



e-ISSN 3023-610X



Cilt / Volume 2  
Sayı / Issue 1  
Ocak 2025

**MEDENİ HUKUK DERGİSİ**

Cilt 2 Sayı 1 \ Ocak 2025

**CIVIL LAW REVIEW**

Vol. 2 Issue 1 \ January 2025

## Medeni Hukuk Dergisi | Civil Law Review

Sahibi | Owner

Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi adına

Dekan

Prof. Dr. Mustafa Avcı

Editörler | Editors

Doç. Dr. Yasemin Durak

Doç. Dr. Hamdi Gökçe Zabunoğlu

Editör Yardımcıları | Co-Editors

Arş. Gör. Yusuf Berat Baş

Arş. Gör. Burcu Çavuş Eryendi

Yayın Yönetim Yeri İletişim | Executive Office Contact

Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Beşir Atalay Kampüsü

Ankara Karayolu 7. km. 71453

Yahşihan / Kırıkkale

mhd@kku.edu.tr

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

Medeni Hukuk Dergisi, Ocak ve Temmuz aylarında olmak üzere yılda iki defa yayımlanan hakemli elektronik bir dergidir.

Dergiye yapılan atıflarda MHD kısaltması kullanılmalıdır.

Civil Law Review is a peer-reviewed review published in electronic media and published two times a year in January, June.

MHD abbreviations shall be used in reference to the review.

Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşlerden ve bunlardan doğacak sorumluluk yazarlarına aittir. Fakültenin ve/veya Üniversitenin görüşü olarak değerlendirilemez.

## **Yayın Kurulu | Editorial Board**

Prof. Dr. Akihiro Onagi, Hokkaido Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Japonya.

Prof. Dr. Arif Rıza, Prizen Ukshin Hoti Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kosova.

Prof. Dr. Emel Badur, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.

Prof. Dr. Köksal Kocağa, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.

Prof. Dr. Şebnem Akipek Öcal - TED Üniversitesi, Türkiye.

Doç. Dr. H. Gökçe Zabunoğlu, Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.

Doç. Dr. Yasemin Durak, Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.

## **Danışma Kurulu | Advisory Board**

Prof. Dr. Cemal Oğuz - Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.

Prof. Dr. Çiğdem Kırcı - TOBB Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.

Prof. Dr. Emre Gökyayla - Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.

Prof. Dr. Hasan İşgüzar - Yozgat Bozok Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.

Prof. Dr. Hayrunnisa Özdemir - Ankara Sosyal Bilimler Üni. Hukuk Fakültesi, Türkiye.

Prof. Dr. Katharina Gelbrich - Leipzig Üniversitesi, Almanya.

Prof. Dr. Kudret Güven - Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.

Prof. Dr. Mehmet Demir - Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.

Prof. Dr. Muharrem Faiku - Prizen Ukshin Hoti Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kosova.

Prof. Dr. Murat Doğan - Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.

Prof. Dr. M. Murat İnceoğlu - İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi,  
Türkiye.

Prof. Dr. Oğuz Sadık Aydos - Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk  
Fakültesi, Türkiye.

Prof. Dr. Serkan Ayan - Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi,  
Türkiye.

Prof. Dr. Süleyman Yılmaz, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi,  
Türkiye.

Prof. Dr. Turan Şahin - Ankara Sosyal Bilimler Üni. Hukuk Fakültesi,  
Ankara, Türkiye.

Prof. Dr. Zarife Şenocak - Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.

Doç. Dr. Abdurrahman Savaş - İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi,  
Türkiye.

Doç. Dr. Betül Özlük- TOBB Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.

Doç. Dr. Erhan Temel - Augsburg Üniversitesi Hukuk Fakültesi,  
Almanya.

Doç. Dr. Hakkı Mert Doğu - KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi,  
Türkiye.

Doç. Dr. Nurdan Orbay Ortaç - Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi,  
Türkiye.

Doç. Dr. Sadmır Karovic - Travnik Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Bosna  
Hersek.

Doç. Dr. Sinan Sami Akkurt - Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi,  
Türkiye.

Doç. Dr. Turgay Akalın - Kıbrıs Amerikan Üniversitesi, KKTC.

Doç. Dr. Yasemin Güllüođlu - ASBÜ Hukuk Fakültesi, Ankara, Türkiye.

Doç. Dr. Yıldız Abik - Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.

Dr. Öğretim Üyesi Reyhan Tuhan Boz - Kırıkkale Üniversitesi Hukuk  
Fakültesi, Türkiye.

Dr. Öğretim Üyesi Seda Kara Kılıçarslan - Kırıkkale Üniversitesi Hukuk  
Fakültesi, Türkiye.

## İÇİNDEKİLER

HAKKINDA GAİPLİK KARARI VERİLEN KİMSE ADINA KAYITLI  
TAŞINMAZIN ZAMANAŞIMI YOLUYLA KAZANILMASI..... 1

Yargıtay Tetkik Hâkimi Ümit İlker ÖZCAN

TÜRK MEDENİ HUKUKUNDA VAKIFLARIN DENETİMİ..... 24

Şule KARAKAYA

İLK MODERN AİLE HUKUKU KANUNUMUZ: 1917 TARİHLİ  
HUKUK-İ AİLE KARARNAMESİ..... 54

Dr. Öğr. Üyesi Fatma HIZIR ASRAV

YABANCILIK UNSURU İÇEREN KEFALET SÖZLEŞMELERİNE  
UYGULANACAK HUKUKUN TESPİTİ..... 80

Arş. Gör. Melek ATALIK

STOKSUZ SATIŞ SÖZLEŞMELERİNDE MAL TEDARİKÇİSİNİN  
AYIPTAN DOĞAN SORUMLULUĞU..... 117

Dr. Gözde ÇAĞLAYAN AYGÜN - Merve Hilal YILDIRIM  
ÇIRKAN

HART- DWORKİN TARTIŞMASI TEMELİNDE HUKUKTA İLKE  
VE KURALLAR VE TÜRK TİCARET KANUNU'NUN ANONİM  
ŞİRKETE İLİŞKİN HÜKÜMLERİNİN İLKE VE KURALLAR  
YÖNÜNDEN DEĞERLENDİRİLMESİ..... 157

Prof. Dr. Ozan CAN



# HAKKINDA GAİPLİK KARARI VERİLEN KİMSE ADINA KAYITLI TAŞINMAZIN ZAMANAŞIMI YOLUYLA KAZANILMASI

Yargıtay Tetkik Hâkimi Ümit İlker ÖZCAN

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi,  
Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Programı Öğrencisi

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6656-0244>,  
[umitilkerozcan@gmail.com](mailto:umitilkerozcan@gmail.com)

Geliş Tarihi | Received: 31.10.2024

Kabul Tarihi | Accepted: 19.12.2024

İntihal: Bu makale, en az iki hakem tarafından incelendi ve intihal içermediği teyit edildi.

