeli ve benzer olduğuna kanaat getirilirse özel sigorta şirketlerince yapılan ödemelerin TMK. m. 219/II hükmüne tabiyeti tartışmaya açılmalıdır. İkinci ihtimalin kabul edilmesi durumunda ise özel sigorta şirketleri tarafından yapılan ödemeler TMK. m. 219/II hükmü çerçevesinde değerlendirilmeyecektir<sup>7</sup>. Kanaatimizce “ve benzerleri” ifadesinden anlaşılması gereken husus “sandıklara” ilişkindir. Kanun koyucu bu noktada kamusal ve özel sigorta kurumu ayrımı yapma gayesi gütmüştür. Hükmün gerekçesinde de kamusal sigorta kurumları zikredilmiştir<sup>8</sup>. Bu nedenle birinci ihtimalin kabulü kanun gerekçesi ile

s. 5 vd; Akın Ünal, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejimine Eleştirel Bir Bakış”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 23(4), 2019, s. 122-123.

<sup>2</sup> 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kanunu yürürlüğe girmeden önce Emekli Sandığı, Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu ve Sosyal Sigortalar Kurumu ayrımı bulunmaktaydı. Sarı, s. 147; M. Beşir Acabey, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Mal Grupları-İspat Kuralları ve Eşlerin Paylı Mülkiyeti Altındaki Mallara İlişkin Düzenlemeler”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 9(Özel Sayı), 2007, s. 504.

<sup>3</sup> OYAK ve bankalara bağlı sandıklar örnek olarak verilebilir. Acabey, s. 504.

<sup>4</sup> Emekli ikramiyesi, kıdem tazminatı, işsizlik tazminatı, ölüm tazminatı, tasarrufu teşvik fonu ödemeleri, OYAK vb. kurumlarca yapılan ödemeler, banka vb. kurumlarca yapılan ödemeler örnek olarak verilebilir. Yusuf Uluç, *Mal Rejimleri ve Tasfiyesi*, Yetkin Yayınları, 2014, s. 309.

<sup>5</sup> Acar, s. 239.

<sup>6</sup> Sarı, s. 153.

<sup>7</sup> Sarı, s. 153; Zeytin, s. 138.

<sup>8</sup> “İkinci fıkranın (1) numaralı bendinde, bir eşin çalışmasının yani emeğinin karşılığı olarak elde ettiği tüm değerler hükmüne bağlanmıştır. (2) numaralı bentte bir eşe, sosyal güvenlik ve sosyal yardım kurum ve kuruluşları veya personele yardım amacı ile kurulmuş sandık benzerlerinin yaptığı ödemeler de edinilmiş mallar arasında sayılmıştır. Bu anlamda olmak üzere Emekli Sandığı, Sosyal Sigortalar Kurumu, yardımlaşma sandıktan gibi sosyal güvenlik kurumlarınınca bir eşe ödenen tazminatlar ya da bağlanan aylıklar buraya girer.” [www.lexpera.com](http://www.lexpera.com).

çeliştiğinden dolayı kanaatimizce *ratio legis*<sup>9</sup> karşılamamaktadır.

Türk Medeni Kanunu m. 219 hükmündeki bir diğer sorunlu ifade “ödeme”dir. Doktrinde ifade edildiği üzere kanun koyucu ilgili hükümde yalnızca “ödemeyi” değerlendirmiş olsa da durumdan anlaşılması gereken husus her türlü kazanımın kapsama dahil olduğudur<sup>10</sup>.

Sosyal güvenlik kurumları tarafından yapılan kamusal karakterli kazanımların edinilmiş mal statüsü içerisinde kabul edilmesinin sebebi, kazanımların bir emek karşılığında gerçekleşmiş olmasıdır. İlgili prim kesintileri mal rejiminin devamı süresince genel olarak edinilmiş mallardan (ücret/maaş) karşılanmaktadır<sup>11</sup>. Lakin prim-kazanım arasında bir karşı-edim ilişkisi bulunduğunu söylemek yerinde değildir<sup>12</sup>.

Tarafa, prim kesintileri karşılığında toplu ödeme yapılmasının amacı kişinin aktif çalışma dönemi içerisinde iş gücünde azalma yaşaması veya emeklilik nedeniyle pasif döneme geçmesidir<sup>13</sup>. Bununla birlikte sosyal yardım kurumları tarafından yapılan yardımlar (gıda, yakacak, barınma vs.) bir emek karşılığında verilmemektedir. Yapılan yardımlar ivazsız niteliktedir. Doktrinde katıldığımız görüş, ivazsız nitelikteki sosyal yardımların edinilmiş mal statüsünde olduğunu ve kanun koyucunun sosyal yardım kurumları tarafından yapılan ivazsız yardımların edinilmiş mal statüsü içerisinde değerlendirmesini ikame ilkesinin<sup>14</sup> kabul edildiği emeğe dayalı oluşturulan edinilmiş mal rejiminin önemli bir istisnasını teşkil ettiğini ifade etmektedir<sup>15</sup>.

<sup>9</sup> Edinilmiş mallara katılma rejiminin *ratio legis* eş tarafından mal rejiminin mevcut olduğu zaman aralığında emek karşılığı edinilen malvarlığı üzerinde diğer eşin dolaylı bir katkısı olduğu esasına dayanması ve emeğinin karşılığında bir katılma alacağı sahibi olmasıdır. Ahmet Türkmen, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Ratio Legis’i Bağlamında Fiilî Ayrılık Nedeniyle Boşanmada (Tmk m. 166/IV) Ayrılığın Mal Rejiminin Tasfiyesine Etkisi”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 15(169), 2020, s. 1871.

<sup>10</sup> Acar, s. 241; Polater, s. 468-469; Gümüş, s. 258; ZGB. Art. 197/II hükmünde *Leistungen* olarak ifade edilmiştir.

<sup>11</sup> Acar, s. 239.

<sup>12</sup> Acabey, s. 498.

<sup>13</sup> Yelda Yardımcı Çınar, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Terekenin Tasfiyesi Ve Sağ Kalan Eşin Talepleri*, Seçkin Yayıncılık, 2022, s. 26; Zeytin, s. 130-131; Acabey, s. 504.

<sup>14</sup> İkame (surrogation) ilkesi; malın kaynağının türüne göre sınıflandırılmasıdır. Özdemir vd. s. 48; Acar, s. 240; Zeytin, s. 114.

<sup>15</sup> Acar, s. 239; Yardımcı Çınar, s. 27; Erdem / Makaracı Başak, s. 281; Polater, s. 473; Nermin Sakarya Güneş, *Edinilmiş Mallara Katılma Alacağı*, Seçkin Yayıncılık, 2022, s. 65; Zeytin, s. 131; Kılıç, s. 54.

Diğer görüş ise eşlere kişisel ihtiyaçlar nedeniyle yapılan sosyal yardımların kişisel mal sayılması gerektiğini belirtmektedir<sup>16</sup>. Kanaatimizce TMK. m. 219 hükmü gereğince sosyal yardımların edinilmiş mal statüsü içerisinde değerlendirilmesi *de lege lata* durumdadır. Lakin *de lege ferenda*, sosyal yardımların kişisel mal statüsü içerisinde değerlendirilmesidir. *De lege lata* olarak sosyal yardımların kişisel mal sayılması, kanun hükmünün “hakkaniyet” gereğince yorum yoluyla ihlale uğratılmasıdır.

Kanun koyucu tarafından kazanımlar ve yardımlar hususunda finansmanın kişisel mal veya edinilmiş mallardan sarf edilmesi dikkate alınmamıştır<sup>17</sup>. Lakin *de lege ferenda* olarak “ivazsız” yardımların kişisel mal olarak kabul edilmesi ve “ivazlı” kazanımların finansmanı hususunda primlerin statüsünün dikkate alınması gerektiğini düşünüyoruz. Zira prim kesintilerinin kişisel mallardan sarf edilmesi istisnaen mümkündür. Örneğin emeklilik ikramiyesine etkisi bulunan askerlik veya doğum borçlanmalarının tarafa miras yoluyla intikal etmiş değerlerden karşılanması söz konusu olabilir. Kaldı ki durumu “kurtarma” amacıyla kişisel malların yerine geçen değerlerin kişisel mal sayılmasına ilişkin TMK. m. 220 hükmünün uygulanması mümkün değildir. Zira TMK. m. 219 hükmü içerisinde sosyal güvenlik kurumlarınca yapılan kazanımların edinilmiş mal sayılması özel hüküm niteliğindedir. Kanaatimizce tarafın kişisel mallarından sarf ettiği “borçlanmanın” etkisiyle değişikliğe uğrayan ikramiyenin doğrudan edinilmiş mal sayılarak katılma alacağı yaratması tarafın mülkiyet hakkına ölçsüz bir müdahaledir. Yapılması gereken husus, kişisel maldan sarf edilmiş oran karşılığında kazanımın ayrıma tabi tutulmasıdır.

Kamusal karakterli sigortalar haricinde özel sigortalar günümüzde önemli bir yer teşkil etmektedir. TMK. m. 219 hükmünde edinilmiş mal statüsü içerisinde sosyal güvenlik veya sosyal yardım kurum ve kuruluşları tarafından yapılan kazanımlar edinilmiş mal olarak değerlendirilmiştir. Bu nedenle özel sigorta şirketleri tarafından yapılan kazanımlar hakkında TMK. m. 219 hükmü gereğince doğrudan edinilmiş mal niteliğine bürünmesi mümkün

<sup>16</sup> Gümüş, s. 259. Darülaceze veya kadın sığınma evleri gibi kuruluşlarca, karşılıksız sağlanan sosyal yardımlar ivazsız iktisap niteliğinde olduğundan kişisel mal sayılmalıdır. Acabey, s. 505.

<sup>17</sup> Ömer Uğur Gençcan, *Mal Rejimleri Hukuku*, Yetkin Yayınları, 2007, s. 567; Acar, s. 239; Sarı, s. 152-153; Kılıç, s. 54; Yardımcı Çınar, s. 27; Polater, s. 473; Primlerin eş veya üçüncü kişi tarafından ödenmesi durumunda dahi sonuç değişmez. Zeytin, s. 132; Acabey, s. 505-506.

değildir<sup>18</sup>. Yapılan kazanımların finansman türüne göre değerlendirilmesi ve ikame prensibinin uygulanması gerekir. Şayet primler kişisel maldan sarf edilmiş ise özel sigorta kapsamındaki kazanım kişisel mal sayılır. Sarfıyat edinilmiş maldan (genelde maaş veya ücretten) karşılanmışsa özel sigortadan sağlanan bedel edinilmiş mal olarak değerlendirilir<sup>19</sup>. Aynı nedenlere bağlı olarak sosyal güvenlik kurumlarına bağlı bireysel emeklilik veya isteğe bağlı sigortalardan elde edilen kazanımlar doğrudan TMK. m. 219 hükmü içerisinde değerlendirilememelidir<sup>20</sup>.

Kişiyeye sosyal sigorta kurumu tarafından sağlanan sağlık yardımları özel bir duruma sahiptir. Sosyal sigorta kurumlarınca sağlanan sağlık yardımlarının doğrudan TMK. m. 219 hükmüne binaen edinilmiş mal statüsü içerisinde değerlendirilmesi doğru mudur? Doktrinde sağlık yardımlarının sigortalının bozulan sağlığını düzeltme amacıyla gerçekleştirilmesine bağlı olarak verildiğini, edinilmiş mal veya kişisel mal olarak nitelendirilebilecek bir malvarlığı değeri yaratmadığı ifade edilmiştir<sup>21</sup>. Diğer görüş ise sağlık yardımlarının edinilmiş mal içerisinde değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir<sup>22</sup>. Kanaatimizce birinci görüşe katılmak mümkün değildir. Kişinin sağlığına dair eski hale iade niteliği, yardımın malvarlığı değerinde değişim meydana getirmediği anlamını taşımaz. Yardım veya kazanım, türü ne olursa olsun mal rejimi içerisinde edinilmiş veya kişisel mal gruplarından birine dahil olmalıdır. Üçüncü bir bağımsız grup malın yaratımı, kanun koyucunun iradesi ile uyuşmayarak edinilmiş mallara katılma rejiminin yapısına uygun düşmemektedir.

## B. Kişisel Mal Görünümü

TMK. m. 219 hükmünde edinilmiş mal statüsü içerisinde değerlendirilmiş olan sosyal sigorta kazanımlarının TMK. m. 228/II hükmünde kişisel mal görünümü ele alınmıştır. Madde hükmünde sosyal sigorta kurumlarınca yapılmış toptan ödemelerin ömür boyunca irat bağlanmış olsaydı, mal rejiminin

<sup>18</sup> Kılıçoğlu, s. 43; Polater, s. 470.

<sup>19</sup> Sarı, s. 154; Acar, s. 240; Gümüş, s. 259; Yardımcı Çınar, s. 27; Zeytin, s. 132-133; Kılıç, s. 54; Acabey, s. 506; Uluç, s. 323; Gençcan, s. 567-568; Ali İhsan Özüğür, *Mal Rejimleri*, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2015, s. 42; Miray Özer Deniz, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Sona Ermesi ve Tasfiyesi*, Vedat Kitapçılık, 2016, s. 48

<sup>20</sup> Zeytin, s. 137-140; Gümüş, s. 260; Yardımcı Çınar, s. 27; Kılıç, s. 55; Acabey, s. 506; Uluç, s. 323-324.

<sup>21</sup> Sarı, s. 148; Bu yardımlar yalnız eşe özgü masraflara ilişkindir. Uluç, s. 324.

<sup>22</sup> Gümüş, s. 258.

sona erdiği tarihten<sup>23</sup> sonraki döneme ait iradın peşin sermayeye çevrilmiş değeri ne olacak idiyse, tasfiyede ilgili kısmın kişisel mal olarak hesaba katılması gerektiği belirtilmektedir. Hak sahiplerine yapılan kazanımların amacının geleceğe ilişkin ekonomik geçimlerini sağlama olduğu göz önüne alındığında, düzenlemenin yerinde olduğunu ve hakkaniyeti sağladığını söylemek gereklidir<sup>24</sup>. Şayet mal rejiminin sona erdiği tarihten itibaren denk gelen kısmın edinilmiş mal olarak kabul edilmesi durumunda, irat usulü yerine toptan ödemenin yapılması, ödemenin yapıldığı kişi aleyhine, katılma alacağı hesabı sonucunda yarı yarıya değer kaybına sebebiyet verecektir.

Kazanımın kişisel mal – edinilmiş mal olarak iki görünüm içerisinde bulunabilmesi çeşitli matematiksel hesaplamaların yapılması zorunluluğunu oluşturmaktadır. Öncelikle ömür boyu ifadesinden anlaşılması gereken husus nedir? Bu durumda kişinin ömrünün farazi tayini gerekmektedir. Çözüm, bakiye yaşam tabloları kullanılarak sağlanmaktadır<sup>25</sup>. TMK. m. 228/II hükmüne binaen mal rejiminin sona erme tarihi ile bakiye yaşam tablosunda kişinin farazi ölüm tarihi arasındaki bölüme denk düşen kazanım, kişisel mal olarak ayırma tabi tutulur<sup>26</sup>. Örneğin boşanma davası açıldığı esnada 48 yaşında

<sup>23</sup> Mal rejiminin sona erme, tasfiye ve malların değerlendirilme anı farklı zamanlara iştigal eder. Tasfiyeden söz edilebilmesi için mal rejiminin sona ermesi gereklidir. Malların değerlerinin tespit anı ise fiili tasfiyenin yapıldığı ana ilişkindir. Özdamar, vd., s. 88-90.

<sup>24</sup> Acar, s. 287-288; Sarı, s. 150; Kılıçoğlu, s. 43, 47; Zeytin, s. 175; Kılıç, s. 84-85.