Plagiarism: This article has been reviewed by at least two referees and scanned via a plagiarism software.



Bu eser [Creative Commons Alıntı-Gayri Ticari-Türetilemez 4.0 Uluslararası Lisansı](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/) ile lisanslanmıştır.

This work is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/).

Atıf | Citation:

Özcan, Ümit İlker. "Hakkında Gaiplik Kararı Verilen Kimse Adına Kayıtlı Taşınmazın Zamanaşımı Yoluyla Kazanılması". Medeni Hukuk Dergisi. 2/1 (2025), s. 1-23.

## Yazar Beyanı

**Mali Destek:** Yazar, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır.

**Yazarların Katkıları:** Bu makale yazar tarafından tek başına hazırlanmıştır.

**Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı:** Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir.

**Etik Kurul Onayı Beyanı:** Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur.

**Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi:** Yazar, makalenin tüm süreçlerinde MHD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde MHD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın MHD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir.

## Author's Declaration

**Financial Support:** The author has not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

**Author's Contributions:** This article was prepared by the author alone.

**The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest:** No conflict of interest or common interest has been declared by the author.

**The Declaration of Ethics Committee Approval:** The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

**The Declaration of Research and Publication Ethics:** The author declares that she complies with the scientific, ethical, and quotation rules of MHD in all processes of the paper and that she does not make any falsification of the data collected. In addition, she declares that Civil Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than Civil Law Review.



## **HAKKINDA GAİPLİK KARARI VERİLEN KİMSE ADINA KAYITLI TAŞINMAZIN ZAMANAŞIMI YOLUYLA KAZANILMASI**

### **ÖZ**

Klasik bir tabirle; insan, doğar, yaşar ve ölür. Doğmak gibi tabii bir olay olan ve her canlının mutlaka yüzleşmek durumunda kalacağı ölüm olayı, aynı zamanda hukuki bir olaydır. Bununla birlikte; hukuk düzenimiz, tıpkı ölüm gibi benzer hukuki sonuçlar doğuran başka bir kavrama daha yer vermiştir ki; o da gaipliktir. Dolayısıyla, ölümün sonuçları gibi benzer niteliklere sahip olan gaiplik de hukuki bir olaydır. Gaiplik kavramının bir kişi üzerinde tezahür etmesi için birtakım şartların bulunması gerekmektedir. Başka bir deyişle; gaipliğin somut olayda ortaya çıkışı, tıpkı ölüm gibi aniden değil, birtakım şartların varlığı halinde mümkündür. İşte bu şartların Kanun tarafından aranılan düzeyde gerçekleşmesi, buna yönelik hukuki sonuçların ortaya çıkmasına sebep olacaktır. Bu sonuçlardan belki de en mühimi, hakkında gaiplik kararı alınan kişinin malvarlığındaki etkisidir. Bu nedenledir ki; gaiplik kavramının da ölüm olayı gibi kişinin malvarlığı üzerinde önemli sonuçları bulunmaktadır. Malvarlığını oluşturan unsurlardan biri olan taşınmazın iktisabını ilgilendiren konulardan biri de kazandırıcı zamanaşımıdır. Bu nedenle kişinin gaip olması, aynı onun gibi hukuki bir olay niteliğindeki kazandırıcı zamanaşımı yoluyla taşınmaz iktisabı için gerekli olan farklı şartların aranmasına ve/veya onunla ilgili farklı sonuçların doğmasına neden olmaktadır.

İşte bu çalışmada, kazandırıcı zamanaşımı bakımından gaiplik kavramı inceleme altına alınmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Gaiplik, Ölüm olgusu, Hukuki olay, Kazandırıcı zamanaşımı, Malvarlığı, Taşınmaz.

## **ACQUIRING THE IMMOVABLE PROPERTY REGISTERED UNDER THE NAME OF A PERSON DECLARED ABSENT THROUGH PRESCRIPTION**

### **ABSTRACT**

Classically speaking: a human being is born, lives, and dies. Death, as natural as birth and something that every living being must face, is also a legal event. In the eyes of the law, there is another concept with similar legal consequences as death: absenteeism. However, for this legal event, particular conditions are required. In other words, the occurrence of absenteeism is not sudden, as death, but becomes possible under certain conditions. If these conditions are met as required by law, there are legal consequences. Perhaps the most significant of these consequences, just as in the concept of death, is the effect on the assets of the person declared absent. One issue related to the acquisition of a particular asset known as immovable property from one declared absent is the acquisitive prescription. The absenteeism of a person causes different conditions to be sought and/or various results to occur regarding the acquisition of immovable property through acquisitive prescription, which is also a legal event.

This study examines the concept of absenteeism in terms of acquisitive prescription.

**Keywords:** Absenteeism, Fact of death, Legal event, Acquisitive prescription, Property, Immovable property.

## GİRİŞ

İnsanın doğumla başlayan ve “yaşam” olarak tabir edilen yolculuğu, - her canlıda olduğu ve olacağı gibi- ölümlerle sona ermektedir. Bu yolculukta, insanın (hukuk dilinde kişinin) malvarlığının oluşması tabiidir. İnsanın vefatı ile birlikte bu malvarlığının hukuki rejimi de kendiliğinden (*ipso iure*) değişmektedir. Daha somut bir ifade ile ölüm olayının malvarlığı üzerinde etkisi bulunmaktadır. Bununla birlikte, hukukumuzda tıpkı ölüm gibi sonuç doğuran gaiplik isminde bir kavramın da yer aldığı görülmektedir. Bu doğrultuda gaiplik kavramının da malvarlığı üzerinde bir etkisi olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun Birinci Kitabı, “Kişiler Hukuku”; kitabın “Kişilik” başlıklı birinci bölümünde yer alan üst başlık ise “Kişiliğin Başlangıcı ve Sonu” isimli olup anılan Kanun'un 28 ilâ 35. maddelerinde düzenlemiştir.

Hukuki olayın vuku bulması, beraberinde birtakım sonuçların ortaya çıkmasına da sebep olmaktadır. Başka bir deyişle, kanun koyucu dış dünyada meydana gelen bu hukuki olaylara hüküm ve netice bağlamıştır<sup>1</sup>. Gerçek kişiler ile ilgili olan hükümler arasında herhangi bir tanımyapılmamışsa da kişilik kavramının öğretide, kişinin salt kişi olması sebebiyle kendisine sıkı sıkıya bağlı nitelikte olan ve hukuk düzenince korunan kişisel hallerinin tümü şeklinde tanımlandığı görülmektedir<sup>2</sup>.