<sup>25</sup> PMF-1931, CSO-1980 ve TRH-2010 bakiye yaşam tabloları ve ilgili aktüeryal hesaplamalar hakkında detaylı bilgi için bkz. Sedat Sezgin, "Bedensel Zarardan Doğan Maddi Tazminatın Hesaplanması", Gamze Turan Başara vd. (eds.), *Ceren Damar Şenel II. Genç Bilim İnsanları Sempozyumu 4-5 Kasım 2021 Bildiri Kitabı*, Yetkin Yayınları, 2022, s. 520 vd.; Mal rejiminin tasfiyesine ilişkin yakın tarihli kararlarda Yargıtay TRH-2010 bakiye yaşam tablosunun kullanımını kabul etmeye başlamıştır. Y. 8. HD., , 71/467, T. 16.01.2019 "Mal rejiminin devamı sırasında, emeklilik ikramiyesinin toptan ödenmesi durumunda; öncelikle ödeme tarihi itibarıyla TRHA (Türkiye Hayat Annüite Tablosu) 2010 yaşam tablosundan yararlanılarak, emekli olan eşin ortalama bakiye yaşam süresi bulunarak, ödeme günlük irat şeklinde yapılırsa her bir güne karşılık gelen miktar saptanır. Bundan sonra, irat şeklindeki günlük ödeme miktarı, mal rejiminin sona erdiği 19.02.2014 tarihinden sonraki kalan günler ile çarpılarak, bulunacak bu miktarın peşin sermayeye çevrilmiş değeri hesaplanır. Mal rejiminin sona ermesinden sonraki döneme isabet eden ödemenin açıklanan yöntemle hesaplanan peşin sermaye çevrilmiş değeri, emekli olan eşin kişisel malı sayılır. Ödenen toplam emeklilik ikramiyesinden, kişisel mal sayılan bu miktar çıkarıldıktan sonra, kalan miktar edinilmiş mal (artık değer) kabul edilerek tasfiye sırasında göz önünde bulundurulur." E. T. 29.10.2022, www.lexpera.com;

<sup>26</sup> "Çünkü emekli ikramiyesinin TMK'nun 219 /2. fıkrasının 2. bendi kapsamında yapılan toptan ödeme olduğu gözetilerek edinilmiş mal rejimi süresine denk gelen kısmı yani boşanma davasının açıldığı ve mal rejiminin sona erdiği tarihe kadar olan bölümü edinilmiş mal, mal rejiminin sona erdiği tarihten itibaren hak sahibinin kalan yaşam süresini karşılayan

olan evli erkek, 40 yaşında 100.000 TL emekli ikramiyesini toptan almışsa aldığı ödeme TRH-2010'a göre yaklaşık 40 yıllık bakiye yaşamına ilişkindir. Bununla birlikte dava açıldığı tarihte TRH-2010 bakiye yaşam tablosuna göre yaklaşık 28 yıllık ömrü bulunmaktadır. 100.000 TL toptan ödeme  $40 \times 12 = 480$  aya dairedir. Bu durumda aylık miktar yaklaşık 208 TL'dir. Mal rejiminin sona erdiği tarihten farazi ölüm tarihine kadar olan zaman aralığı  $28 \times 12 = 336$  aya ilişkindir. Bu nedenle  $336 \times 208 =$  yaklaşık 70 bin TL, kişisel mal olarak değerlendirilir. Kalan 30 bin TL'lik kısım ise tasfiyeye tabidir. Bu durumda taraflar tasfiye sonucunda 15'er bin TL alacaktır<sup>27</sup>.

TMK. m. 228/II hükmü evliliğin ölüm nedeniyle sona ermesi durumunda uygulanabilir durumda mıdır? Doktrinde ölüm durumunda kişinin bir bakiye yaşam süresinden söz edilmesinin olanaksızlığından dolayı TMK. m. 228/II hükmünün ölüme bağlı sona erme halinde ileri sürülemeyeceği ifade edilmektedir<sup>28</sup>. Lakin bu düzenlemenin sağ kalan eş lehine aşırı korumacı bir yaklaşım içerisinde olduğu ifade edilmektedir<sup>29</sup>. Hükmün ihdasındaki amaç, sağ kalan eşin diğer mirasçılara nazaran daha çok korunması mıdır?

*miktartının ise kişisel mal sayılmakta ve bu son bölüm tasfiye dışı bırakılmaktadır*" Y. 8. HD. E. 2012 / 11114, K. 2013 / 1764 T. 19.02.2013, E.T. 26.10.2022, www.hukuktürk.com; "Alınan emekli ikramiyesi edinilmiş mallardandır. Dava konusu araçta edinilmiş malla ( emekli ikramiyesi ile ) alınmıştır. Mahkemece; kocaya sosyal yardım kurumunca uygulanan usule göre ömür boyunca irat bağlanmış olsaydı, mal rejiminin sona erdiği tarihte ( boşanmanın dava tarihinde TMK. 225.md. ) bundan sonraki döneme ait iradın peşin sermayeye çevrilmiş değerinin hesaplanması, aracın ise edinilmiş mallardan kabul edilmesi, tasfiye hesabının bu esaslar çerçevesinde değerlendirilmesi, gerektiğinde bilirkişiden de görüş alınması ve sonucu uyarınca karar verilmesi gerekir. ( TMK.m.228/2 ) Bu husus üzerinde durulmadan yazılı şekilde hüküm kurulması isabetsizdir." Y. 2. HD. E. 2006 / 6845, K. 2006 / 14701 T. 1.11.2006, E.T. 26.10.2022, www.hukuktürk.com; "TMK'nin 219. maddesinde sosyal güvenlik veya sosyal yardım kurum ve kuruluşlarının veya personele yardım amacı ile kurulan sandık ve benzerlerinin yaptığı ödemelerin edinilmiş mallar kapsamında değerlendirileceği açıklanmış ise de; sosyal güvenlik ve sosyal yardım kurumlarının ödemeleri mal rejimi devam ederken toptan yapılmış ise aynı Kanunun 228/son maddesindeki "...toptan ödeme veya tazminat yerine ilgili sosyal güvenlik ve sosyal yardım kurumunca uygulanan usule göre ömür boyunca irat bağlanmış olsaydı, mal rejiminin sona erdiği tarihte bundan sonraki döneme ait iradın peşin sermayeye çevrilmiş değeri ne olacak idiyse, tasfiyede o miktarda kişisel mal olarak hesaba katılır" şeklindeki düzenleme de göz önüne alınarak yapılan toplu ödemelerin edinilmiş mal ve kişisel mal kısımlarının ayrı ayrı hesaplanması, hesaplama yapılırken mal rejiminin sona erdiği tarihten sonraki döneme ait iradın peşin sermayeye çevrilmiş değerinin belirlenmesi ve bu miktarın kişisel mal olarak kabul edilmesi gerekmektedir." Y. 8. HD. E. 2016/20268, K. 2019/1114, T. 7.02.2019

<sup>27</sup> Benzer bir örnek için bkz. Ünal, s. 134-135.

<sup>28</sup> Acar, s. 291; Özdamar, vd., s. 95; Acabey, s. 524; Ünal, s. 134; Polater, s. 470.

<sup>29</sup> Ünal, s. 134-135. Edinilmiş mallara katılma rejiminin eşi koruma düşüncesi ile getirilmesi nedeniyle bu durumun doğal olduğu hakkında bkz. Acar, s. 291.

Şayet toplu kazanım ölüm durumunda hesaplamaya tabi tutulmazsa, sağ kalan eş "otomatik" olarak kazanımın bütünü üzerinde %50 katılma alacağı sahibi olacaktır<sup>30</sup>. Zira ölüm halinde öncelikle mal rejimi tasfiye edilir<sup>31</sup>. Diğer yasal mirasçıların eş karşısında bu kadar ikinci planda kabul edilmesi hakkaniyet prensibine ve kanunun amacına uygun mudur? Kanaatimizce ölüme bağlı sona erme durumunda ikramiye kişi bakiye yaşam tablosuna göre "yaşayacakmışcasına" değerlendirilmeye tabi tutulmalıdır. Örneğin mal rejimi 50 yaşında ölüm nedeniyle sona erse dahi TRH-2010 gereğince 25 yıl daha yaşayacağı düşünülerek kişisel mal ayrımı diğer yasal mirasçılar lehine yapılmalıdır. Zira TMK. m. 228/II hükmünün *ratio legis*, kazanımın tümüyle edinilmiş mal sayılmasını engelleyerek dengeyi sağlanmasıdır.

## II. EDİNİLMİŞ MALLARA KATILMA REJİMİNDE SOSYAL GÜVENLİK KURUMU TARAFINDAN YAPILAN EMEKLİLİK İKRAMİYESİ VB. KAZANIMLARIN EVLİLİK TARİHİ İLE BAĞLANTISI

Mal rejiminin tasfiyesinde tarafların evlilik tarihi önem kazanmaktadır. Yapılacak hesaplamalar üç farklı olası senaryo içerisinde değerlendirilmelidir.

Birinci senaryo evlenme ve evliliğin sona erme tarihinin 4721 sayılı TMK. yürürlüğü öncesinde gerçekleşmesidir. 4721 sayılı TMK. öncesinde 743 sayılı eMK. m. 170 hükmü gereğince eşler arasında mal ayrılığı rejimi bulunmaktadır. Lakin eMK. içerisinde mal ayrılığı rejiminin tasfiyesine ilişkin açık bir düzenleme mevcut değildir. Tasfiyeye ilişkin kuralların 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri çerçevesinde uygulanması gereklidir<sup>32</sup>. Mal ayrılığı rejiminin bulunması nedeniyle eşlere sosyal sigortalar kurumu,

<sup>30</sup> Çünkü katılma alacağı mal rejiminin sona ermesi ile doğar. Özgür Güvenç/Ayşe Nur Merve Yazıcı, "Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Sözleşmeyle Başka Bir Mal Rejiminin Kabulü İle Sona Ermesi Hâlinde Artık Değere Katılma Esasını Değiştiren Anlaşmaların Geçerliliği", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 25(4), 2021, s. 128.

<sup>31</sup> Detaylı bilgi için bkz. Mustafa Fadıl Yıldırım, "Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ile Miras Hukuku Arasındaki İlişki", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (1), 2019, s. 241.

<sup>32</sup> "Katlı payı alacağı; 01.01.2002 tarihinden önce 743 Sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin (TKM) yürürlükte olduğu dönemde, eşler arasında yasal mal ayrılığı rejimi geçerliydi (TKM mad.170). TKM'de, mal rejiminin tasfiyesine ilişkin düzenleme mevcut olmadığından, eşlerin bu dönemde edindikleri mal varlığının tasfiyesine ilişkin uyumsuzluk, aynı kanunun 5.maddesi yollamasıyla Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri göz önünde bulundurularak "katlı payı alacağı" hesaplama yöntemi kurallarına göre çözüme kavuşturulmalıdır. Zira Borçlar Kanunu, Medeni Kanun'un tamamlayıcısı olarak kabul edilmiştir (EBK mad.544, TBK mad.646)."Adana BAM 2. HD., E. 2019/170, K. 2020/2013, T. 23.12.2020, E.T. 19.10.2022, www.lexpera.com.

bağ-kur veya emekli sandığı tarafından yapılan emeklilik ikramiyesi vb. kazanımların edinilmiş mal olarak kabulü mümkün değildir. Yapılan ödemeler, taraflar arasında herhangi bir paylaşımına tabi tutulmaksızın doğrudan şahsi malvarlığı değerleri içerisinde bulunur.

İkinci senaryo eşlerin evlilik tarihinin eMK.'nin yürürlükte bulunduğu dönem içerisinde gerçekleşmesi, evliliğin son bulması tarihinin ise 4721 sayılı TMK'nın yürürlüğe girmesinden sonra vuku bulmasıdır. Bu durumda tasfiyeye ilişkin ikili bir ayırımın yapılması gereklidir<sup>33</sup>. 4722 sayılı Türk Medenî Kanununun Yürürlüğü Ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun m. 10 hükmü, eşler arasındaki kanuni mal rejiminin TMK.'nin yürürlük tarihinden sonraki dönem açısından edinilmiş mallara katılma rejimine dönüştüğünü ifade etmektedir. Bu durumda yapılacak hesaplamalar, 01/01/2002 öncesi ve sonrasına denk geldiği miktar bakımından ayrıca değerlendirilmelidir. Emeklilik ikramiyesi vb. kazanımlar, değerlendirme sonucunda 01/01/2002 tarihi öncesine denk gelen kısım bakımından eMK. m. 170 hükmü gereğince tarafın kişisel malı olarak kabul edilir ve katılma alacağı oluşturmaz. 01/01/2002 tarihi ve sonrası döneme ilişkin olarak ise kazanımlar TMK. m. 219 hükmü gereğince kural olarak edinilmiş mal olarak kabul edilir ve katılma alacağı oluşturur<sup>34</sup>.

Üçüncü senaryo evliliğin başlangıç ve sona erme tarihlerinin TMK.'nin yürürlüğe girmesinden sonra gerçekleştiği durumdur. Bu durumda birinci senaryoya benzer bir şekilde, yapılacak hesaplamalar 01/01/2002 öncesi ve

sonrasına ilişkin ayırma tabi tutulmaz. Tarafa ödenmiş olan bedel TMK. m. 219 gereğince kural olarak edinilmiş mal niteliğini haizdir. Tasfiye ve katılma alacağının tespiti, edinilmiş malların paylaşımına ilişkin kurallar çerçevesinde ve özellikle TMK. m. 228 hükmüne göre değerlendirilir.

### III. EDİNİLMİŞ MALLARAKATILMAREJİMİNDE EMEKLİLİK İKRAMİYESİ VB. KAZANIMLARIN YAPILMIŞ OLMASI

Sosyal güvenlik kurumlarınca yapılan kazanımlar uzun bir prim birikimi sonucunda gerçekleşmektedir. Şayet primlerin mal rejimi içerisinde ödenmiş olması, ikramiye vb. kazanımların ise mal rejiminin sona erdiği anda henüz yapılmaması durumunda sonuç ne olacaktır? Doktrindeki bir görüş katılma alacağının tespitinde özellikle kanun veya sözleşme gereğince gelecekte ödemenin yapılacağına açık olduğu durumlarda bir iştirah (alım) bedelinin hesaplanması gerektiğini ifade etmektedir<sup>35</sup>. Diğer görüş, sosyal güvenlik ve yardım kurumlarınca yapılmış kazanımların, malvarlığına giren somut bir değer bulunmadan ileride elde edilebilecek bulunmasına bağlı tasfiyenin mümkün olmadığını, emeklilik maaşı, maluliyet aylığı, işsizlik parası vb. kazanımların kanunlarca öngörülen yaş sınırına veya riskin gerçekleşmesine kadar belirsiz bir niteliğe sahip olduklarını ve tasfiye anında hesaplanabilir olmadıkları için katılma alacağı oluşturmadığını belirtmektedir<sup>36</sup>. Kanaatimizce *de lege lata* bakımından ikinci görüş, *de lege ferenda* bakımından birinci görüş isabetlidir. TMK. m. 219 hükmü gereğince edinilmiş malların “elde edilmiş” olması gereklidir. Yargıtay ikinci görüşe uygun olarak emeklilik ikramiyesinin tasfiyeye tabi olması için mevcudiyetini aramaktadır<sup>37</sup>.

Gelecekte elde edilme ihtimali “yüksek” olsa dahi oluşum şartlarını sağlamayan (prim birikimi/yaş şartı vs.) kazanımların edinilmiş mal

<sup>33</sup> Lakin belirtmek isteriz ki 4721 sayılı TMK'nın yürürlük tarihinden önce gerçekleşen evliliklerde, 1.1.2002 ilâ 31.12.2002 tarihleri arasında eşler sözleşme yaparak edinilmiş mallara katılma rejiminin evliliğin başladığı tarihten itibaren uygulanmasını kararlaştırabilme yetkisine sahipti. Oğuz Sadık Aydos, “Eşlerin Geçmişe Etkili Mal Rejimi Sözleşmesi Yapabilmesi (4722 sayılı Kanun m. 10/III)”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 3(22), Aralık 2016, s. 387. Böyle bir durum söz konusu ise tasfiyede ikili bir ayırımın yapılma gerekliliği yoktur.