Kişiliğin ne zaman başlayacağı ve ne zaman sona ereceği TMK'nun 28. maddesinin 1. fıkrasında belirtilmiş olup buna göre kişilik, çocuğun ana rahminden tam ve sağ doğmasıyla başlamakta ve onun ölümüyle sona ermektedir. Buna göre, kişiliğin doğal olarak sona ermesine sebep olan hukuki olay, ölüm<sup>3</sup> olup buna benzer hukuki sonuçlar doğuran kavramlardan bir diğeri de gaipliktir<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Bilge Öztan/Damla Gürpınar, *Medenî Hukukun Temel Kavramları*, Ankara: Yetkin, 2022, 47. Baskı, s. 88; Serap Helvacı/Fulya Erlüle, *Medeni Hukuk*, İstanbul: Legal, 2011, 2. Bası, s. 28.

<sup>2</sup> Bilge Öztan, *Kişiler Hukuku*, Ankara: Yetkin, 2021, 11. Baskı, s. 41; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Medeni Hukuk*, Ankara: Turhan Kitabevi, 2017, 6. Bası, s.132.

<sup>3</sup> Selâhattin Keyman, *Hukuka Giriş*, Ankara: Yetkin, 2005, 3. Baskı, s. 102 vd.; Öztan, *Kişiler Hukuku*, s. 41; Öztan/Gürpınar, *Medenî Hukukun Temel Kavramları*, s. 87.

<sup>4</sup> Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay-Özdemir, *Kişiler Hukuku*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021, s. 34; Jale Akipek/Turgut Akıntürk/Derya Ateş, *Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku*, Ankara: Beta, C. 1, 14. Baskı, s. 261; Rona Serozan, *Medeni Hukuk*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013, 4. Bası, s. 426; Eda Şahin, “Gaipliğin Miras Hukuku Bakımından Hüküm ve Sonuçları”, *TBB Dergisi*, 144 (2019), s. 250 ve 257.

Gaiplik kavramının somut olayda ortaya çıkması beraberinde bir “belirsizlik” durumunu getirmekte ve bu belirsizlik kendisini malvarlığı konusunda da göstermektedir<sup>5</sup>. İşte bu nedendir ki; kazandırıcı zamanaşımı, iktisaba konu olan şeyin (çalışma konumuzda taşınmazın) uzun zaman belirsizlik halinde kalmasını önlemek ve kamu yararını tesis etmek için oluşturulmuş olan bir kavramdır<sup>6</sup>. Kökeni Roma Hukuku’na dayanan ve o dönemde *praescriptio longi temporis*<sup>7</sup> ifadesiyle anılan “(taşınmazlarda) kazandırıcı zamanaşımı”, gaiplik kavramı gibi hukuki bir olaydır<sup>8</sup>. Bu doğrultuda, kanun koyucunun kazandırıcı zamanaşımı türlerinden biri olan olağanüstü zamanaşımını düzenleyen 713. maddesinin 2. fıkrasında “gaiplik” kavramına doğrudan yer vermiş olması, tesadüf olarak görülemez.

Çalışma konumuz, bu nedenle iki temel kavramı esas almak üzerine tesis edilmiş olup bunlardan biri gaiplik kavramı iken diğeri kazandırıcı zamanaşımı kavramıdır. “Kazandırıcı zamanaşımında gaiplik kavramı”nın incelenmesine geçmeden evvel bu kavramın terimsel karşılığı, kanundaki sistematigi, kanunda belirtilen şartları ile hüküm ve neticelerinin incelenmesi gerekmektedir.

## I. GAİPLİK

### A. Genel Olarak

Arapça “ğyb” kökünden gelen<sup>9</sup> “gaib” kelimesinin anlamı “görünmeyen, hazır olmayan, yok olan” anlamındadır<sup>10</sup>. Bununla birlikte Türkçe’ye “gaip” olarak aktarılan<sup>11</sup> bu kelimedenden türeyen gaiplik ise kelime olarak “kaybolup gitmek hali” anlamına gelmektedir<sup>12</sup>.

<sup>5</sup> Öztan/Gürpınar, *Medeni Hukukun Temel Kavramları*, s. 242 ve 243; Öztan, *Kişiler Hukuku*, s. 90; Turgut Akıntürk/Jale Akipek, *Eşya Hukuku*, İstanbul: Beta, 2009, s. 494; Mehmet Akçaal, *Eşya Hukuku*, Ankara: Yetkin, 2023, 3. Baskı, s. 51.

<sup>6</sup> Salvatore Di Marzo, *Roma Hukuku*, (çev.Ziya Umur), İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1954, s. 239; Ali Rıza Düzceer, *Kazandırıcı Zamanaşımıyla Taşınmaz İktisabı*, Ankara: Yetkin, 1994, 2. Baskı, s. 1; Bülent Tahiroğlu/Belgin Erdoğmuş, *Roma Hukuku Meseleleri*, İstanbul: DER Yayınları, 2005, s. 64.

<sup>7</sup> Nadi Günal, *Roma Hukukundan Günümüze Kazandırıcı Zamanaşımı ile Mülkiyetin İktisabı (Usucapio)*, Ankara: Yetkin, 2006, s. 52 ve 100.

<sup>8</sup> Keyman, s. 102 vd.; Öztan/Gürpınar, s. 87.

<sup>9</sup> <https://www.etimolojiturkce.com/kelime/gaip>

<sup>10</sup> Ferit Devellioğlu, *Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lûgat*, Ankara: Aydın Kitabevi, 1999, 16. Baskı, s. 274.

<sup>11</sup> Türk Dil Kurumu Yazım Kılavuzu, Ankara: 2012, 27. Baskı, s. 251.

<sup>12</sup> Türk Hukuk Lügati, Ankara: Başbakanlık Basımevi, 1991, s. 99.

TMK'nın 32. maddesinin 1. fıkrası şöyledir: “Ölüm tehlikesi içinde kaybolan veya kendisinden uzun zamandan beri haber alınamayan bir kimsenin ölümü hakkında kuvvetli olasılık varsa, hakları bu ölüme bağlı olanların başvurusu üzerine mahkeme bu kişinin gaipliğine karar verebilir”. Öncelikle belirtilmelidir ki burada “kimse” olarak bahsedilen tüzel kişi olmayıp sadece gerçek kişidir. Malûm olunduğu üzere “ölüm” veya “kaybolma” ile ilgili olaylar sadece gerçek kişiyi ilgilendirmektedir. Zaten tüzel kişi kavramı, bir gerçek kişinin yaşamının sınırlı bir süreye tabi olması sebebiyle insan yararına sürekli bir amacın gerçekleştirilebilmesi maksadıyla oluşturulmuştur<sup>13</sup>. Bu nedendir ki; bu çalışmada, kişi veya kimse olarak kastedilen, gerçek kişidir. Gerçek kişi ve dolayısı ile kişi kavramı ile iç içe geçen bir kavram daha bulunmaktadır ki, o da hak ehliyeti olup herhangi bir kişi hakkında verilen gaiplik kararı, o kişinin hak ehliyetini de sonlandırmaktadır.

## **B. Şartları**

Gaiplik kavramının ölüm olayı ile aynı hukuki sonucu doğurduğunu TMK'nın 35. maddesindeki, “...mahkeme gaipliğe karar verir ve ölüme bağlı haklar, gaibin ölümü ispatlanmış gibi kullanılır” ifadesi ile anlamaktayız. Herhangi bir kişi hakkında gaiplik kararının alınabilmesi için gerekli olan şartlara yukarıda bahsedilen TMK'nın 32. maddesinin 1. fıkrasında yer verilmiştir. Hükme göre, ölüm tehlikesi içinde kaybolan veya kendisinden uzun zamandır haber alınamayan bir kimsenin ölümü hakkında kuvvetli olasılığın varlığı gaipliğin maddi şartlarına işaret etmektedir.

Maddi şartın varlığı ile birlikte gerekli olan diğer şart ise şekil şartıdır. Bu doğrultuda, maddi şartın mevcut olması halinde gaiplik kararı alınabilmesi için mahkemeye başvurulması gerekmektedir. Gaipliğin şekli şartını oluşturan bu başvuruyu “hakları ölüme bağlı olanların” yapması gerekmekte olup bu kişilerin kim olduğu Kanun'da tek tek sayılmamışsa<sup>14</sup> da bunların aslında gaibin vefat etmesiyle birlikte hak kazanacak veya yükümlülüklerden kurtulacak olan kimseler olduğunu anlamak

<sup>13</sup> Hüseyin Hatemi, *Kişiler Hukuku*, İstanbul: Onikilevha, 2021, 9. Bası, s. 2; Bilge Öztan, *Tüzel Kişiler*, Ankara: Turhan Kitabevi, 1998, 2. Bası, s. 1; Hüseyin Hatemi, *Gerçek Kişiler Hukuku*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2005, s. 2; Ömer Ergün, *Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinin Ehliyet Durumu*, İstanbul: Onikilevha, 2010, 1. Baskı, s. 9.

<sup>14</sup> Öğretide bu kişilerin; yasal mirasçılar, atanmış mirasçılar, vasiyet alacaklıları, yaşam sigortası lehtarları, ortadan kaybolan yüzünden mirastan yoksun kalanlar, istekte bulunmayanların yasal temsilcisi, askerlik şubesi, Cumhuriyet savcılığı, ortadan kaybolanın alacaklıları gibi kimselerin olabileceği örnekleyici olarak belirtilmiştir. (bkz. Ömer Uğur Gençcan, *Miras Hukuku*, Ankara: Yetkin, 2022, s. 264)

gerekmektedir<sup>15</sup>. Bu nedenle gaiplik kararının alınmasına yönelik davada, hakları ölüm bağı olanların tamamının taraf olmaları<sup>16</sup>, değilirse onların davaya dâhil edilmeleri gerekmektedir. Bu sayede kamu düzeninden olan taraf teşkilinin sağlanması mümkün hale gelmektedir.

Maddi şartın varlığı için iki durumun alternatif olarak gerçekleşmesi gerekmektedir. Buna göre hakkında gaiplik kararı alınabilecek kişinin, ya ölüm tehlikesi içinde kaybolmuş olması ya da kendisinden uzun zamandır haber alınamayan bir kimse olması gerekmektedir. Uzun zamandır haber alınamama durumu doğrudan doğruya veya dolaylı olarak bütün haber alma şekillerini kapsamaktadır<sup>17</sup>. Bu iki alternatif şartın varlığı, söz konusu kişinin ölümü hakkında *kuvvetli olasılık* oluşturmaktadır. Diğer bir deyişle; ölüm hakkında kuvvetli olasılığın varlığı, kişinin ölüm tehlikesi içinde kaybolması ya da kendisinden uzun zamandır haber alınamamasının zorunlu sonucunu oluşturmaktadır<sup>18</sup>.

Bu alternatif iki durum, TMK'nın 31. maddesinde düzenlenen "ölüm karinesi" kavramı ile genellikle karıştırılmaktadır. Hükme göre, ölüm karinesi için bir kimsenin ölümüne kesin gözle bakmayı gerektiren bir olay içinde kaybolmuş olması gerekmektedir. Gaiplik ile ölüm karinesi karşılaştırıldığında ölüm karinesinde "ölümün kesin olduğu" ortada iken gaiplikte bir kişinin ölümü hakkında (kuvvetli) şüphe bulunmaktadır<sup>19</sup>. İşte böyle şüpheli bir durumun meydana getirdiği belirsizlik, o kişinin malvarlığı konusunda da birtakım sıkıntıları beraberinde getirmektedir. Kanun koyucu ortaya çıkması muhtemel bu sıkıntıları bertaraf etmek için gaiplik kavramının Kanun'da yer almasını amaç edinmiştir<sup>20</sup>. Zira; kişi varlığı ve mal varlığı ölümle sona ermekte; gaiplik de ölüm olayı ile aynı sonucun doğmasına sebep olmaktadır.

<sup>15</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, *Kişiler Hukuku*, s. 32; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 256; Cem Baygın/Ahmet Nar, *Medeni Hukuk Dersleri*, Ankara: Yetkin, 2021, s. 353; Şahin, s. 254.

<sup>16</sup> "...gaiplik kararının kaldırılmasına ilişkin davada husumetin, gaiplik kararını almış olanların yanında, hakları ölüme bağı olanların tamamına yöneltilmesi gerekir..." (Yargıtay 2. HD; 22.03.2012 T. ve 2011/363 E., 2012/6883 K.).

<sup>17</sup> Öztan/Gürpınar, s. 243; Öztan, *Kişiler Hukuku*, s. 85.

<sup>18</sup> Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 255; Kılıçoğlu, *Medeni Hukuk*, s. 137.

<sup>19</sup> Kılıçoğlu, *Medeni Hukuk*, s. 135 ve 137; Baygın/Nar, s. 349; Şahin, s. 250.

<sup>20</sup> Serap Helvacı, *Gerçek Kişiler*, İstanbul: Legal, 2010, 3. Bası, s. 31; Mustafa Dural/Tufan Öğüz, *Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2022, 23. Baskı, s. 30; Şahin, s. 251.