<sup>34</sup> “...eşler, 23.02.1980 tarihinde evlenmiş, 31.08.2010 tarihinde açılan boşanma davasının kabulüne ilişkin hükmün kesinleşmesiyle boşanmışlardır. Mal rejimi boşanma davasının açıldığı tarih itibarıyla sona ermiştir (TMK mad.225/son). Sözleşmeyle başka mal rejiminin seçildiği ileri sürülmediğinden, evlilik tarihinden 4721 Sayılı TMK'nin yürürlüğe girdiği 01.01.2002 tarihine kadar mal ayrılığı (743 Sayılı TKM mad.170), bu tarihten mal rejiminin sona erdiği tarihe kadar ise, edinilmiş mallara katılma rejimi geçerlidir... emeklilik ikramiyesinin davacının çalışmaya başladığı 04.09.1990 tarihinden 01.01.2002 tarihine kadar ki zaman dilimine isabet eden bölümü, davacının kişisel malı olarak, 01.01.2002 tarihi ile emekli olduğu tarihe kadar olan zaman dilimine isabet eden bölümü ise edinilmiş mal kabul edilerek...” Yargıtay 8. HD., E. 2017/17305, K. 2019/2838, T. 18.03.2019, E.T. 19.10.2022, www.lexpera.com.

<sup>35</sup> Acar, s. 240-241

<sup>36</sup> Sarı, s. 151; Polater, s. 470-471; Gümüş, s. 254; Özüğür, s. 43; Yardımcı Çınar, s. 28; Kılıç, s. 53; Erdem / Makaracı Başak, s. 277; Zeytin, s. 120, 133. Acabey, s. 506; Uluç, s. 309, 312, 317; Lakin bu durum hakkaniyetli değildir, sorunun çözümü mal rejimi hükümleri kapsamında sağlanamaz, Türk Hukuku'nda ZGB. Art. 122 vd. hükümlerine benzer bir düzenleme gereklidir. Zeytin, s. 165; Ünal, s. 133.

<sup>37</sup> “Değer artış payı ve artık değere katılma alacağı miktarları hesaplanırken, mal rejiminin sona erdiği sırada mevcut olan malın, bu tarihteki durumuna göre, ancak tasfiye tarihindeki sürüm (rayiç) değeri esas alınır (TMK mad.227/1, 228/1, 232 ve 235/1). Yargıtay uygulamalarına göre, tasfiye tarihi karar tarihidir....Emeklilik ikramiyesinin tasfiyeye konu edilmesi için mal rejiminin sona erdiği sırada mevcut olması (TMK mad.235/1) ya da bu para kullanılarak başka bir mal varlığına sahip olunmalıdır. Söz konusu gelir; kullanılarak satın alınan mal varlıkların tasfiyesinde de aynı kurallar geçerli olacaktır...” Yargıtay 8. HD., E. 2017/17305, K. 2019/2838, T. 18.03.2019, E.T. 19.10.2022, www.lexpera.com.

sayılması mümkün gözükmemektedir. Hakkın kazanım anının gerçekleştiğini belirtmek<sup>38</sup> kanaatimizce doğru değildir. Lakin tüm “müstakbel” kazanımın kişisel mal olduğunu ifade etmek hakkaniyetli gözükmemektedir. Zira ikramiye vb. kazanımlar için sermaye birikimi, mal rejiminin devamı süresince sağlanmaktadır. Bu nedenle katılma alacağı, kazanımın elde edilebilme şartı henüz sağlanmadığı için azalmaya uğramaktadır. Kanaatimizce *de lege ferenda*, beklenti içerisinde bulunan kazanımlara dair yeni bir düzenleme getirilmesidir. ZGB. Art. 122 hükmü bu konuya ilişkin önemli bir kaynak teşkil etmelidir<sup>39</sup>. Madde hükmünde boşanma davasının açıldığı tarihe kadar evlilik süresince edinilen emeklilik ödeneklerinin boşanmayla birlikte tasfiyeye tabi tutulacağı ifade edilmektedir. Kanaatimizce Türk Hukuku bakımından ZGB. Art. 122 hükmüne benzer biçimde bir düzenlemenin ihdası gereklidir.

Özel sigortalar bakımından durum farklıdır. Özel sigortalarda rizikonun mal rejimi sona ermeden önce gerçekleşmesi halinde kazanımlar tasfiyeye tabi tutulmalıdır<sup>40</sup>. Zira değerlendirilmesi gereken husus sigorta bedeline hak kazanım anı olan rizikonun gerçekleşme tarihidir. Kazanımın sağlanmış olması yalnızca ifaya ilişkindir. Talebin doğumu ile ifa anının ayrımı yapılmalıdır. Bu durum “kamusal” emeklilik ikramiyesi ile özdeş değildir. Emeklilik ikramiyesi bir rizikonun gerçekleşmesine bağlı değildir. Yaş ve primlerin ödenmesine göre ikramiye hakkının kazanımı gerçekleşmektedir. Lakin kamusal kazanımların tüm şartları sağlanmışsa ifa mal rejimi sona erdikten sonra yapılmış olsa dahi katılma alacağı oluşturmalıdır.

#### IV. EDİNİLMİŞ MALLARA KATILMA REJİMİNDE EMEKLİLİK İKRAMİYESİ VB. KAZANIMLARIN TASFİYE ANINDAKİ MEVCUDİYETİ

Türk Medeni Kanunu m. 219 hükmünde belirtilen edinilmiş malların tasfiyeye tabi tutulabilmesi için ilgili malların mal rejiminin sona erdiği tarihte kişinin malvarlığı içerisinde en azından ikame (yerine geçen) değer olarak mevcut olması gereklidir<sup>41</sup>. Bu nedenle sigorta kurumlarınca sağlanan kazanımlar kısmen veya bütünüyle karşılıksız olarak elden çıkarılmışsa veya harcanmışsa tasfiye açısından etkisi bulunmamalıdır<sup>42</sup>. Lakin TMK.

<sup>38</sup> Acar, s. 241.

<sup>39</sup> Bu konuda bkz. Polater, s. 460-461.

<sup>40</sup> Acar, s. 241, dn. 674; Uluç, s. 33.

<sup>41</sup> Sarı, s. 150; Edinilmiş malın sarf edilmiş olmasının bir yaptırımı yoktur. Acabey, s. 493-494.

<sup>42</sup> Sarı, s. 151; Acabey, s. 506; Polater, s. 471.

m. 229 hükmü gereğince sarf edilmiş olan kazanımların tasfiyeye eklenmesi mümkündür. Sarf edilmiş olan kazanımların eklenecek değer olarak hesaba katılabilmesi için TMK. m. 229 hükmüne binaen mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıl içinde diğer eşin rızası olmadan, olağan nitelikteki hediyeler hariç karşılıksız kazandırılması veya mal rejimi süresi içerisinde diğer eşin katılma alacağını azaltmak kastıyla elden çıkarılması gereklidir<sup>43</sup>.

#### V. EDİNİLMİŞ MALLARA KATILMA REJİMİNDE EMEKLİLİK İKRAMİYESİ PRİMLERİNİN KİŞİ TARAFINDAN EVLİLİK TARİHİ ÖNCESİNDE ÖDENMEYE BAŞLAMASI

Sosyal sigorta kurumlarınca kişiye emeklilik şartlarını sağladıktan sonra ödenen toplu ikramiyeler, kişi tarafından uzun bir zaman aralığı içerisinde ödenen primlerin bütünsel olarak “iadesine” ilişkindir. Temel olarak, ödenen toplu ikramiyeler, kişinin hak etmiş olduğu maaş veya ücretinden kesintilerin oluşumundan ibarettir<sup>44</sup>. Kesinti yapılmasındaki asıl amaç kişinin pasif döneminde ekonomik zorluk yaşamasının önlenmesidir. Prim ödemelerinin tamamının mal rejiminin mevcudiyetini koruduğu aralık haricinde gerçekleşmiş olması karşılaştırılması muhtemel bir durumdur. Şayet primler rejim öncesinde toplanmaya başlamışsa durum ne olacaktır? Doktrinde bu durumda mal rejimi öncesindeki döneme tekabül eden kısım açısından ikramiyenin paylaşımına tabi tutulmaması ve kişisel mal sayılması gerektiği kanaatimizce haklı olarak ifade edilmektedir<sup>45</sup>. Örneğin 30 senedir prim kesintisine maruz kalan kişi 25 senedir evlilik birliği içerisinde ise 5 senelik kısma dair emeklilik ikramiyesi karşılığı, tasfiye dışında tutulmalıdır. Görüşün kabul edilmemesi durumunda 30 senedir aktif çalışma hayatında bulunan kişinin 29. senesinde evlenmesine bağlı olarak neredeyse tüm ikramiye üzerinde eşin katılma alacağına sahip olacağı bir trajikomik durum ortaya çıkmaktadır<sup>46</sup>. Bununla birlikte TMK. m. 219 hükmü gereğince “kural” olarak edinilmiş mal sayılan ödemelerin

<sup>43</sup> Detaylı bilgi için bkz. Tolga Şengül, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Üçüncü Kişilere Yapılan Devirler Ve Sonuçları*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2022, s. 50 vd.; Fatih Karamercan, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Eşin Üçüncü Kişilere Karşı Dava Hakkı*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2022, s. 32 vd.

<sup>44</sup> Acar, s. 289; Ünal, s. 133-134.

<sup>45</sup> Acar, s. 289; Ünal, s. 134; Uluç, s. 321; Özer Deniz, s. 48.

<sup>46</sup> Görüş, bu duruma ilişkin Y. 8. HD. 20.12.2012, 4822/12684 sayılı kararını destekleyici olarak ifade etmiştir (bkz. Acar, s. 290). Lakin ilgili karar evlilik birliği öncesi duruma dair değildir. Kararda kazanımların mal rejiminin sona ermesinden itibaren kişisel mal sayılacağı belirtilmiştir. Kararda evlilik birliği öncesine isabet eden ikramiyenin kişisel mal sayılmasına yönelik bir bilgi bulunmamaktadır.

“istisnaen” kişisel mal görünümüne bürünmesinin yalnızca mal rejiminin sona erdiği tarihten itibaren hesaplanması TMK. m. 228 nedeniyle *de lege lata* durumdadır. Bu nedenle mal rejimi öncesinde ödenen primlerin tekabül ettiği kısım, hakkaniyete aykırı bir şekilde ilgili kanuni düzenleme gereğince “kural” olarak edinilmiş mal sayılmalı ve yalnızca mal rejiminin sona erdiği tarihten itibaren denk düşen kısım kişisel mal niteliğini haiz olmalıdır. Zira TMK. içerisinde açıkça kişisel mal olduğu belirtilmeyen tüm değerler edinilmiş mal statüsündedir<sup>47</sup>. TMK. m. 228 hükmünün kıyasen rejim öncesi döneme dair uygulanması mümkün müdür? Kanaatimizce bu durum kanun hükmünün fazlasıyla genişletilmesidir. Kısacası iki farklı değerlendirmenin yapılması gerektiğini düşünmekteyiz. *De lege lata* olarak yeni bir düzenleme getirilmediği müddetçe primlerin mal rejimi oluşmadan önceki zamana ilişkin ödenme aralığının tasfiyede kişisel mal olarak değerlendirilmesi kanaatimizce mümkün değildir. Lakin *de lege ferenda*, hükmün süratle değişikliğe uğraması ve evlilik birliği öncesi döneme tekabül eden kazanımın kişisel mal sayılmasıdır.

## SONUÇ

Türk Medeni Kanunu m. 219 hükmü (ZGB. Art. 197/II) sosyal güvenlik veya sosyal yardım kurum ve kuruluşlarının veya personele yardım amacı ile kurulan sandık ve benzerlerinin yaptığı ödemelerin (örneğin emeklilik, malullük, ölüm nedeniyle tazminat/ikramiye, işsizlik ödeneği vb.) edinilmiş mal statüsünde olduğunu ifade etmektedir. Maddenin içeriğinde “ve benzerleri” ifadesinden anlaşılacağı üzere yapılan sayım, sınırlı sayı (*numerus clausus*) prensibine tabi değildir. Bununla birlikte “ve benzeri” ifadesi sorun arz etmektedir. Kanaatimizce ve benzerleri ifadesinden anlaşılması gereken husus “sandıklara” ilişkindir. Kanun koyucu bu noktada kamusal ve özel sigorta kurumu ayrımı yapma gayesi gütmüştür.

Türk Medeni Kanunu m. 219 hükmündeki bir diğer sorunlu ifade “ödeme”dir. Doktrinde bizim de katıldığımız görüş kanun koyucunun yalnızca “ödemeyi” değerlendirmiş olsa da durumdan anlaşılması gereken hususun her türlü kazanıma ilişkin olduğunu ifade eder.

Sosyal güvenlik kurumları tarafından yapılan kamusal karakterli kazanımların edinilmiş mal statüsü içerisinde kabul edilmesinin sebebi, kazanımların bir emek karşılığında gerçekleşmiş olmasıdır. Bununla birlikte

<sup>47</sup> Sarı, s. 134-135.

sosyal yardım kurumları tarafından yapılan yardımlar (gıda, yakacak, barınma vs.) bir emek karşılığında verilmemektedir. Yapılan yardımlar ivazsız niteliktedir. Doktrinde bizim de katıldığımız görüş ivazsız nitelikteki sosyal yardımların edinilmiş mal statüsünde olduğunu ve kanun koyucunun sosyal yardım kurumları tarafından yapılan ivazsız yardımların edinilmiş mal statüsü içerisinde değerlendirmesini ikame ilkesinin kabul edildiği emeğe dayalı oluşturulan edinilmiş mal rejiminin önemli bir istisnasını teşkil ettiğini ifade etmektedir. Kanun koyucu tarafından ne kazanımlar ne de yardımlar hususunda finansmanın kişisel mal veya edinilmiş mallardan sarf edilmesi dikkate alınmamıştır. Lakin *de lege ferenda* olarak “ivazsız” yardımların kişisel mal olarak kabul edilmesi ve “ivazlı” kazanımların finansmanı hususunda primlerin statüsünün dikkate alınması gerektiğini düşünüyoruz.

Prim kesintilerinin kişisel mallardan sarf edilmesi istisnaen mümkündür. Örneğin emeklilik ikramiyesine etkisi bulunan askerlik veya doğum borçlanmalarının tarafa miras yoluyla intikal etmiş değerlerden karşılanması söz konusu olabilir. Kişisel mallarından sarf ettiği “borçlanmanın” etkisiyle değişikliğe uğrayan ikramiyenin doğrudan edinilmiş mal sayılarak katılma alacağı yaratması kanaatimizde tarafın mülkiyet hakkına ölçsüz bir müdahaledir. Yapılması gereken husus kişisel maldan sarf edilmiş oran hususunda kazanımın ayrıma tabi tutulmasıdır.

TMK. m. 219 hükmünde edinilmiş mal statüsü içerisinde sosyal güvenlik veya sosyal yardım kurum ve kuruluşları tarafından yapılan kazanımlar değerlendirilmiştir. Bu durumda özel sigorta şirketleri tarafından yapılan kazanımlar hakkında TMK. m. 219 hükmü gereğince doğrudan edinilmiş mal niteliğine bürünmesi mümkün değildir. Yapılan kazanımların finansman türüne göre değerlendirilmesi ve ikame prensibinin uygulanması gerekir. Sosyal sigorta kurumu tarafından sağlanan sağlık yardımları özel bir duruma sahiptir. Sosyal sigorta kurumlarınca sağlanan sağlık yardımlarının doğrudan TMK. m. 219 hükmüne binaen edinilmiş mal statüsü içerisinde değerlendirilmesi doğru mudur? Kanaatimizce sağlık yardımlarının da edinilmiş mal içerisinde değerlendirilmesi gerekir. Sağlık yardımı niteliği, kazandırmanın malvarlığı değerinde değişim meydana getirmediği anlamını taşımaz.