### **C. Yargılama Usulü ve Hükümü**

Sadece maddi şartların bulunması, bir kişi hakkında gaiplik kararının alınabilmesini her zaman mümkün kılmamaktadır. Başka bir deyişle; Kanun, gaiplik kararının alınabilmesi için gerekli olan talebin/istemin belli bir süre dâhilinde yapılması gerektiğini hüküm altına almıştır. TMK'nın 33. maddesinin 1. fıkrası bu süreye işaret etmiş olup *"Gaiplik kararının istenebilmesi için, ölüm tehlikesinin üzerinden en az bir yıl veya son haber tarihinin üzerinden en az beş yıl geçmiş olması gerekir"* şeklindedir. Hükümden de anlaşılabilceği üzere gaiplik kararının alınabilmesine ilişkin talebin yapılacağı sürenin miktarı somut olayın özelliğine göre değişiklik göstermektedir. Bu doğrultuda, hakkında gaiplik kararı istenen kişi (gaip), ölüm tehlikesi içinde kaybolmuş ise buna ilişkin gaiplik kararı, ölüm tehlikesinin üzerinden en az 1 yılın geçmesi ile; bu kişi kendisinden uzun zamandır haber alınamayan bir kimse ise buna ilişkin gaiplik kararı ise, son haber alma tarihinden itibaren en az 5 yılın geçmesi ile alınmaktadır. *"Ölüm tehlikesi içinde kaybolma"* durumunda ölümün gerçekleşmiş olma olasılığı, *"kendisinden uzun zamandır haber alınamama"* durumuna nazaran daha kuvvetli olduğundan bunlara yönelik istemler Kanun'da farklı sürelerle tabi tutularak düzenlenmiştir<sup>21</sup>.

Maddi şartlar ile süre şartının somut olayda sağlanmış olmasıyla birlikte gaiplik kararının alınabilmesi için artık istemde bulunulabilmesi mümkündür. Uygulamada *"dava"*<sup>22</sup> olarak belirtilen ancak çekişmesiz yargı işi niteliğinde olan<sup>23</sup> istem sonrası mahkemece yapılan incelemede, TMK'nın 33. maddesinin 2. fıkrası gereği gaipliğine karar verilecek kişi hakkında bilgisi bulunan kimselerin, belirli bir sürede bilgi vermeleri için usulüne göre yapılan ilânla çağrılmaları gerekmektedir. Ancak, bilgi vermek için gerekli olan *"belirli süre"* nin de bir kapsamı bulunmaktadır. Maddenin 3. fıkrası, sürenin bu kapsamına işaret etmektedir. Buna göre; söz konusu süre, ilk ilânın yapıldığı günden başlamak üzere en az 6 aydır. Bu süre dolmadan hakkında gaiplik kararı alınacak kişinin ortaya çıkması veya kendisinden bir şekilde haberin alınması veya o kişinin öldüğünün anlaşılması halinde

<sup>21</sup> Hatemi, Kişiler Hukuku, s. 84; Kılıçoğlu, Medeni Hukuk, s. 137.

<sup>22</sup> *"...dava gaipliğe ilişkin olup gaipliğine karar verilen A.B.'nin kayyumı hasım gösterilerek açılmıştır..."* (Yargıtay 2. HD; 24.12.2012 T. ve 2012/25244 E., 2012/31349 K.).

<sup>23</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Kişiler Hukuku, s. 34; Gençcan, s. 275; Şahin, s. 255; Ali Naim İnan, *Türk Medeni Hukuku*, Ankara: Seçkin, 2014, s. 118; *"...gaiplik kararı, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 382. maddesinin ikinci fıkrasının a-4 bendine göre çekişmesiz yargı işidir..."* (Yargıtay 2. HD; 18.01.2024 T. ve 2024/114 E., 2024/377 K.).

gaiplik kararının alınması yönündeki talep TMK'nın 34. maddesi gereğince kendiliğinden düşmektedir.

Öte yandan bu altı aylık ilandan da sonuç alınamadığı takdirde TMK'nın 35. maddesine göre kişi hakkında gaipliğe karar verilir. Önceden de belirtildiği gibi, ölüme bağlı haklar, aynen gaibin ölümü ispatlanmış gibi kullanılır. Ancak, bunun için mahkemece verilen gaiplik kararının kesinleşmesi gerekmektedir<sup>24</sup>. Zira, kesinleşme ile birlikte gaiplik, ölümün hukuki sonuçları gibi benzer etkileri göstermekte<sup>25</sup> ve hakkında gaiplik kararı alınan kişinin ölmüş olduğu konusunda niteliği itibarıyla yasadan kaynaklanan hem adi karine hem de olay karinesi<sup>26</sup> olan gaiplik karinesi varlık kazanmaktadır<sup>27</sup>. Bu sayede TMK'nın "Başlangıç" bölümünde düzenlenmiş olan 6. maddesinde<sup>28</sup> belirtilen ispat yükü kuralı tersine çevrilmektedir.

Bununla birlikte; maddenin 2. fıkrasına göre; gaiplik kararı, ölüm tehlikesinin gerçekleştiği veya son haberin alındığı günden başlayarak hüküm ve neticelerini doğurmaktadır. Sonuç itibarıyla gaiplik kararı, TMK'nın 45. maddesine göre hâkimin bildirmesi üzerine, ölüm kütüğüne kaydolunur.

## II. KAZANDIRICI ZAMANAŞIMINDA GAIPLİK KARARI

### A. Genel Olarak

Hukukun dinamik yapısı "süre" kavramının da önemini beraberinde getirmektedir. Çünkü, belirlenen süre içinde kişinin hak kazanıp hak kaybetmesi ihtimal dâhilindedir. Bu doğrultuda, hukuk sisteminde kişinin amacına ulaşması ve bunun da en makûl şekilde gerçekleşmesi için birtakım süreler bulunmaktadır<sup>29</sup>. Bu sürelerden birini teşkil eden kavram, zamanaşımıdır. Zamanaşımına ilişkin sürenin dolması ile hakkın

<sup>24</sup> Hatemi, Kişiler Hukuku, s. 84; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Eşya Hukuku*, Ankara: Turhan Kitabevi, 2021, s. 361;

<sup>25</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Kişiler Hukuku, s. 34; Akipek/Akıntürk/Ateş, Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, s. 261; Hatemi, Gerçek Kişiler Hukuku, s. 75.

<sup>26</sup> Süleyman Yılmaz, Medeni Hukuk Cilt I Başlangıç Hükümleri, Ankara: Yetkin, 2022, s. 223; Öztan, Kişiler Hukuku, s. 89.

<sup>27</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Kişiler Hukuku, s. 34; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 254; Mehmet Akçaal, Medeni Hukuk, Ankara: Yetkin, 2022, s. 51.

<sup>28</sup> Madde 6: Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür.

<sup>29</sup> Eraslan Özkaya, *Özel Hukukumuzda Zamanaşımı ve Hak Düşürücü Süreler*, Ankara: Seçkin, 2016, 2. Baskı, s. 23-24.



kaybedilebilmesi daha doğru bir ifade ile talep edilebilirliğinin zayıflaması mümkün iken; başka bir durumda bir hakkın kazanılmasına da sebep olmaktadır. Hakkın kazanıldığı zamanaşımına kazandırıcı zamanaşımı denilmektedir. Taşınmaz mülkiyetinin zamanaşımı yoluyla kazanılması olarak da belirtilen kazandırıcı zamanaşımı, belirli süre zarfında zilyetliğin devamı sonrasında bu sürenin dolması ile mülkiyetin kazanıldığı hukuki bir sonuçtur<sup>30</sup>.

## **B. Türleri**

“Taşınmaz Mülkiyeti”ni düzenleyen TMK’nın 704 ilâ 761. maddeleri arasında “Taşınmaz mülkiyetinin kazanılması” başlığı altında düzenlenen alt başlıklardan biri, “Kazandırıcı zamanaşımı”dır. Bu kavram, kendi içerisinde olağan zamanaşımı ve olağanüstü zamanaşımı olmak üzere ikiye ayrılmakta olup olağan zamanaşımı, anılan Kanun’unun 712. maddesinde düzenlenmişken; olağanüstü zamanaşımı, aynı Kanun’un 713. maddesinde düzenlenmiştir.

### **1. Olağan Zamanaşımı**

Olağan zamanaşımı yoluyla bir taşınmazın mülkiyetinin kazanılabilmesi için birtakım şartların kümülatif olarak bulunması gerekmektedir. TMK’nın 712. maddesine göre bu şartlar; taşınmazın bu yolla kazanılmaya elverişli olması<sup>31</sup>, tapu kaydında ismi geçen kişi adına yapılan tescilin yolsuz olması, adına yolsuz tescil yapılan kişinin iyi niyetli olması ve iyi niyetin tescilden itibaren davasız ve aralıksız olarak 10 yıl boyunca sürmüş olmasıdır.

Çalışma konumuzu ilgilendiren kısım, bu şartlar arasında yer alan taşınmazın kayıt malikine ilişkindir. Tescil, “*ayrı hakların taşınmazın tapudaki sayfasının ilgili sütununa yazılması işlemi*”<sup>32</sup>dir. TMK’nın 712. maddesinde yer alan şartların uygulanabilmesi için, taşınmazın kayıt maliki adına yapılmış olan tescilin yolsuz tescil olması gerekmektedir. Öğretide, “*gerçek hak durumuna uymayan tescilin yolsuz bir tescil*”<sup>33</sup> olduğu belirtilmiştir. Bununla birlikte, TMK’nın 1024. maddesinin 2. fıkrası yolsuz tescilin tanımına yer vermiş olup tanımı “*Bağlayıcı olmayan bir hukukî işleme dayanan veya hukukî sebepten yoksun bulunan tescil yolsuzdur*” şeklindedir. Bu tanım yolsuz tescilin

<sup>30</sup> Richard Honig (çev.Şemseddin Talip), *Roma Hukuku*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1993, s. 331; Turgut Akıntürk, *Eşya Hukuku*, İstanbul: Beta, 2009, s.481; Öztan/Gürpınar, s. 856.

<sup>31</sup> Daha somut bir ifadeyle taşınmaz tapuya kayıtlı ve özel mülkiyete konu bir taşınmaz olmalıdır.

<sup>32</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, s. 153; Abdülkerim Yıldırım, *Türk Hukukunda Tapuya Güven Yoluyla Aynı Hak Kazanımı*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2016, s. 88 ve 100.

<sup>33</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, s. 299 ve 495; Akıntürk/Akipek, *Eşya Hukuku*, s. 483; Lâle Sirmen, *Eşya Hukuku*, Ankara: Yetkin, 2022, 10. Baskı, s. 248.

ne anlama geldiği konusunda tam manasıyla yeterli olmasa<sup>34</sup> da bu tanımda yer alan iki unsurdan birinin bulunmaması yolsuz tescilin ortaya çıkmasına sebep olmaktadır. Bunlardan biri hukuki sebebin (kazanma sebebi) geçersiz olması iken diğeri, hukuki sebebin bulunmamasıdır. Sonuç olarak yolsuz tescilin Kanun'da yapılan tanımından da anlaşılabilir üzere tescil, illi yani sebebe bağlı bir işlemdir<sup>35</sup>. Biz burada adına yolsuz tescil yapılan kişiyi, "görünürde malik" olarak belirtmeyi tercih etmiş bulunmaktayız.

Taşınmazın görünürdeki malikinin, olağan zamanaşımı ile taşınmazı iktisap etmesi (gerçek maliki olabilmesi) için gerekli olan 10 yıllık süre içerisinde gaip olması ve onun hakkında gaiplik kararı alınması durumunda taşınmazın akıbetinin ne olacağı düşünülebilir. Bu hususu değerlendirmeyi görünürdeki malikin iyi niyetli veya kötü niyetli olması yönünden ayrı ayrı yapmak gerekmektedir.

Görünürdeki malikin iyi niyetli olması durumunda, TMK'nın 599. maddesi gereğince külli halefiyet yoluyla gaibin mirasçuları onun zilyetliğinin de mirasçısı olmaktadır. Ancak bu durumda söz konusu mirasçılardan da iyi niyetli olması gerekmektedir. TMK'nın "Kazandırıcı zamanaşımından yararlanma" başlıklı 996. maddesinde yer alan "Kazandırıcı yararlanma hakkına sahip olan zilyet, zilyetliği kendisine devreden aynı yetkiye sahip idiyse onun zilyetlik süresini kendi süresine ekleyebilir" şeklindeki düzenlemesine göre mirasçılardan da iyi niyetli olması halinde görünürde malik zamanında işlemiş olan zilyetlik süresini kendi sürelerine eklemeleri (*successio in possessionem*<sup>36</sup>) mümkün olabilmekte olup buna eklemeli zilyetlik denmektedir. Ancak bu sefer de mirasçılardan açıklayıcı tescil yaptırılmalarının gerekli olup olmadığının tartışılması gerekmektedir. Kanımızca mirasçılardan açıklayıcı tescil

<sup>34</sup> Zira, yolsuz tescil bu tanımında belirtilen iki durum haricinde de mümkün olabilmektedir. Bunları, kazanımda bulunanın tasarruf yetkisinin bulunmaması, tescili yapan tapu memurunun bilmeden (hatalı olarak) veya bilerek yaptığı işlemler yapması, gerçeğe aykırı kadastro tespitinin bulunması, tescil talebinin bulunmaması gibi örnekleyici olarak sıralamak mümkündür.

<sup>35</sup> Kemal Oğuzman/Nami Barlas, *Medeni Hukuk*, İstanbul: Onikilevha, 2022, 28. Bası, s. 200; Murat Topuz, *Türk Özel Hukukunda Taşınmaz Mülkiyeti*, Ankara: Seçkin, 2020, s. 217; Eraslan Özkaya, *Eşya Hukuku-Zilyetlik ve Tapu Sicili*, Ankara: Seçkin, 2022, C. III, s. 3834; "...hemen belirtilmelidir ki; aynı haklar tapu siciline tescil ile doğar ve tescilin hukuki netice doğurabilmesi için de geçerli bir hukuki sebebinin bulunması zorunludur. Bu hususun tapunun illilik prensibinden kaynaklandığı açıktır. Oysa, oluşan sicilin hukuken geçerli bir sebebi bulunmadığı takdirde, tescilin yolsuz tescil niteliğini taşıyacağı ve sicilin iptali gerekeğinde kuşku yoktur..." (Yargıtay 1. HD; 23.01.2024 T. ve 2023/5793 E., 2024/546 K.); Benzer bir şekilde ayrı bir karar için bkz. (Yargıtay 1. HD; 01.12.2022 T. ve 2022/4850 E., 2022/7872 K.)