TMK. m. 219 hükmünde edinilmiş mal statüsü içerisinde değerlendirilmiş olan sosyal sigorta kazanımlarının TMK. m. 228/II hükmünde kişisel mal statüsüne ilişkin görünümü ifade edilmiştir. TMK. m. 228/II hükmü evliliğin ölüm nedeniyle sona ermesi durumunda uygulanabilir durumda mıdır? Kanaatimizce ölüme bağlı sona erme durumunda ikramiye kişi bakiye yaşam

tablosuna göre “yaşayacakmışcasına” değerlendirilmeye tabi tutulmalıdır.

Sosyal güvenlik kurumlarınca yapılan ödemeler uzun bir prim birikimi sonucunda gerçekleşmektedir. Primlerin mal rejimi içerisinde verilmiş olması, ikramiye vb. ödemelerin ise mal rejiminin sona erdiği anda yapılmaması durumunda sonuç ne olacaktır? Kanaatimizce *de lege lata* bakımından katılma alacağı oluşturmaz. *De lege ferenda* bakımından ise bir iştirah (alım) bedelinin hesaplanması gerekir.

Sosyal sigorta kurumlarınca kişiye emeklilik şartlarını sağladıktan sonra ödenen toplu ikramiyeler, kişi tarafından uzun bir zaman aralığı içerisinde ödenen primlerin emeklilik anında bütünsel olarak iadesine ilişkindir. Ödenen toplu ikramiyeler, kişinin hak etmiş olduğu maaşından veya ücretinden kesintilerin oluşumundan ibarettir. Şayet primler rejim öncesinde toplanmaya başlamışsa durum ne olacaktır? Doktrinde bu durumda mal rejimi öncesindeki döneme tekabül eden kısım açısından ikramiyenin paylaşımına tabi tutulmaması gerektiği kanaatimizce haklı olarak ifade edilmektedir. Bununla birlikte TMK. m. 219 hükmü gereğince “kural” olarak edinilmiş mal sayılan ödemelerin “istisnaen” kişisel mal görünümüne bürünmesinin yalnızca mal rejiminin sona erdiği tarih itibaren olacağı TMK. m. 228 nedeniyle *de lege lata* durumdadır. Bu nedenle mal rejimi öncesinde ödenen primlerin tekabül ettiği kısım hakkaniyete aykırı bir şekilde kanuni düzenleme gereğince “kural” olarak edinilmiş mal sayılmalı ve yalnızca mal rejiminin sona erdiği tarihten itibaren denk düşen kısım kişisel mal niteliğini haiz olmalıdır. Zira TMK. içerisinde açıkça kişisel mal olduğu belirtilmeyen tüm değerler edinilmiş mal statüsü içerisinde değerlendirilmelidir.

TMK. 228 hükmünün kıyasen rejim öncesi döneme dair uygulanması mümkün müdür? Kanaatimizce bu durum kanun hükmünün fazlasıyla genişletilmesidir. Kısacası iki farklı değerlendirmenin yapılması gerektiğini düşünmekteyiz. *De lege lata* olarak yeni bir düzenleme getirilmediği müddetçe primlerin mal rejimi oluşmadan önceki döneme ilişkin ödenme aralığının tasfiyede kişisel mal olarak değerlendirilmesi kanaatimizce mümkün değildir. Lakin *de lege ferenda*, hükmün süratle değişikliğe uğraması ve evlilik birliği öncesi zamana tekabül eden kazanımın kişisel mal sayılmasıdır.

## KAYNAKÇA

- Acabey M B, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Mal Grupları-İspat Kuralları ve Eşlerin Paylı Mülkiyeti Altındaki Mallara İlişkin Düzenlemeler”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 9(Özel Sayı), 2007, s. 491 – 534.
- Acar F, *Aile Hukukumuzda Aile Konutu Mal Rejimleri ve Eşin Yasal Miras Payı*, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Aydos O S, “Eşlerin Geçmişe Etkili Mal Rejimi Sözleşmesi Yapabilmesi (4722 sayılı Kanun m. 10/III)”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 3(22), 2016, s. 383-393.
- Demir M, “Türk Medeni Kanunu’na Göre Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Değer Artış Payı Ve Denkleştirme Alacağı”, *TBB Dergisi*, 61, 2005, s. 292-303.
- Erdem M / Makaracı BAŞAK A, *Aile Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Gençcan Ö U, *Mal Rejimleri Hukuku*, Yetkin Yayınları, 2007.
- Gümüş MA, *Teori ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri (TMK m. 185 – 281)*, Vedat Kitapçılık, 2008.
- Güvenç Ö/ Yazıcı A N M, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Sözleşmeyle Başka Bir Mal Rejiminin Kabulü İle Sona Ermesi Hâlinde Artık Değere Katılma Esasını Değiştiren Anlaşmaların Geçerliliği”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 25(4), 2021, s. 125-169.
- Karamercan F, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Eşin Üçüncü Kişilere Karşı Dava Hakkı*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Kılıç S, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimindeki Malvarlığı Değerleri*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2017.
- Kılıçoğlu A M, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2002.
- Özdamar, D, *Yasal Mal Rejimi Ve Tasfiyesi*, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Özer Deniz M, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Sona Ermesi ve Tasfiyesi*, Vedat Kitapçılık, 2016.



- Özüğür A İ, *Mal Rejimleri*, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2015.
- Polater S, “İsviçre Medeni Kanunu İle Karşılaştırmalı Olarak Türk Hukukunda Emeklilikten Doğan Hakların Paylaştırılması”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi – İnÜHFD-*, 8(2), 2017, ss. 453-478.
- Sakarya Güneş N, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Katılma Alacağı*, Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Sarı S, *Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, Beşir Kitabevi, 2007.
- Şengül T, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Üçüncü Kişilere Yapılan Devirler Ve Sonuçları*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Şıpka Ş, *Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, 3. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2013.
- Sezgin S, “Bedensel Zarardan Doğan Maddi Tazminatın Hesaplanması”, TURAN BAŞARA G vd. (eds.), *Ceren Damar Şenel II. Genç Bilim İnsanları Sempozyumu 4-5 Kasım 2021 Bildiri Kitabı*, Yetkin Yayınları, 2022, s. 513-574.
- Türkmen A, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Ratio Legis’i Bağlamında Fiilî Ayrılık Nedeniyle Boşanmada (Tmk m. 166/IV) Ayrılığın Mal Rejiminin Tasfiyesine Etkisi”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 15(169), 2020, s. 1869-1877.
- Uluç Y, *Mal Rejimleri ve Tasfiyesi*, Yetkin Yayınları, 2014.
- Ünal A, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejimine Eleştirel Bir Bakış”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 23(4), 2019, ss. 121-140.
- Yardımcı Çınar Y, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Terekenin Tasfiyesi ve Sağ Kalan Eşin Talepleri*, Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Yıldırım MF, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ile Miras Hukuku Arasındaki İlişki”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (1), 2019, s. 237-261.
- Zeytin Z, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi*, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021.

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

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068  
Cilt / Volume XXVII Nisan / April 2023 Sayı / No. 2

**CMK'DA DÜZENLENEN ÖZEL İTİRAZ USULÜNÜN (M.  
271/4) KİŞİ ÖZGÜRLÜĞÜNÜ SINIRLAYAN DİĞER KORUMA  
TEDBİRLERİ BAKIMINDAN UYGULANMASI**

IMPLEMENTATION OF THE SPECIAL OBJECTION PROCEDURE  
ORGANIZED IN CPC (Art. 271/4) WITH REGARD TO OTHER  
PROTECTION MEASURES LIMITING LIBERTY OF PERSON

Seyfettin ÇAĞLAR\*  

**ÖZET**

[10.34246/ahbvuhfd.1222349](https://doi.org/10.34246/ahbvuhfd.1222349) 

*Ceza muhakemesi hukukunda olağan kanun yollarından biri olan itiraz usulünde, kural olarak itiraz merciinin vermiş olduğu kararlar kesindir. Ancak kişi özgürlüğünü sınırlandırdığı için tutuklama koruma tedbiri bakımından istisnai bir hüküm bulunmaktadır. Böylece, itiraz üzerine ilk kez şüpheli veya sanığın tutuklanmasına karar verilmesi halinde bu karara karşı itiraz yoluna gidilebilecektir. Öte yandan kişi özgürlüğünü kısıtlayan gözlem altına alınma ve konutunu terk etmeme adli kontrol tedbiri bakımından böyle bir istisnai düzenlemenin kanunda yer almaması sorun teşkil etmektedir. Bu çalışmada, söz konusu sorunun çözümü için kişi hürriyetini sınırlayan hallerden olan gözlem altına alınma ve konutunu terk etmeme tedbirlerine ilk kez itiraz merciince hükmedilmesi hallerinde itirazın mümkün olmasının gerekliliği ortaya konacaktır.*

**Anahtar Kelimeler:** İtiraz • Kişi Özgürlüğü • Tutuklama • Gözlem Altına Alınma • Konutunu Terk Etmeme.

\* **Avukat**, Ankara Barosu/ANKARA, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Doktora Öğrencisi, **e-posta:** seyfettin.caglar@hbv.edu.tr, **ORCID:**0000-0003-1027-2803 **DOI:** 10.34246/ahbvuhfd.1222349

\* **İntihal / Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / *This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.*



**ABSTRACT**

*In the objection procedure, which is one of the ordinary legal remedies in criminal procedure law, the decisions of the objection authority are final as a rule. However, there is an exceptional provision in terms of detention protection measure as it limits liberty of person. Thus, if it is decided to arrest the suspect or the accused for the first time upon the objection, it will be possible to appeal against this decision. On the other hand, it is a problem that such an exceptional regulation is not included in the code in terms of "the mental status examination and not leaving the residence", which restricts the liberty of the person. In this study, in order to solve the problem in question, the necessity of being able to object will be put forward in cases where the first time the objection authority is ruled against the measures of the mental status examination and not leaving the residence, which are the situations that limit liberty of person.*

**Keywords:** *Objection • Liberty of Person • Arrest • The Mental Status Examination • Not Leaving the Residence.*

**EXTENDED ABSTRACT**

*Legal remedies are of great importance in terms of revealing the factual truth. On the one hand, legal remedies serve to reveal the factual truth, on the other hand, they cause prolongation of the proceedings. Considering the right to trial within a reasonable time, there should be a limit to the legal remedies. Thus, the decisions made on the objection are final. In the objection procedure, which is one of the ordinary legal remedies in criminal procedure law, the decisions of the objection authority are final as a rule. However, when the situation of the person is aggravated by the decision of the objection authority, then it should be possible to object against this new and aggravating decision. In other words, when the intensity of the restriction on the liberty of the suspect or the accused is increased by the objection authority, the legal remedy should be open for this new situation as well. Hence, the legislator has brought an exception to this rule in terms of arrest. According to the regulation in the second sentence of Article 271/4 in Criminal Procedure Law (CPC), it is possible to object again against the detention order given by the objection authority for the first time. For example, the public prosecutor referred the suspect to the criminal judgeship of peace with a request for arrest, but this request was not fulfilled by the judgeship and the person was released. Thereupon, this decision was objected by the public prosecutor and the suspect was arrested upon objection. Due to the regulation in the second sentence of Article 271/4 in CPC, an objection can be made against this detention order. Since the arrest protection measure restricts the liberty of the person, it is an appropriate arrangement that the detention order, which was given for the first time upon objection, is not final and that an objection can be made against this decision. Because a person is deprived of his/her liberty, even for a temporary period.*

*The person deprived of his/her liberty should be granted a right of application that will allow the review of the decision. Liberty of a person is directly interfered with by arrest, detention, mental status examination and certain judicial control protection measures. The legislator has introduced an exception provision regarding the arrest protection measure, which constitutes an interference with the liberty of the person, and for the first time, it has kept the way of inspection open against the arrest decision given by the objection authority. However, such an exception has not been included in terms of some other protection measures such as mental status examination and not leaving the residence.*

*In case of the mental status examination, liberty of the person is severely restricted. While the objection as a rule does not prevent the execution of the decision, the objection stops the execution of the decision in terms of the mental status examination and the time spent under mental status examination is deducted from the sentence, as in the case of arrest, shows that being under mental status examination seriously interferes with liberty of the person. One of the obligations within the scope of judicial control measures, the measure not to leave the residence, limits the liberty of the person in a similar way to arrest. Therefore, there is an interference with liberty of the person in the judicial control protection measure as is the case in arrest, which requires the person to stay at home for the whole day and cannot leave the house for any reason, which is maintained uninterruptedly. On the other hand, deducting the time spent under the obligation not to leave the residence from the penalty reveals the similarity between not leaving the residence and arrest.*

*While it is possible to object to the detention orders made by the objection authority for the first time due to its interference with personal freedom, similarly, if the decisions regarding the interception of liberty of the person and the measure of not leaving the residence are made by the objection authority for the first time, it will not be lawful not to be able to object against these decisions. In other words, it is a problem that such an exceptional regulation is not included in the law in terms of the "mental status examination and not leaving the residence" measures which restrict the liberty of the person. In this study, it will be revealed that in order to solve the aforementioned problem, as in arrest, it is necessary to be able to object to the measures where it is decided by the objection authority for the first time which limit liberty of the person, such as mental status examination and not leaving the residence.*

**GİRİŞ**

Koruma tedbirleri, ceza muhakemesinin sağlıklı bir şekilde yürütülmesine hizmet eden, muhakeme sürecinin gereği gibi yapılabilmesi veya hükmün infazının mümkün kılınabilmesi amacıyla soruşturma ve kovuşturma evresinde başvuru tedbirleridir. Bu tedbirler ile henüz hüküm kurulmadan önce kişilerin

birtakım temel hak ve özgürlükleri sınırlandırılmaktadır. Koruma tedbirlerinin uygulanması ile kişi hak ve özgürlüklerine müdahale edildiği içindir ki bu tedbirlere başvurmak için bu yönde bir kararın varlığı aranmaktadır. Örneğin, tutuklama için hâkim veya mahkeme kararı gereklidir (Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) m. 101/1). Ayrıca bu kapsamda verilen kararlar, denetime tabi tutulmalıdır. Zira yargı makamlarının kararlarında bir hata, eksiklik veya yanlışlık olabilir. Bu yanlışlığın düzeltilmesi bir zorunluluktur. Anayasa hükmü gereği bu yanlışlığı diğer merciler değil, yargı mercileri düzeltmelidir. Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorunda olduklarından bunları hiçbir surette değiştiremezler (Anayasa m. 138/4). Dolayısıyla verilen kararlardaki yanlışlıklar, eksiklikler ve hatalar ancak yargı mercileri tarafından giderilebilecektir. Bu sebeptir ki verilen kararların farklı bir yargı mercii tarafından gözden geçirilmesi bir diğer ifadeyle incelenmesi lazımdır<sup>1</sup>. Bu durum kanun yollarının amaçlarından biri olan *maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasının* da bir gereğidir<sup>2</sup>.

Bu kapsamda hukuka aykırı olduğu düşünülen koruma tedbirlerine karşı başvurulabilecek hukuki çare itiraz kanun yoludur. Kural olarak koruma tedbirlerine hâkim karar verir<sup>3</sup>, <sup>4</sup>. Özellikle kişi özgürlüğünü sınırlayan tutuklama (CMK m. 101/1), konutunu terk etmeme adli kontrol tedbiri (CMK m. 110/1) ve gözlem altına alınma (CMK m. 74/1) bakımından hâkim veya mahkeme kararlarının varlığı aranmaktadır. CMK m. 267/1 hükmüne göre “*Hâkim kararları ile kanunun gösterdiği hâllerde, mahkeme kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebilir.*” Yani koruma tedbirlerine ilişkin olarak verilen hâkim veya mahkeme kararlarına karşı itiraz kanun yoluna gidilecektir.

Hukuk sistemimizde istinaf mahkemelerinden önce iki dereceli olan yargılama usulü, istinaf mahkemelerinin faaliyete geçmesiyle birlikte artık üç dereceli bir yargılama sistemine dönüşmüştür<sup>5</sup>. Ancak koruma tedbirleri

<sup>1</sup> Nurullah Kunter, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 9. Bası, 1989, s. 1007 vd.

<sup>2</sup> Anayasa Mahkemesi (AYM) bir kararında kanun yolunun amacını şu şekilde ifade etmiştir: “*yargı yerleri tarafından verilen kararların, kural olarak başka bir yargı yeri tarafından denetlenmesine imkân tanınmak suretiyle daha güvenceli bir yargı hizmeti sunmaktadır.*” Bkz. AYM, E. 2014/142, K. 2014/182, T. 04.12.2014, <<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2014/182?EsasNo=2014%2F142>>, Erişim Tarihi 30 Ekim 2022.

<sup>3</sup> Bahri Öztürk/Behiye Eker Kazancı/Sesim Soyer Güleç, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri*, 5. Bası, Seçkin, 2022, s. 38.

<sup>4</sup> Kimi koruma tedbirleri ise Cumhuriyet savcısının veya kolluk amirinin kararı üzerine uygulanmaktadır. Örneğin, gözaltı (CMK m. 91/1, 4).

<sup>5</sup> Bölge Adliye Mahkemeleri, 2004 yılında çıkarılan 07.10.2004 tarih ve 25606 sayılı

bakımından ikili bir sistem söz konusu olduğundan bu üçlü sistem koruma tedbirleri bakımından geçerli değildir<sup>6</sup>. Dolayısıyla verilen kararın denetiminin sağlanması amacıyla başvuru itiraz kanun yolunda itiraz mercisinin vereceği karar kesindir<sup>7</sup>. Diğer bir ifadeyle bu karara karşı gidilebilecek bir olağan kanun yolu bulunmamaktadır.

Kural, itiraz üzerine verilen kararların kesin olmasıdır. Ancak kişinin içinde bulunduğu durum itiraz mercisinin vermiş olduğu karar ile ağırlaştırıldığında, artık bu yeni ve ağırlaştırıcı karara karşı da itiraz yoluna gidilebilmelidir. Diğer bir ifadeyle itiraz mercii tarafından şüphelinin veya sanığın hürriyetine yönelik sınırlamanın yoğunluğu artırıldığında, bu yeni hal için de kanun yolunun açık olması gerekmektedir. “Gözlem altına alınma, gözaltı, tutuklama ve adli kontrol kapsamındaki tedbirlerden biri olan konutunu terk etmemek” tedbirlerine başvurulması hallerinde kişi özgürlüğü sınırlandırılmış olmaktadır.

İtiraz üzerine verilen kararlar kural olarak kesin olmakla birlikte, kanun koyucu tutuklama bakımından bu kurala bir istisna getirmiştir. CMK m. 271/4’ün ikinci cümlesinde yer verilen düzenlemeye göre, ilk defa itiraz mercisinin vermiş olduğu tutuklama kararlarına karşı tekrardan itiraz yoluna gidilebilmektedir<sup>8</sup>. Dolayısıyla **ilk kez**, itiraz üzerine verilen tutuklama kararına karşı denetim yolu açıktır.

Tutuklama koruma tedbiri bakımından getirilen bu istisnai düzenlemenin özgürlüğü kısıtlayan diğer tedbirler bakımından öngörülmemiş olması

Resmi Gazete yayımlanan 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunla düzenlenmiştir. Ancak Bölge Adliye Mahkemeleri 20.07.2016 tarihinde faaliyetlerine başlamıştır.

<sup>6</sup> “*Kanun yoluna başvurma hakkının birden fazla tanınmasına ilişkin Anayasa’da bir hüküm bulunmamaktadır. Yargı denetiminde sonsuzluk söz konusu olamayacağından, bunun bir yerde kesilmesi gerekir. Bu nedenle kanun koyucu kanun yollarını davaların özelliklerine göre düzenlemekte ve kimi kararların kesin olduğunu belirtmektedir.*” Hukukun genel ilkeleri ile Anayasa’daki kurallara, özellikle de hukuk devleti ilkesine ve adil yargılanma hakkına uygun olması şartıyla kanun yolu usulünün ve mercisinin belirlenmesi hususunda kanun koyucunun takdir yetkisi bulunmaktadır. Bkz. AYM, E. 2014/142, K. 2014/182, T. 04.12.2014. Bu husustaki takdir yetkisinin dayanağı AİHS Ek 7 No’lu Protokol m. 2 ve Anayasa m. 142’dir.

<sup>7</sup> CMK m. 271/4- “*Mercii, itiraz üzerine verdiği kararları kesindir...*”.

<sup>8</sup> CMK m. 271/4- “*... ilk defa merci tarafından verilen tutuklama kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebilir.*” Benzer yönde hüküm Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu m. 303’te şu şekilde yer almaktaydı: “*İtiraz üzerine verilen kararlar kesindir. Ancak, merci sanığın tutuklanmasına karar verirse, acele itiraz yoluna gidilebilir.*”

dikkat çekicidir. Bu çalışmada söz konusu istisnanın diğer koruma tedbirleri bakımından da uygulanıp uygulanmayacağı tartışılacak ve bu kapsamda, öncelikle tutuklama için öngörülen düzenleme açıklanıp akabinde diğer tedbirler bakımından konu ele alınacaktır.

## I. TUTUKLAMA İÇİN ÖNGÖRÜLEN İTİRAZ USULÜ

Tutuklama, suç işlediğine dair somut delillere dayanan kuvvetli şüphenin ve bir tutuklama nedeninin varlığı halinde şüpheli veya sanığın, hakkında kesin hüküm verilmeden önce özgürlüğünden geçici bir süre mahrum bırakılması sonucunu doğuran bir koruma tedbiridir<sup>9</sup>. Kişi özgürlüğüne yapılan müdahalenin yoğunluğu açısından değerlendirildiğinde<sup>10</sup> koruma tedbirleri arasındaki en ağır tedbir tutuklama olduğu için bu koruma tedbirine ilişkin hükümlere CMK m. 100 ve devamında detaylı bir şekilde yer verilmiştir<sup>11</sup>.

Tutuklama hem soruşturma hem de kovuşturma evresinde başvurulabilecek bir koruma tedbiridir. Tutuklamaya başvurulabilmesi için bir kararın varlığı gereklidir. Bu karar, soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısının talebi üzerine sulh ceza hâkimi tarafından, kovuşturma evresinde ise Cumhuriyet savcısının istemi üzerine veya resen mahkemece verilmektedir (CMK m. 101/1). Talep üzerine veya resen verilen kararlara karşı itiraz kanun yoluna başvurulabilmektedir (CMK m. 101/5).

CMK m. 271/4'e göre, "*Merciin, itiraz üzerine verdiği kararları kesindir ...*" Bu hükme göre itiraz merciinin vermiş olduğu karara karşı artık başka bir olağan kanun yoluna başvurmak mümkün değildir. Kural olarak itiraz merciinin vermiş olduğu karar kesin olmakla birlikte tutuklama koruma tedbiri bakımından bir istisna söz konusudur. CMK m. 271/4'ün ikinci cümlesine göre, "*... ilk defa merci tarafından verilen tutuklama kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebilir.*" Örneğin, Cumhuriyet savcısı şüpheliyi tutuklama istemiyle sulh ceza hâkimliğine sevk etmiş, ancak hâkimlik tarafından bu talep yerine getirilmemiş ve kişi salıverilmiştir. Bunun üzerine savcılık

<sup>9</sup> Cumhur Şahin/Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku-I*, 12. Bası, Seçkin, 2021, s. 289; Feridun Yenisey/Ayşe Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 9. Baskı, Seçkin, 2021, s. 374; Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 14. Baskı, Seçkin, 2021, s. 243; Kunter, s. 665; Öztürk/Eker Kazancı/Soyer Güleç, s. 76.

<sup>10</sup> Kişi özgürlüğüne ağır bir şekilde müdahale edildiği için tutuklama, Anayasa m. 19 ve AİHS m. 5'te hüküm altına alınmıştır. Bkz. Feridun Yenisey, "Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Kararlarının Ceza Muhakemesi Hukuku Açısından Değerlendirilmesi: Tutuklama", *Anayasa Yargısı*, 32(1), 2016, s. 215.

<sup>11</sup> Şahin/Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku-I*, s. 290.

tarafından bu karara itiraz edilmiş ve şüpheli itiraz üzerine tutuklanmıştır. İşte CMK m. 271/4'ün ikinci cümlesi uyarınca bu tutuklama kararına karşı itiraz edilebilmektedir.

Tutuklama koruma tedbiri ile kişi özgürlüğünün kısıtlanması söz konusu olduğundan ilk kez itiraz üzerine verilen tutuklama kararının kesin olmaması ve bu karara karşı da itiraz edilebilmesi yerinde bir düzenleme olmuştur. Zira kişi, özgürlüğünden geçici bir süre de olsa yoksun bırakılmaktadır. Bu hak kısıtlanmasına karşı bir denetim yoluna başvurulması gerekmektedir. Aslında CMK m. 271/4'ün ilk cümlesi göz önünde bulundurulduğunda zaten itiraz üzerine verilen bir karar söz konusu olduğundan bu kararın kesin olması gerektiği düşünülebilir. Ancak birey daha önceden tutuklu değilken itiraz merciinin kararı üzerine tutuklanmıştır. Dolayısıyla şüpheli veya sanığın durumu verilen bu yeni karar ile ağırlaşmıştır. Kişinin durumunu ağırlaştıran bu kararın denetlenmesi için söz konusu maddede ikinci cümle yer almaktadır.

Şüpheli veya sanık ilk kez tutuklandığından bir diğer ifadeyle ilk kez özgürlüğünden yoksun bırakıldığından, bu karara karşı da kanun yoluna gidebilmesi hukuken son derece önemlidir. İtiraz üzerine verilen kararların kesin olduğuna dair genel kural, tutuklama kararının verildiği hallerde korunmuş olsaydı, hakkında ilk kez merci tarafından tutuklama kararı verilen şüpheli veya sanığın adil olmayan bir durum ile karşılaşacağı düşüncesiyle kanun koyucu tarafından böyle bir istisnai düzenleme yapılmıştır<sup>12</sup>.

## II. CMK M. 271/4'TEKİ İTİRAZ USULÜNÜN KİŞİ ÖZGÜRLÜĞÜNE MÜDAHALE EDİLEN DİĞER KORUMA TEDBİRLERİ ÇERÇEVESİNDE UYGULANABİLİRLİĞİ

### A. Kişi Özgürlüğü Kavramı

Kişi özgürlüğü, "*bireyin fizik yahut beden özgürlüğü; diğer bir deyimle, kendisinin fizik mekan içinde hareket, yer değiştirebilme serbestisi; kısaca, bir yere kapatılmaması, tutuklu bulunmaması*"<sup>13</sup> olarak ifade edilmektedir. Bir diğer görüşe göre ise "*her fert için, faaliyetini, istediği gibi ve her istediği*

<sup>12</sup> Mustafa Tarık Şentuna, *Öğreti ve Yargı Kararları Işığında Ulusal ve Ulus Üstü İnsan Hakları, Anayasa ve Ceza Muhakemesi Hukuku Açısından Tutuklama ve Adli Kontrol*, 4. Baskı, Seçkin, 2022, s. 192.

<sup>13</sup> Feyyaz Gölcüklü, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 49(03), 1994, s. 200; Benzer yönde bkz. Bahar Konuk Sommer, *Bir Temel Hak Garantisi Olarak Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı*, On İki Levha, 2020, s. 7.

*istikamette icra etmek hakkıdır*"<sup>14</sup>. Bireyin temel haklarından biri olan kişi özgürlüğü, bireyin keyfi yakalama ve tutuklamalara karşı korunması amacıyla hizmet etmektedir<sup>15</sup>.

Kişi özgürlüğü Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) m. 5'te yer alan özgürlük ve güvenlik hakkının ve Anayasa m. 19'daki kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının bir bileşenidir. Kişi özgürlüğü, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) uygulaması çerçevesinde **özerk** bir kavramdır<sup>16</sup>. Diğer bir ifadeyle öğreti veya derece mahkemelerinin belli bir müdahaleyi özgürlükten yoksun bırakma olarak görmesi veya görmemesinin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ni bağlamayacağı belirtilmiştir<sup>17</sup>. Bu özerk nitelikteki "kişi özgürlüğü" kavramı; objektif ve subjektif olmak üzere iki unsurdan oluşmaktadır<sup>18</sup>. Objektif unsur, bir kimsenin kısıtlı bir alanda ihmal edilemeyecek bir süre için tutulması; subjektif unsur ise bireyin söz konusu tutmaya rıza göstermemiş olması olarak nitelendirilebilir<sup>19</sup>. Anayasa Mahkemesi de kişi özgürlüğünün hukuki çerçevesini belirlerken AİHM'nin görüşüne paralel bir yol izlemektedir<sup>20</sup>.

<sup>14</sup> Gaston Jeze, Çeviren: Mukbil Özyörük, "Ferdî Hürriyetler", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 3(1), 1946, s. 216.

<sup>15</sup> İbrahim Şahbaz, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Kişi Özgürlük ve Güvenliği", *TBB Dergisi*, (55), 2004, s. 206. Aslında yazara göre kişi özgürlüğü, *gidip-gelme* özgürlüğünün korunmasının yanında "özel yaşamına saygı", "konut dokunulmazlığı", "haberleşme özgürlüğü" ve "evlenme özgürlüğünü" de kapsamaktadır. Bkz. Şahbaz, s. 206. Ancak bu çalışmanın kapsamı itibarıyla kişinin fiziksel özgürlüğünün sınırlandığı haller bakımından bir değerlendirme yapılacaktır.

<sup>16</sup> Tolga Şirin, *Özgürlük ve Güvenlik Hakkı*, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru-El Kitapları Serisi-1, s. 22. Genel olarak insan hakları yargılamasında "özerk kavramlar doktrini" hakimdir. Böylece AİHM, bir kavramı yorumlarken taraf devletlerin o kelimeye yüklediği anlamdan farklı bir anlam verebilmektedir. Bkz. Erdoğan Keskin, "AİHM'nin Türkiye Hakkında İfade Hürriyetine İlişkin Verdiği Kararlarda Takdir Marjı", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 69(3), 2020, s. 1393.

<sup>17</sup> AİHM, Creangă/Romanya, Başvuru No: 29226/03, § 92, <<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:%22001-109226%22>>, Erişim Tarihi 08 Kasım 2022.

<sup>18</sup> ŞİRİN, s. 24.

<sup>19</sup> AİHM, Storck/Almanya, Başvuru No: 61603/00, § 74, <<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:%22001-69374%22>>, Erişim Tarihi 08 Kasım 2022.

<sup>20</sup> "Anayasa'nın 19. maddesi kapsamında özgürlükten yoksun bırakma kavramı, bir kimsenin kısıtlı bir alanda ihmal edilemeyecek bir süre için tutulması ve bu kişinin söz konusu tutmaya rıza göstermemiş olması şeklinde ifade edilebilecek iki unsuru içermektedir." Bkz. AYM, Cüneyt KARTAL Başvuru-2013/6572, § 17, <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/6572>>, Erişim Tarihi 08 Kasım 2022.

Özgürlüğünden mahrum bırakılan kişiye, kararın denetimine imkân verecek bir başvuru hakkı tanınmalıdır (AİHS m. 5/4, Anayasa m. 19/8). Tutuklama, gözaltı, gözlem altına alınma ve kimi adli kontrol koruma tedbirleri ile doğrudan kişi özgürlüğüne müdahale edilmektedir. Kanun koyucu kişi özgürlüğüne müdahale teşkil eden tutuklama koruma tedbiri bakımından bir istisna hükmü getirmiş ve ilk kez itiraz merciinin vermiş olduğu tutuklama kararına karşı denetim yolunu açık tutmuştur. Ancak kişi özgürlüğüne müdahale niteliği taşıyan diğer bazı koruma tedbirleri bakımından böyle bir istisnaya yer verilmemiştir.