<sup>36</sup> Belgin Erdoğan, *Roma Eşya Hukuku*, İstanbul: DER Yayınları, 2020, s. 78.

yaptırmaları kendi açılardan faydalıdır<sup>37</sup>. Zira, mirasçılar nasıl ki murislerinin iyi niyetine halef olmaktaysa, onun yolsuz tesciline de halef olmaktadır. Bunun için mirasçılarının adının da tapu kaydında yolsuz olarak tescil edilmiş olması aranmalıdır. Bu doğrultuda yapılan açıklayıcı tescilin, TMK'nın 35. maddesinin 2. fıkrası doğrultusunda, ölüm tehlikesi içinde kaybolma ya da son haber alma tarihinden itibaren hüküm ifade edeceği belirtilmiştir<sup>38</sup>. Açıklayıcı tescilin yapılması sonrasında artık mirasçılar yolsuz tescile göre görünürde malik olacağından olağan (kazandırıcı) zamanaşımı ile taşınmazın mülkiyetinin iktisabı için bundan sonra iyi niyetli olarak taşınmazı zilyetliklerinde bulundurmaları gerekmektedir.

Adına yolsuz tescil yapılan kişi kötü niyetli olup mirasçılarının iyi niyetli olması halinde ise TMK'nın 996. maddesinin uygulanması söz konusu olmamaktadır. Daha somut bir ifade ile; mirasçılarının zilyetliklerinde geçen süreyi murislerinin ellerinde geçen süreye eklemeleri mümkün değildir. Sonuç itibarıyla, olağan zamanaşımı ile iktisap için gerekli olan 10 yıllık süre, mirasçılar için yeniden başlamaktadır<sup>39</sup>. Ancak bu sürenin başlaması için mirasçılarının da açıklayıcı tescil yaptırmaları<sup>40</sup> ve bu tescilden itibaren 10 yıllık süre boyunca iyi niyetlerini muhafaza etmeleri gerekmektedir. Şunu da belirtmek gerekmektedir ki, mirasın resmen idare edildiği bir durumda olağan zamanaşımı işlemeye devam etmektedir<sup>41</sup>.

## **2. Olağanüstü Zamanaşımı**

Sicil dışı zamanaşımı<sup>42</sup> da denilen olağanüstü zamanaşımı kavramı hukuk sistemimize 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi ile birlikte dâhil olmuş, 09.03.1954 tarihli ve 6333 sayılı<sup>43</sup> "Türk Medeni Kanununun 639uncu Maddesinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun"<sup>44</sup>un 1. maddesi gereği değişikliğe uğramış ve nihayet, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ile son halini almıştır. Buna göre 8 fıkradan oluşan TMK'nın 713. maddesinin çalışmamızı ilgilendiren 2. fıkrası, "Aynı koşullar altında, maliki tapu kütüğünden anlaşılamayan veya yirmi yıl önce

<sup>37</sup> Eraslan Özkaya, *Eşya Hukuku-Taşınmaz Mülkiyeti*, Ankara: Seçkin, 2022, C. I-B, s. 901 ve 904; Hasan Erman, *Eşya Hukuku Dersleri*, İstanbul: DER Yayınları, 2017, s. 99; Hüseyin Tokat, *Türk Hukukunda Gaiplik*, Ankara: Seçkin, 2018, s. 166.

<sup>38</sup> Tokat, *Türk Hukukunda Gaiplik*, s. 166.

<sup>39</sup> Özkaya, *Eşya Hukuku-Taşınmaz Mülkiyeti*, s. 900 ve 903; Tokat, s. 166.

<sup>40</sup> Erman, s. 99; Özkaya, *Eşya Hukuku-Taşınmaz Mülkiyeti*, s. 901 ve 904.

<sup>41</sup> Tokat, s. 167.

<sup>42</sup> Düzceer, s. 1; Fikret Eren, *Mülkiyet Hukuku*, Ankara: Legem, 2024, 8.Baskı, s. 279; Akıntürk, s.489; Burcu Yağcıoğlu, *Kazandırıcı Zamanaşımı*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2014, s. 89.

<sup>43</sup> <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/8660.pdf>

<sup>44</sup> Burada bahsedilen kanun, Türk Kanunu Medenisi'dir.

(...) hakkında gaiplik kararı verilmiş bir kimse adına kayıtlı bulunan taşınmazın tamamının veya bölünmesinde sakınca olmayan bir parçasının zilyedi de, o taşınmazın tamamı, bir parçası veya bir payı üzerindeki mülkiyet hakkının tapu kütüğüne tesciline karar verilmesini isteyebilir." şeklinde düzenlenmiş olup tapulu taşınmazlarla ilgilidir. Bu fıkroda taşınmazın kimin adına kayıtlı olacağı belirtilmiştir. Buna göre tapu kayıt maliki, tapu kütüğünden anlaşılamayan veya yirmi yıl önce hakkında gaiplik kararı verilmiş olan bir kimse olmalıdır.

a. *Hakkında Gaiplik Kararı Alınan Kişiye Ait Taşınmazın Olağanüstü Zamanaşımıyla Kazanılması*

a.a. *Şartları*

Gaipliğin ölüme benzer hukuki sonuçlarından en önemlisi kendisini mirasın intikalinde göstermektedir. TMK'nun 599. maddesinin ilk iki fıkrası şöyledir: "(f.1) Mirasçılar, miras bırakanın ölümü ile mirası bir bütün olarak, kanun gereğince kazanırlar. (f.2) Kanunda öngörülen ayırık durumlar saklı kalmak üzere mirasçılar, miras bırakanın aynî haklarını, alacaklarını, diğer malvarlığı haklarını, taşınır ve taşınmazlar üzerindeki zilyetliklerini doğrudan doğruya kazanırlar ve miras bırakanın borçlarından kişisel olarak sorumlu olurlar". Bu nedenle, gaiplik kararının kesinleşmesiyle birlikte gaibin tüm malvarlığı onun mirasçılarına kûl olarak kendiliğinden geçmektedir. Murisin terekesinde taşınmaz (veya taşınmazlar) bulunmakta ise mirasçıların taşınmazdan tasarruf edebilmeleri için taşınmazları kendi adlarına tescil ettirmeleri gerekmektedir. Aksi halde mirasçıların tescil durumunu ihmal etmeleri birtakım şartların da birlikte bulunması halinde kendi aleyhlerine sonuçların ortaya çıkmasına neden olabilmektedir<sup>45</sup>. İşte, yukarıda belirtilmiş olan TMK'nun 713. maddesinin 2. fıkrası da bu durumu düzenlemiştir. Bu nedenle, 2. fıkroda geçen gaiplik kavramını esas alarak olağanüstü zamanaşımının şartlarını, taşınmazın 20 yıl önce hakkında gaiplik kararı verilmiş kimse adına kayıtlı olması, taşınmaz üzerindeki zilyetliğin<sup>46</sup> malik sıfatı ile olması, zilyetliğin davasız ve aralıksız olması ve zilyedin taşınmazın tamamı, bir parçası veya bir payı üzerindeki mülkiyet hakkının tapu kütüğüne tesciline karar verilmesi ile ilgili olarak bir talepte bulunması şeklinde belirtmek mümkündür.