CMK m. 271/4 hükmü Anayasa m. 10'a aykırı olduğu gerekçesiyle somut norm denetimi yolu ile Anayasa Mahkemesinin önüne getirilmiş ancak Anayasa Mahkemesi bu durumun 10. maddede yer alan eşitlik ilkesine aykırı olmadığına karar vermiştir<sup>21</sup>. Aşağıda sırasıyla kişi özgürlüğünü sınırlayan hallerden olan gözaltı, gözlem altına alınma ve konutunu terk etmeme adli kontrol koruma tedbiri bakımından bir değerlendirme yapılacaktır.

<sup>21</sup> "...İtiraz konusu kural uyarınca merciin itiraz üzerine verdiği kararlar kesin olmakla birlikte, CMK'nın 271 inci maddesinin itiraz konusu kuralın da yer aldığı 4 üncü fıkrasında buna bir istisna getirilmiş ve merci tarafından ilk defa verilen tutuklama kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebileceği hususu düzenlenmiştir. Başvuru gerekçesinde, merci tarafından ilk kez verilen tutuklama kararına karşı itiraz hakkı tanınırken, diğer özgürlüğü kısıtlayıcı kararlara karşı bu hakkın tanınmamasının Anayasa'nın 10. maddesine aykırılık teşkil ettiği iddia edilmiş ise de, merciin ilk kez verdiği tutuklama kararı ile özgürlüğü kısıtlanan sanığa bu kararı bir başka yargı organı önüne taşıma olanağı tanyan kural ile merci tarafından itiraz başvurusu üzerine verilen kararların kesin olduğunu düzenleyen itiraz konusu kuralda farklı hukuksal durumlar düzenlenmekte olup bu iki kuralın Anayasa'nın eşitlik ilkesi yönünden karşılaştırılması mümkün değildir. Bu nedenlerle, itiraz konusu kuralın eşitlik ilkesiyle çelişen bir yönü bulunmamaktadır..." Bkz. AYM., E. 2014/142, K. 2014/182, T. 04.12.2014, <<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2014/182?EsasNo=2014%2F142>>, Erişim Tarihi 08 Kasım 2022. Kanaatimizce AYM'nin buradaki gerekçesi sorunludur. Zira başvuru yapan makam "merci tarafından ilk kez verilen tutuklama kararına karşı itiraz hakkı tanınırken, diğer özgürlüğü kısıtlayıcı kararlara karşı bu hakkın tanınmamasının Anayasa'nın 10. maddesine aykırılık teşkil ettiği" iddiasında bulunmuştur. Ancak AYM, "merciin ilk kez verdiği tutuklama kararını bir başka yargı organı önüne taşıma olanağı tanyan kural ile merci tarafından itiraz başvurusu üzerine verilen kararların kesin olduğunu düzenleyen kuralı" karşılaştırmıştır. Bir diğer ifadeyle AYM, yapılan başvurudan farklı bir hususu ele almıştır. Diğer taraftan tutuklamada da diğer özgürlüğü sınırlayan koruma tedbirleri gibi kişi özgürlüğü kısıtlanmaktadır. Örneğin, özgürlüğü sınırlama açısından bakıldığında tutuklama ile konutunu terk etmeme tedbirlerinde farklı hukuksal durumlar düzenlenmiş değildir. Bu itibarla AYM'nin değerlendirmesinin aksine "farklı hukuksal durumların" bulunduğu bahsedilebilmesi mümkün olmayıp, sonuçları itibarıyla aynı tarz hukuksal durumlar bulunmaktadır. Dolayısıyla bu iki durumun Anayasanın eşitlik ilkesi bakımından karşılaştırılması mümkündür.



## B. Kişi Özgürlüğünü Sınırlayan Diğer Tedbirler

### 1. Gözaltı

Gözaltına alma, “kanunun verdiği yetkiye göre, yakalanan kişinin hakkındaki işlemlerin tamamlanması amacıyla, yetkili hâkim önüne çıkarılmasına veya serbest bırakılmasına kadar kanunî süre içinde sağlığına zarar vermeyecek şekilde özgürlüğünün geçici olarak kısıtlanıp alıkonulması” olarak tanımlanmaktadır<sup>22</sup>. Gözaltına alma için hâkim kararı gerekmez. Kural olarak gözaltı kararı Cumhuriyet savcısı tarafından verilmektedir. Ancak istisnai olarak bazı durumlarda mülki amirlerce belirlenecek kolluk amirleri tarafından da gözaltı kararı verilebilmektedir (CMK m. 91/4).

Gözaltına alma kararına karşı sulh ceza hâkimliğine itiraz edilebilmektedir (CMK m. 91/5). Ancak buradaki itiraz, kanun yolu olan itiraz değildir. Zira gözaltı bakımından bir hâkim veya mahkeme kararı söz konusu olmadığından CMK m. 267 vd. hükümlerine başvurmak mümkün değildir<sup>23</sup>. Bir görüşe göre Cumhuriyet savcısının kovuşturmayaya yer olmadığına ilişkin kararına karşı itiraz edilmesi itiraz kanun yolu değil, *özel bir çare* niteliğindedir<sup>24</sup>. Kanaatimizce gözaltına alma kararlarına karşı öngörülen itiraz da kanun yolu olan itirazdan farklı olarak “*özel bir hukuki çare*” niteliğinde kabul edilmelidir. Yalnızca hâkim veya mahkeme kararlarına karşı itiraz kanun yoluna gidilebileceği için savcılık makamının kararları kanun yolu muhakemesinde denetlenmemektedir. Zira Cumhuriyet savcısı hâkim konumunda değildir<sup>25</sup>.

Ayrıca savcılık kararlarına karşı itiraz edilmesi üzerine verilen hakimlik kararlarına karşı artık CMK m. 267 vd. hükümleri uyarınca itiraz edilemeyeceği kanaatindeyiz. Zira savcı kararlarına karşı sulh hakimliğine itiraz edilmesi

<sup>22</sup> Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği m. 4.

<sup>23</sup> CMK m. 267’de hâkim ve mahkeme kararlarına itiraz hüküm altına alındığı için Cumhuriyet savcısının kararlarına karşı itiraz m. 267 vd. hükümlerinin kapsamı dışında kalmaktadır. Bkz. Veysel Gültaş, *Tutuklama ve Kanun Yolları*, 4. Baskı, Bilge, 2017, s. 275.

<sup>24</sup> Ahmet Gökçen/Murat Balcı/M. Emin Alşahin/Kerim Çakır, *Ceza Muhakemesi Hukuku-II*, Adalet, 2017, s. 392.

<sup>25</sup> Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır, s. 392; Benzer yönde bkz. Doğan Soyaslan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 8. Baskı, Yetkin, 2020, s. 565; Nevzat Toroslu/Metin Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 19. Baskı, Savaş, 2019, s. 318. Karşı yöndeki bir görüşe göre, kararı Cumhuriyet savcısı verse de kanun hükmünde “itiraz edilebilir veya itiraz yoluna başvurulur” ifadelerine yer verilen hallerde itiraz kanun yoluna başvurulabilmelidir. Bkz. Mustafa Özen, *Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri*, Adalet, 2017, s. 533; Gülsün Ayhan Aygörmez Uğurlubay, “Güncel Tartışmalar ve Gelişmeler Işığında Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda İtiraz”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 16(0), 2014, s. 4043.

zaten istisnai bir durum olduğundan bunu genişletmenin doğru olmayacağı düşüncesindeyiz.

Sonuç olarak gözaltına ilişkin süreçte CMK m. 267 vd. hükümlerinin tatbikine imkân verecek bir hâkim veya mahkeme kararı söz konusu olmadığından CMK m. 271/4’te tutuklama için öngörülen istisnai hükmün gözaltı bakımından uygulanması gündeme gelmeyecektir.

### 2. Gözlem Altına Alınma

Gözlem altına alınma, fiili işlediği yolunda kuvvetli şüpheler bulunan şüpheli veya sanığın akıl hastası olup olmadığını, akıl hastası ise ne zamandan beri hasta olduğunu ve bunun, kişinin davranışları üzerindeki etkilerini saptamak için; uzman hekimin önerisi üzerine, Cumhuriyet savcısının ve müdafinin dinlenmesinden sonra hâkim veya mahkeme kararı ile resmî bir sağlık kurumunda tutulması işlemidir (CMK m. 74/1).

Gözlem altına alınma işleminde, şüpheli veya sanığın resmi bir sağlık kurulunda tutularak, hakkında bilirkişi raporu düzenlenmesi ve CMK’nın bilirkişi incelemesine ilişkin 62 ilâ 73. maddelerinden hemen sonra düzenlenmiş olması dolayısıyla bu kurum esasen bilirkişilik müessesesi içerisinde değerlendirilebilir<sup>26</sup>. Diğer taraftan koruma tedbirlerinin ortak özellikleri olan, “yasallık”, “geçicilik”, “araç olma”, “gecikmede tehlike”, “görünüşte haklılık”, “bir karara dayanma” gibi özelliklerin gözlem altına alınma bakımından da geçerli olması sebebiyle bu kurum koruma tedbirleri arasında da değerlendirilebilmektedir<sup>27</sup>. Kanaatimizce her ne kadar kanun sistematüğünde koruma tedbirleri arasında yer almasa da gerek kişi özgürlüğüne müdahale açısından gerekse de koruma tedbirlerinin ortak özellikleri bakımından değerlendirildiğinde gözlem altına alınma, koruma tedbirleri arasında sayılabilir.

<sup>26</sup> Elvan Keçelioğlu, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Gözlem Altına Alma”, *Ankara Barosu Dergisi*, (3), 2015, s. 229.

<sup>27</sup> Keçelioğlu, s. 229 vd.; Gözlem altına alınma kurumunun koruma tedbirleri arasına dahil edilmesinin doğru olmayacağı yönündeki görüş için bkz. Yaşar Gökhan Duran, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Gözlem Altına Alınma (CMK m. 74)”, *Ceza Hukuku Dergisi*, 13(38), 2018, s. 99 vd.

Diğer koruma tedbirlerinde olduğu gibi gözlem altına alınmaya ilişkin verilen kararlara karşı da denetim yolu açıktır. Bu bakımdan gözlem altına alınma kararına karşı itiraz kanun yolu öngörülmüştür (CMK m. 74/4). CMK m. 74/4 hükmü ihdas edilmemiş olsaydı da gözlem altına alınmaya ilişkin olarak soruşturma evresinde verilen kararlara karşı itiraz kanun yoluna gidilebilmesi mümkündür. Soruşturma evresinde gözlem altına alınmaya ilişkin kararları veren hâkim olduğu için CMK m. 267/1 hükmü uyarınca hâkimlik tarafından verilen bu kararlara karşı itiraz yolu açık olacaktır. CMK m. 74/4 hükmü kovuşturma evresinde verilen gözlem altına alınma kararlarına karşı itiraz edilebilmesini mümkün hale getirmektedir. Zira kural olarak hâkim kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebilmektedir. Mahkeme kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebilmesi için bu durumun kanunda açıkça gösterilmesi gerekmektedir<sup>28, 29</sup> (CMK m. 267/1). İşte CMK m. 74/4 hükmü de kovuşturma evresinde mahkemece verilen gözlem altına alınma kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebilmesini mümkün kılmaktadır. CMK m. 74/4 hükmünden hareketle “gözlem altına alınmamaya yönelik verilen kararlara itiraz edilemez” şeklinde bir yorumda bulunmak isabetli olmayacaktır. Bu yönde bir yorum hem CMK m. 74/4’ün amacına hem de CMK m. 267/1’deki hükme aykırı olur. Zira CMK m. 74/4 mahkemece verilen gözlem altına alınma kararına itirazı mümkün kılmak amacına hizmet etmektedir.

Sonuç olarak gözlem altına alınma bakımından soruşturma ve kovuşturma evresi şeklinde ikili bir ayırım yapmak gerekmektedir. Buna göre soruşturma evresinde gözlem altına alınmaya ilişkin olarak verilen her türlü karara itiraz mümkündür. Yani hem gözlem altına alınma hem de alınmama yönündeki kararlara itiraz edilebilecektir. Diğer taraftan kovuşturma evresinde ise yalnızca gözlem altına alınma yönünde verilen kararlara itiraz edilebilecektir. Zira

<sup>28</sup> “Olağan kanun yollarından olan itiraz, 5271 Sayılı CMK’nın 267 ila 271. maddeleri, arasında düzenlenmiş olup; İtiraz olunabilecek kararlar başlıklı 267. maddesinde; Hâkim kararları ile kanunun gösterdiği hâllerde, mahkeme kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebilir şeklindeki düzenlemeye göre, kural olarak sadece hâkim kararlarına karşı gidilebilecek olan itiraz yoluna, kanunlarda açıkça gösterilmiş olunması kaydıyla mahkeme kararlarına karşı da başvurulması mümkündür.” YCGK, E. 2016/7-1413, K. 2019/489, T. 20.06.2019, <<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/cgk-2016-7-1413.htm>>, Erişim Tarihi 11 Kasım 2022.

<sup>29</sup> Mahkeme kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebileceği kanunda açıkça belirtilmeyen hallerde, mahkeme ara kararlarına karşı ancak nihai kararlar ile birlikte istinaf veya temyiz yoluna gidilebilecektir. CMK m. 74/4 hükmü nihai kararın verilmesini beklemeden gözlem altına alınma hakkında verilen karara karşı kanun yoluna gidilmesini sağlamaktadır. Söz konusu bu hüküm olmasaydı gözlem altına alınma ile ilgili karara karşı denetim yoluna gidilebilme için nihai kararın verilmesi beklenenecekti.

CMK m. 74/4 ile CMK m. 267/1 hükümleri dikkate alındığında gözlem altına alınmama yönündeki kararlara itiraz edilebilmesi olanaklı görünmemektedir.

Şüpheli veya sanığın gözlem altına alınmasına hâkim veya mahkemece resen karar verilebileceği gibi davaya katılan diğer süjeler de bu yönde bir karar verilmesini hâkim veya mahkemedan talep edebilirler<sup>30</sup>. Kovuşturma aşamasında gözlem altına alınma talebinin reddine yönelik kararlara karşı itiraz edilemeyeceği için itiraz üzerine gözlem altına alınma gibi bir durum söz konusu olmayacaktır. Dolayısıyla CMK m. 271/4’teki istisnai durum kovuşturma evresi bakımından ortaya çıkmayacaktır. Ancak soruşturma evresi bakımından gözlem altına alınma talebinin reddine ilişkin kararlara karşı itiraz mümkün olduğu için itiraz üzerine şüphelinin gözlem altına alınması söz konusu olabilecektir. Dolayısıyla ilk defa itiraz mercii tarafından kişinin gözlem altına alınması olanaklıdır. Bu durumda CMK m. 271/4’ün soruşturma aşamasında verilen gözlem altına alınma kararları bakımından uygulanıp uygulanmayacağı tartışılmalıdır.

Gözlem altına alınma durumunda kişi özgürlüğü ciddi anlamda sınırlandırılmaktadır<sup>31</sup>. Kural olarak itiraz yoluna başvurulması kararın yerine getirilmesini engellemezken (CMK m. 269/1) gözlem altına alınma bakımından itiraz, kararın yerine getirilmesini durdurmaktadır (CMK m. 74/4). Bu durum, gözlem altına alınmanın kişi özgürlüğüne ciddi bir şekilde müdahale edildiğini göstermektedir. Diğer taraftan, tutuklamada olduğu gibi gözlem altına alınma tedbiri altında geçirilen süreler de hükmedilen mahkûmiyetten mahsup edilmektedir<sup>32</sup> (TCK m. 63). Kişi özgürlüğüne olan müdahalesi dolayısıyla ilk kez mercii tarafından verilen tutuklama kararlarına itiraz edilmesi mümkünken benzer şekilde kişi hürriyetine müdahale edilen gözlem altına alınma kararının ilk kez itiraz mercii tarafından verilmesi halinde, bu karara itiraz edilememesi hukuka uygun olmayacaktır. Dolayısıyla

<sup>30</sup> Keçelioğlu, s. 237.

<sup>31</sup> AYM vermiş olduğu kararlarda gözlem altına alınmayı Anayasa m. 19’da yer alan kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı kapsamında değerlendirmektedir. Bkz. AYM, Kübra ÇANKAYA Başvurusu-2021/7876, § 37, <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2021/7876>>, Erişim Tarihi 29 Ekim 2022.

<sup>32</sup> CMUK m. 74’ün son fıkrasında gözlem altına alınmada geçirilen sürelerin hükmedilecek cezadan mahsup edileceği açıkça düzenlenmişti. Ancak CMK’da bu yönde açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durum gözlem altına alınmada geçirilen sürelerin mahsup edilmeyeceği anlamına gelmemektedir. Zira TCK m. 63 hükmü dikkate alınarak gözlem altına alınmada geçirilen süreler hükmedilecek cezadan mahsup edilecektir. Bkz. Yenisey/ Nuhoğlu, s. 661; Hasan Dursun, “Türk Ceza Hukukunda Mahsup Kurumu”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 0(7), 2016, s. 524.



ilk kez mercii tarafından verilen gözlem altına alınma kararına da itiraz edilebilmesi mümkün hale getirilmelidir. Bu durumun sağlanması CMK m. 271/4'ün kıyas yolu ile gözlem altına alınma bakımından uygulanması ile değil<sup>33</sup>, ancak yapılacak yeni bir kanuni düzenleme ile mümkündür.

### 3. Adli Kontrol

Tutuklama yerine uygulanan ve temel hak ve özgürlükleri nispeten daha az sınırlayan adli kontrol, tutuklama sebeplerinin varlığına rağmen şüpheli veya sanığın tutuklanması yerine denetim altına alınmasını sağlayan bir koruma tedbiri çeşididir. Adli kontrol koruma tedbiri ile kişinin kaçma riski azaltılırken, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılmanın sakıncaları da kısmen de olsa ortadan kaldırılmış olmaktadır<sup>34</sup>.

Adli kontrol tedbirine soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısının talebi üzerine sulh ceza hâkimi tarafından, kovuşturma evresinde ise Cumhuriyet savcısının istemi üzerine veya resen mahkemece karar verilebilmektedir. Adli kontrol koruma tedbiri kapsamında şüpheli veya sanık CMK m. 109/3'te belirtilen yükümlülüklerden birine veya birden fazlasına tabi tutulabilir<sup>35</sup>. Adli kontrol tedbiri kapsamında verilen kararların denetimi için itiraz kanun yolu öngörülmüştür. Yani adli kontrole ilişkin kararlara karşı CMK m. 267

<sup>33</sup> Kıyasın neden mümkün olmadığına ilişkin detaylı bilgi adli kontrol başlığı altında yer almaktadır.

<sup>34</sup> Mahmut Koca, "Tutuklamada Oranlılık İlkesi Çerçevesinde 2002 CMUK Tasarısının 'Adli Kontrol' Tedbirinin Değerlendirilmesi", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5(2), 2003, s. 128.

<sup>35</sup> **CMK m. 109/3-** "Adli kontrol, şüphelinin aşağıda gösterilen bir veya birden fazla yükümlülüğe tabi tutulmasını içerir: a) Yurt dışına çıkamamak. b) Hâkim tarafından belirlenen yerlere, belirtilen süreler içinde düzenli olarak başvurmak. c) Hâkimin belirttiği merci veya kişilerin çağrılarına ve gerektiğinde meslekî uğraşlarına ilişkin veya eğitime devam konularındaki kontrol tedbirlerine uymak. d) Her türlü taşıtları veya bunlardan bazılarını kullanamamak ve gerektiğinde kaleme, makbuz karşılığında sürücü belgesini teslim etmek. e) Özellikle uyuşturucu, uyarıcı veya uçucu maddeler ile alkol bağımlılığından arınmak amacıyla, hastaneye yatmak dahil, tedavi veya muayene tedbirlerine tâbi olmak ve bunları kabul etmek. f) Şüphelinin parasal durumu göz önünde bulundurularak, miktarı ve bir defada veya birden çok taksitlerle ödeme süreleri, Cumhuriyet savcısının isteği üzerine hâkimce belirlenecek bir güvence miktarını yatırmak. g) Silâh bulunduramamak veya taşıyamamak, gerektiğinde sahip olunan silâhları makbuz karşılığında adli emanete teslim etmek. h) Cumhuriyet savcısının istemi üzerine hâkim tarafından miktarı ve ödeme süresi belirlenecek parayı suç mağdurunun haklarını güvence altına almak üzere aynı veya kişisel güvenceye bağlamak. i) Aile yükümlülüklerini yerine getireceğine ve adli kararlar gereğince ödemeye mahkûm edildiği nafakayı düzenli olarak ödeyeceğine dair güvence vermek. j) Konutunu terk etmemek. k) Belirli bir yerleşim bölgesini terk etmemek. l) Belirlenen yer veya bölgelere gitmemek."

vd. hükümlerine göre itiraz edilebilmektedir. CMK m. 271/4 hükmü uyarınca itiraz üzerine verilen kararlar kesindir. Dolayısıyla adli kontrole ilişkin olarak itiraz üzerine verilen kararlara karşı artık olağan kanun yollarına başvurulamayacaktır.

Tutuklama tedbiri için öngörülen istisnai hüküm<sup>36</sup>, adli kontrol tedbirleri bakımından kabul edilmemiştir. Ancak bazı hallerde adli kontrol tedbirleri kapsamındaki yükümlülükler de tutuklamada olduğu gibi kişi hürriyetini kısıtlayabilmektedir. Örneğin, adli kontrol tedbirleri kapsamındaki yükümlülüklerden biri olan konutunu terk etmeme tedbiri, kişi özgürlüğünü tutuklamadakine benzer bir şekilde sınırlandırmaktadır.

Konutunu terk etmeme adli kontrol tedbiri, 6352 Sayılı Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun'un 98. maddesi ile 02.07.2012 tarihinde CMK'nın 109. maddesinin üçüncü fıkrasına "j" bendi olarak eklenmiştir<sup>37</sup>. Böylece konutunu terk etmeme 2012 yılında hukukumuzda dahil edilmiştir. **Konutunu terk etmemek, şüpheli veya sanığın yargı mercii tarafından belirlenen konutunu mazereti olmaksızın veya izin olmaksızın terk etmemeyi** ifade etmektedir<sup>38</sup>. Konutunu terk etmeme tedbirinin seyahat özgürlüğü kapsamında mı kişi hürriyeti ve güvenliği kapsamında mı olduğu farklılık gösterebilmektedir. Bir diğer deyişle bu tedbirin koşulları, hangi hak kapsamında değerlendirilmesi gerektiği konusunda belirleyici olmaktadır.

AİHM, hareket özgürlüğüne yönelik, AİHS m. 5 kapsamında kalan sınırlamaların, ayrı bir hak olan ve AİHS'ye ek 4 No.lu Protokol m. 2 ile güvence altına alınan seyahat özgürlüğünün kısıtlanmasından farklı olduğunu kabul etmektedir. AİHM, Sözleşmenin 5. maddesi anlamında özgürlük ve güvenlik hakkına yönelik müdahalenin, Sözleşmenin ek 4 No.lu Protokolün 2. maddesi kapsamındaki seyahat özgürlüğünün kısıtlanmasının aşırı bir

<sup>36</sup> CMK m. 271/4 "Merciin, itiraz üzerine verdiği kararları kesindir; **ancak ilk defa merci tarafından verilen tutuklama kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebilir.**"

<sup>37</sup> 6352 Sayılı Kanun m. 98- "5271 sayılı Kanunun 109 uncu maddesinin... üçüncü fıkrasına aşağıdaki bentler eklenmiş, ... "j) Konutunu terk etmemek." Bkz. RG, 5 Temmuz 2012, Sayı: 28344, <<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/07/20120705-2.htm>>, Erişim Tarihi 12 Ekim 2022.

<sup>38</sup> Denetimli Serbestlik Hizmetleri Yönetmeliği m. 56/1-ç. Bkz. RG, 10 Kasım 2021, Sayı: 31655, <<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2021/11/20211110-1.htm>>, Erişim Tarihi 12 Ekim 2022.



istisnai hükmün kıyas yolu ile konutunu terk etmeme tedbiri bakımından da uygulanması; ikinci görüşe göre ise kanuni düzenleme yapılarak, tutuklama için öngörülen istisnai düzenlemenin kapsamına konutunu terk etmeme adli kontrol tedbirinin de dahil edilmesi gerektiğidir.

*İlk çözüm yolu* olarak tutuklamaya ilişkin hükmün kıyasen uygulanması görüşü ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre, ilk defa itiraz merci tarafından verilen adli kontrol kararlarına karşı itiraz edilebileceği kanunda düzenlenmediği için CMK m. 271/4'te düzenlenen ve tutuklama için öngörülen kuralın, ilk defa itiraz merci tarafından verilen adli kontrol kararları için de kıyasen uygulanabilmesi gerekmektedir<sup>47</sup>.

Kıyas, “*bir tutma*”, “*denk sayma*”, “*karşılaştırma*” olarak ifade edilmektedir<sup>48</sup>. Hukukta ise kıyas, aralarında illet ortaklığı bulunan iki şeyden biri hakkındaki hükmün, hakkında hüküm bulunmayan diğer şey bakımından da uygulanmasıdır<sup>49</sup>. Kıyasın dört unsuru vardır; *kıyaslanılan şey (asıl)*, *kıyaslanılan şey hakkındaki hüküm (asılın hükmü)*, *kıyaslanan şey (feri)* ve *illet ortaklığı*<sup>50</sup>. *İlet ortaklığı*, kıyaslanılan ile kıyaslanan şey arasında sebep ve amaç bakımından ortaklık bulunmasıdır. Kıyas, yalnızca her iki şey arasında “hükmün konulmasına sebep olan özellik bakımından bir benzerliğin varlığı” halinde yapılabilecektir<sup>51</sup>. Kıyas yapılabilmesi için kıyaslanan şey, kıyaslanılan şeyin benzeri olmalı, kıyaslanan şey hakkında kanunda hüküm olmamalı ve asılın hükmü bir istisnai hüküm olmamalıdır<sup>52</sup>.

Hem tutuklama hem de konutunu terk etmeme tedbirinde kişi özgürlüğü sınırlandırılmaktadır. Tutuklamaya ilişkin CMK m. 271/4 hükmü, kişi özgürlüğüne sınırlama getirildiği için kanuna eklenmiştir. Konutunu terk etmeme halinde de kişi özgürlüğü sınırlandırıldığı için tutuklama ve konutunu terk etmeme arasında illet ortaklığının varlığından söz edilebilir. Bu durumda tutuklama için öngörülen kuralın, kıyasen konutunu terk etmemeye de tatbik edilebileceği düşünülebilir. Ancak bu hususta kıyas yapılmadan önce ceza muhakemesi hukukunda kıyasın yapıp yapılamayacağı da değerlendirilmelidir.

<sup>47</sup> Tezcan, s. 281.

<sup>48</sup> <<https://sozluk.gov.tr/>>, Erişim Tarihi 08 Ekim 2022.

<sup>49</sup> Kemal Gözler, *Hukuka Giriş*, 19. Baskı, Ekin, 2022, s. 367.

<sup>50</sup> Gözler, s. 368.

<sup>51</sup> Gözler, s. 374.

<sup>52</sup> Gözler, s. 368-369.

Kural olarak ceza muhakemesi hukukunda kıyas yapılması yasak değildir. Ancak istisnai ve sınırlayıcı hükümler bakımından kıyas yapılması kabul edilmemektedir<sup>53</sup>. İstisnai hükümler bakımından kıyas yapılması mümkün olmadığından konutunu terk etmeme tedbirine yönelik olarak ilk kez itiraz merci tarafından verilen karara CMK m. 271/4'ün kıyasen uygulanabilmesi mümkün değildir. Zira her ne kadar arada illet ortaklığı olsa da tutuklama için CMK m. 271/4'te öngörülen düzenleme istisnai bir düzenlemedir<sup>54</sup>. Bu nedendir ki tutuklama için öngörülen istisnai düzenlemenin adli kontrol kapsamındaki yükümlülüklerden biri olan konutunu terk etmeme bakımından kıyasen uygulanabilmesine imkân bulunmamaktadır<sup>55</sup>.

*İkinci çözüm yolu* ise yeni bir kanuni düzenleme ile CMK m. 271/4'ün kapsamına konutunu terk etmeme adli kontrol tedbirinin dahil edilmesidir. Adli kontrol tedbirlerine ilişkin kararlar ile temel hak ve özgürlüklere müdahale edildiğinden ilk defa merci tarafından verilen adli kontrol tedbirine yönelik itiraz kanun yoluna gidilebileceğine dair kanuni düzenleme yapılması gerektiği ifade edilmektedir<sup>56</sup>.

Adli kontrol kapsamındaki tedbirlerden biri olan konutunu terk etmeme tedbiri ile kişi özgürlüğüne müdahale edildiğinden bu tedbir bakımından da CMK m. 271/4'teki hüküm geçerli olmalıdır. Ancak söz konusu hükmün kıyas yöntemi ile konutunu terk etmeme bakımından uygulanması mümkün değildir. Bunun için yegâne çözüm, yeni bir kanuni düzenleme yapılmasıdır. Kanaatimizce bu yönde bir düzenlemenin yapılması da son derece gerekli ve önemlidir. Zira konutunu terk etmeme tedbirinde de tutuklamada olduğu gibi kişi özgürlüğü sınırlandırılmaktadır.

Tutuklama kişi özgürlüğünü sınırlandırdığı için bu tedbir altında geçen süre cezadan mahsup edilmektedir. Önceleri konutunu terk etmeme tedbiri kapsamında geçen süre mahkûm olunan cezadan mahsup edilmiyordu. Ancak

<sup>53</sup> Şahin/Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku-I*, s. 38; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 87; Yenisey/Nuhoğlu, s. 113; Bahri Öztürk, vd., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 8. Baskı, Seçkin, 2021, s. 29.

<sup>54</sup> Erdener Yurtcan, *Ceza Yargılaması Hukuku*, 16. Bası, Seçkin, 2019, s. 582; Tutuklama koruma tedbiri dışında kalan diğer tedbirler bakımından itiraz üzerine verilen karara karşı yeniden itiraz edilmesinin mümkün olmaması itiraz üzerine verilen kararların kesinliği ilkesinin yasadaki tek istisnasıdır. Bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 732; benzer yönde bkz. Şentuna, s. 192.

<sup>55</sup> Benzer şekilde tutuklama için öngörülen istisnai hükmün, gözlem altına alınma bakımından da kıyasen uygulanması mümkün değildir.

<sup>56</sup> Haluk Ünal, *Adli Kontrolde Karar Süreci*, Adalet, 2020, s. 104.

08.07.2021 tarih ve 7331 Sayılı Kanun ile CMK m. 109/6'da değişiklik yapılarak konutunu terk etmeme yükümlülüğü altında geçen sürenin de cezadan mahsup edilmesi hüküm altına alınmıştır<sup>57</sup>. Bu durum konutunu terk etmeme ile tutuklama arasındaki benzerliği göstermektedir. Ayrıca tutuklama için istisnai bir düzenleme niteliğini haiz CMK m. 271/4 hükmü Kanunda en başından beri mevcuttur<sup>58</sup>. Dolayısıyla tutuklama için söz konusu bu istisnai düzenleme yapılırken henüz hukukumuzda konutunu terk etmeme adli kontrol tedbiri mevcut olmadığından m. 271/4 kapsamında zikredilmemesi doğaldır. Ancak konutunu terk etmeme tedbirinin kanuna eklenmesi ile 271. maddenin konutunu terk etmemeyi de kapsayacak şekilde değiştirilmesi gerekirdi. Sonuç olarak tutuklama ile konutunu terk etmeme tedbirinin benzer özellikleri haiz olması sebebiyle yapılacak bir kanuni düzenleme ile ilk defa itiraz mercii tarafından konutunu terk etmeme adli kontrol tedbirine karar verilmesi halinde bu karara karşı da itiraz kanun yolunun açılması gerekmektedir.

Kanuni bir düzenleme yapılmadan CMK m. 271/4'ün tutuklama dışındaki tedbirler yönünden uygulanması doğru olmayacaktır<sup>59</sup>. Ancak Yargıtay 5. Ceza Dairesi vermiş olduğu bir kararında aksi yönde bir içtihat geliştirmiştir. Karara konu teşkil eden olayda, yargı mensuplarına rüşvet vermek suçu nedeniyle Ankara Cumhuriyet Başsavcılığınca başlatılan soruşturma kapsamında S.B., Ankara 5. Sulh Ceza Mahkemesinin 20.3.2008 tarihli kararıyla tutuklanır. Soruşturmanın devamı sırasında S.B.'nin müdafii

<sup>57</sup> 7331 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun m. 15- "...konutunu terk etmeme yükümlülüğü altında geçen her iki gün, cezanın mahsubunda bir gün olarak dikkate alınır."

<sup>58</sup> Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu m. 303/1'e göre, "İtiraz üzerine verilen kararlar kesindir. Ancak, merci sanığın tutuklanmasına karar verirse, acele itiraz yoluna gidilebilir." Bu kanun maddesine acele itiraz 05.03.1973 tarihinde yapılan değişiklik ile eklenmiştir. Değişikliğe ilişkin gerekçede merciinin vermiş olduğu tutuklama kararlarına itiraz edilememesinin kişinin zararına olacağı ifade edilmiştir. Yani bu zararın önüne geçmek için ilk kez verilen tutuklama kararına itiraz imkânı getirilmiştir. Bkz. 1412 Sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun Bâzi Maddelerinin Değiştirilmesine ve Bu Kanuna Bâzi Maddeler Eklenmesine Dair Kanun Tasarısı m. 45 gerekçesi.

<sup>59</sup> İlk defa merci tarafından verilen adli kontrol altına alma kararına karşı itiraz kanun yoluna gidilmesi yolunda CMK'da açık hüküm bulunmadığı için bu karara karşı itiraz yoluna gidilemeyeceği görüşü için bkz. Burhan Caner Hacıoğlu, "5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Tutuklama Koruma Tedbirine Seçenek Olarak Düzenlenen Adli Kontrol Koruma Tedbiri Üzerine Bir İnceleme", *AÜEHFD*, IX(1-2), 2005, s. 188; İlk kez itiraz merciinin vermiş olduğu adli kontrol kararlarına karşı itiraz edilebilmesine ilişkin açık bir düzenleme bulunmaması ve itiraz üzerine verilen kararların kesin olması kuralı birlikte değerlendirildiğinde, itiraz üzerine ilk kez verilen adli kontrole ilişkin kararlara itiraz edilemeyeceği görüşü için bkz. Ünal, s. 105.

tutukluluğun devamına itiraz eder ancak Ankara 9. Sulh Ceza Mahkemesi 15.4.2008 tarihli kararı ile talebin reddine karar verir. Bu karara karşı itiraz edilmesi üzerine Ankara 19. Asliye Ceza Mahkemesi 17.4.2008 tarihli kararı ile S.B.'nin haftada bir pazartesi günleri mesai saatleri dahilinde ikametgahına en yakın polis karakoluna müracaat edip imza atması şeklinde adli kontrol altında bulundurulması suretiyle tutukluluğun sona erdirilmesine karar verir. Bu karara karşı Cumhuriyet Başsavcılığı itiraz eder ancak Ankara 7. Ağır Ceza Mahkemesi, "19. Asliye Ceza Mahkemesi kararının kesin olduğu" gerekçesi ile savcılığın talebini reddeder. Bu karar kanun yararına bozma yolu ile Yargıtay'ın önüne gelir. Yargıtay 5. Ceza Dairesi, Ankara 19. Asliye Ceza Mahkemesince ilk defa şüpheli hakkında tahliye ve adli kontrole ilişkin karar verildiği için, Cumhuriyet Başsavcılığınca yapılan itiraz üzerine bir karar verilmesi gerektiğini belirterek 16.7.2008 tarihinde bozma kararı vermiştir<sup>60</sup>.

Kanun yararına bozma olağanüstü kanun yollarından biri olarak CMK m. 309 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Kanun yararına bozma, hâkim veya mahkeme tarafından verilen ve istinaf veya temyiz incelemesinden geçmeksizin kesinleşen karar veya hükümde hukuka aykırılık bulunduğu durumlarda kural olarak Adalet Bakanlığı, bazen de Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın talebi ile karar veya hükmün Yargıtay tarafından incelendiği olağanüstü kanun yoludur.

Kanun yararına bozma yoluna başvurulabilmesi için istinaf veya temyiz incelemesinden geçmeksizin kesinleşen karar veya hükümde **hukuka aykırılık**<sup>61</sup> bulunması gerekmektedir. Dolayısıyla hukuka aykırılık bulunmayan kararlar bakımından bu olağanüstü kanun yolunun işletilmesi mümkün olmamaktadır. Ancak kanun metninde yer alan "hukuka aykırılık" ifadesinden ne anlaşılması gerektiği kanunda belirtilmemiştir. Diğer taraftan temyiz kanun yoluna ilişkin hükümlerde de hukuka aykırılık ifadesi kullanılmış<sup>62</sup> ve "bir hukuk kuralının uygulanmaması veya yanlış uygulanması" hukuka aykırılık

<sup>60</sup> Yargıtay 5. C.D., E. 2008/9466, K. 2008/7622, T. 16.07.2008. Kişi hakkında ilk kez adli kontrole ilişkin karar verilen hallerde Cumhuriyet savcısının itirazı üzerine bir karar verilmesi gerekmektedir. Kesin karar gerekçesiyle itirazın reddedilmesi hukuka aykırıdır, yönündeki görüş için bkz. Yener Ünver/Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 17. Baskı, Adalet, 2017, s. 389.

<sup>61</sup> Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (CMUK) "kanuna muhalefet" ifadesi tercih edilmişti. Bkz. CMUK m. 343/1.

<sup>62</sup> CMK m. 288/1- "Temyiz, ancak hükmün hukuka aykırı olması nedenine dayanır."

olarak nitelendirilmiştir<sup>63</sup>. Kanun yararına bozmanın koşullarından biri olan “hukuka aykırılık” ile temyiz sebebi olan “hukuka aykırılık” arasında nitelik olarak bir fark bulunmamaktadır<sup>64</sup>. Kanuna aykırılık yerine hukuka aykırılık ibaresinin tercih edilmiş olmasından hareketle her türlü hukuka aykırılığın bu kanun yoluna konu edilebileceği düşünülse de hem kesin hüküm otoritesinin korunması zorunluluğu hem de olağanüstü bir denetim yolu olması nedeniyle bu kanun yolu dar kapsamlı olarak kabul edilmelidir<sup>65</sup>, <sup>66</sup>. Yani kanun yarına bozma yolunda “hukuka aykırılık” temyiz yolundan daha dar anlaşılmalı ve ancak ciddi boyuta ulaşan hukuka aykırılıklar bakımından bu yola başvurulmalıdır<sup>67</sup>.

Sonuç olarak yukarıda Yargıtay kararına konu olan olayda yerel mahkemenin CMK m. 271/4 hükmüne istinaden tutuklama dışındaki koruma tedbirleri bakımından itiraz üzerine verilen kararların kesin olduğunu belirterek savcılığın talebini reddetmesi yerinde bir karar olmuştur. Bu kararlara karşı istinaf ve temyiz incelemesinden geçmediği için usulen kanun yararına bozma yoluna gidilebilmesi mümkündür ancak Yargıtay'ın hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle talebin reddine karar vermesi gerekmektedir. Zira CMK m. 271/4 hükmüne istinaden verilmiş bir karar söz konusu olduğundan burada bir hukuka aykırılık bulunmamaktadır. Hukuka aykırılığın bulunmadığı yerde de olağanüstü kanun yollarından biri olan kanun yararına bozma yoluna başvurulamayacaktır. Nihayetinde Yargıtay'ın yukarıda değindiğimiz kararının doğru olmadığı kanaatindeyiz<sup>68</sup>.

<sup>63</sup> CMK m. 288/2.

<sup>64</sup> Mehmet Demir, *Kanun Yararına Bozma*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2010, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 52.

<sup>65</sup> YCGK, E. 2014/135, K. 2016/4, T. 19.01.2016, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, Erişim Tarihi 10 Kasım 2022. Benzer yönde bkz. Cumhuriyet Şahin/Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku-II*, 12. Bası, Seçkin, 2022, s. 303; Ezgi Aygün Eşitli, “Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Kanun Yararına Bozma”, *TBB Dergisi*, 29(122), 2016, s. 207.

<sup>66</sup> “Yargıtay’ın olağan yasa yolu olan temyiz denetimi sırasında yasaya ve yargısal kararlara dayalı olarak gerçekleştirdiği uygulamaların tümünün, yasa yararına bozma kurumunda da geçerli olduğu söylenemez.” Bkz. YCGK, E. 2006/151, K. 2006/157, T. 13.06.2006, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, Erişim Tarihi 10 Kasım 2022.

<sup>67</sup> Mustafa Ruhan Erdem/Candide Şentürk, *Ceza Muhakemesinde Kanun Yolları*, Seçkin, 2018, s. 260.

<sup>68</sup> “İtiraz merciinin verdiği kararların kesin olması kuralına, ilk defa itiraz merci tarafından verilen tutuklama kararları hakkında CMK m. 271/4’e getirilen istisna, adli kontrol bakımından da genişletilmediği müddetçe ilk defa itiraz merci tarafından verilen adli kontrol

## SONUÇ

Kanun yolu maddi gerçeğin ortaya çıkarılması bakımından büyük bir önem arz etmektedir. Maddi gerçeğin ortaya çıkmasına hizmet eden kanun yolu, diğer yandan yargılamanın uzamasına sebebiyet vermektedir. Makul sürede yargılanma hakkı dikkate alındığında kanun yolunun da bir sınırının olması gerekmektedir. İtiraz üzerine verilen kararların kesin olması da bu sebebe dayanmaktadır. Dolayısıyla yargılama sürecini bir yerde noktalamak, işi sürüncemede bırakmamak için bu kesinlik öngörülmüştür. İtiraz üzerine verilen tutuklama kararı bakımından bu kesinliğin geçerli olmaması işin önemi gereğidir. Zira bu durumda tutuklama kararı ilk kez verildiğinden bu karara karşı da denetim yolunun açık olması gerekmektedir. Ancak tutuklama ile benzer sonuçları olan konutunu terk etmeme adli kontrol tedbirini ile gözlem altına alınma kurumları açısından bu istisnanın tanınmamış olması hukuka uygun olmamıştır. Zira konutunu terk etmeme ve gözlem altına alınma hallerinde de kişi hürriyeti sınırlandırılmaktadır. Adaletin sağlanması açısından yapılacak bir kanuni düzenleme ile ilk kez itiraz üzerine verilen konutunu terk etmeme adli kontrol koruma tedbirini ile ilk kez itiraz merci tarafından verilen gözlem altına alınma kararları bakımından da itirazın mümkün hale getirilmesi gerekmektedir.

kararlarına karşı da ancak kanun yararına bozma yoluna gidilmesi olanaklı gözükmektedir” görüşü için bkz. Tezcan, s. 283. Karşı yönde görüş için bkz. Ali Topaloğlu, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Olağan Kanun Yolu Olarak İtiraz*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2014, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 208.



**KAYNAKÇA**

- Aygörmez Uğurlubay G A, “Güncel Tartışmalar ve Gelişmeler Işığında Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda İtiraz”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 16(0), 2014, s. 3999-4044.
- Aygün Eşitli E, “Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Kanun Yararına Bozma”, *TBB Dergisi*, 29(122), 2016, s. 193-234.
- Demir M, *Kanun Yararına Bozma*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi-2010, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Duran Y G, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Gözlem Altına Alınma (CMK m. 74)”, *Ceza Hukuku Dergisi*, 13(38), 2018, s. 65-116.
- Dursun H, “Türk Ceza Hukukunda Mahsup Kurumu”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 0(7), 2016, s. 507-558.
- Erdem M R/Şentürk C, *Ceza Muhakemesinde Kanun Yolları*, Seçkin, 2018.
- Gökçen A/Balcı M/Alaşahin M E/Çakır K, *Ceza Muhakemesi Hukuku-II*, Adalet, 2017.
- Gölcüklü F, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 49(03), 1994, s. 199-218.
- Gözler K, *Hukuka Giriş*, 19. Baskı, Ekin, 2022.
- Gültaş V, *Tutuklama ve Kanun Yolları*, 4. Baskı, Bilge, 2017.
- Hacıoğlu B C, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Tutuklama Koruma Tedbirine Seçenek Olarak Düzenlenen Adli Kontrol Koruma Tedbiri Üzerine Bir İnceleme”, *AÜEHFD*, IX(1-2), 2005, s. 167-192.
- Jeze G, Çeviren: Özyörük M, “Ferdî Hürriyetler”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 3(1), 2016, s. 214-227.
- Keçelioğlu E, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Gözlem Altına Alma”, *Ankara Barosu Dergisi*, (3), 2015, s. 221-245.
- Keskin E, “AİHM’nin Türkiye Hakkında İfade Hürriyetine İlişkin Verdiği Kararlarda Takdir Marjı”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 69(3), 2020, s. 1379-1414.
- Koca M, “Tutuklamada Oranlilik İlkesi Çerçevesinde 2002 CMUK Tasarısının

“Adli Kontrol” Tedbirinin Değerlendirilmesi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5(2), 2003, s. 109-140.

- Konuk Sommer B, *Bir Temel Hak Garantisi Olarak Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı*, On İki Levha, 2020.
- Kunter N, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 9. Bası, Beta, 1989.
- Özbek V Ö/Doğan K/Bacaksız P, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 14. Baskı, Seçkin, 2021.
- Özen M, *Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri*, Adalet, 2017.
- Öztürk B, vd., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 8. Baskı, Seçkin, 2021.
- Öztürk B/Eker Kazancı B/Soyer Güleç S, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri*, 5. Bası, Seçkin, 2022.
- Soyaslan D, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 8. Baskı, Yetkin, 2020.
- Şahbaz İ, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Kişi Özgürlük ve Güvenliği”, *TBB Dergisi*, (55), 2004, s. 201-225.
- Şahin C/Göktürk N, *Ceza Muhakemesi Hukuku-I*, 12. Bası, Seçkin, 2021.
- Şahin C/Göktürk N, *Ceza Muhakemesi Hukuku-II*, 12. Bası, Seçkin, 2022.
- Şentuna M T, *Öğreti ve Yargı Kararları Işığında Ulusal ve Ulus Üstü İnsan Hakları, Anayasa ve Ceza Muhakemesi Hukuku Açısından Tutuklama ve Adli Kontrol*, 4. Baskı, Seçkin, 2022.
- Şirin T, *Özgürlük ve Güvenlik Hakkı*, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru- El Kitapları Serisi-1.
- Tezcan M, *Adli Kontrol*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2012, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Topaloğlu A, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Olağan Kanun Yolu Olarak İtiraz*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2014, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Toroslu N/Feyzioğlu M, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 19. Baskı, Savaş, 2019.
- Türk Dil Kurumu Sözlükleri, Güncel Türkçe Sözlük, “Kıyas”, <<https://sozluk.gov.tr/>>, Erişim Tarihi 08 Ekim 2022.

Ünal H, *Adli Kontrolde Karar Süreci*, Adalet, 2020.

Ünver Y/Hakeri H, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 17. Baskı, Adalet, 2017.

Yenisey F, “Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Kararlarının Ceza Muhakemesi Hukuku Açısından Değerlendirilmesi: Tutuklama”, *Anayasa Yargısı*, 32(1), 2016, s. 213-229.

Yenisey F/Nuhoğlu A, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 9. Baskı, Seçkin, 2021.

Yurtcan E, *Ceza Yargılaması Hukuku*, 16. Bası, Seçkin, 2019.