<sup>45</sup> Safa Reisoğlu, "Fevkalâde Müruru Zaman ve İlgili İçtihatı Birleştirme Kararları", Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Ankara, 17/2 (1962), s. 373; Topuz, s. 231.

<sup>46</sup> Burada da TMK'nun 996. maddesine göre külli veya cüzi halefiyet yoluyla eklemeli zilyetlik mümkündür. (Bkz. Turhan Esener/Kudret Güven, *Eşya Hukuku*, Ankara: Yetkin, 2017, 7. Baskı, s. 244; Gökhan Antalya/Murat Topuz, *Eşya Hukuku*, Ankara: Seçkin, 2019, C. IV, 3. Baskı, s. 239).

Dikkat edilirse burada zilyet açısından onun iyi niyetli olması gerektiği koşulu bulunmamaktadır. Zilyedin iyi niyetli olmaması, başka bir deyişle kötü niyetli olması, olağanüstü zamanaşımının uygulanması bakımından bir engel teşkil etmemektedir.

Bu başlık altında son olarak şu husus da belirtilmelidir ki; gaip kişinin mirasçısının olması, zilyedin 20 yıllık gaiplik kararına dayanılarak olağanüstü zamanaşımı sebebiyle taşınmazın mülkiyetini kazanmasına bir engel teşkil etmemektedir. Ancak bunun için mirasçıların kim olduğunun bilinmemesi ve bu mirasçıların taşınmazı tapuda adlarına (açıklayıcı) tescil yaptırmamış olmaları gerekmektedir<sup>47</sup>. Bununla birlikte mirasçılık sıfatının devlete ait olduğu durumda 20 yıllık gaiplik hükümlerine dayanılması mümkün değildir<sup>48</sup>.

*a.b. Gaiplik Kavramının Hüküm ve Neticelerini Doğurduğu An*

Gaiplik kararı ile gaip kişinin/gaibin mirası açılacağından onun mirasçılarının bilinmemesi veya bilirse dahi onlar tarafından tapuya adlarına açıklayıcı/bildirici tescilin yapılmamış olması, tapu kayıt maliki olarak sadece gaibin isminin yer alması bakımından gerçeği yansıtmayacak ve olağanüstü zamanaşımı yoluyla taşınmaz iktisabına konu olabilecektir.<sup>49</sup> Başka bir deyişle, gaiplik kararı verilmesi akabinde mirasın açılmasıyla gaibin mirasçılarının bu taşınmaz üzerinde 20 yıllık süre boyunca açıklayıcı tescil yaptırılmaları gerekmektedir<sup>50</sup>. Burada önemli olan, bu 20 yıllık sürenin ne zaman başlayacağı noktasında toplanmaktadır. Bu sorunun çözüme kavuşturulabilmesi için öğretilerde çeşitli görüşler bulunmakta olup bu görüşleri şu şekilde sıralayabiliriz:

Birinci görüş, 20 yıllık sürenin gaiplik kararının verilmesi ile birlikte başlayacağını belirtmektedir<sup>51</sup>. Bu görüş kaynağını, TMK'nın 713. maddesinin 2. fıkrasında geçen "...yirmi yıl önce hakkında gaiplik kararı verilmiş bir kimse..." ifadesinden almaktadır. Aynı zamanda TMK'nın 713. maddesi,

<sup>47</sup> Sirmen, s. 388; Kılıçoğlu, Eşya Hukuku, s. 318; Zeynep Anıl Atay, "Olağanüstü Kazandırıcı Zamanaşımı Yoluyla Taşınmaz Mülkiyetinin Kazanılması", Terazi Hukuk Dergisi, 16/174 (2021), s. 240.

<sup>48</sup> Eren, s. 289; Atay, s. 240.

<sup>49</sup> Şölen Külahçı Serengil, "Olağanüstü Zamanaşımı Yoluyla Taşınmaz Mülkiyetinin Kazanılması", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, İstanbul, 68/1-2 (2010), s. 224; Yağcıoğlu, s. 115.

<sup>50</sup> Erman, s. 99; Tokat, s. 174.

<sup>51</sup> Özkaya, Eşya Hukuku-Taşınmaz Mülkiyeti, C. I-B, s. 930.

bu Kanun'un 35. maddesine göre özel hüküm (*lex specialis*<sup>52</sup>) niteliğindedir<sup>53</sup>. Genel hüküm (*lex generalis*) ile özel hükmün somut olayda uygulanması bakımından özel hükme öncelik tanınması gerekmektedir<sup>54</sup>. TMK'nın 713. maddesi, TMK'nın 32. maddesine göre özel hüküm olarak kabul edilirse bir ilişkiyi düzenleyen özel hükmün bulunması halinde genel hüküm yerine özel hükmün uygulanması gerekmektedir. Daha somut bir ifade ile özel hüküm genel hükümden önce gelmektedir<sup>55</sup>.

İkinci görüş, TMK'nın 35. maddesinin 2. fıkrasına göre gaiplik kararının geçmişe yürüyeceğini (*geçmişe etkili=ex tunc*) öngörmektedir. Aslında bu görüş, bahsi geçen hükmün ifadesiyle aynı doğrultudadır. Bu hüküm aynen şu şekildedir: "*Gaiplik kararı ölüm tehlikesinin gerçekleştiği veya son haberin alındığı günden başlayarak hüküm doğurur*". Bu doğrultuda; somut olaya göre, 20 yıllık süre ölüm tehlikesi içinde kaybolma durumu varsa bu tarihten, kendisinden uzun zamandır haber alınamayan bir kimse varsa onun hakkında son haber alınma tarihinden itibaren işlemeye başlayacaktır<sup>56</sup>.

Nihayet son görüş, 20 yıllık sürenin gaiplik kararının kesinleşmesinden sonra başlayacağını belirtmektedir<sup>57</sup>.

Bu görüşler arasında kademeli bir değerlendirme yapılabilir. Öncelikle birinci görüş ile ikinci görüş arasında bir değerlendirme yapıldığında; yukarıdaki bilgilere göre 20 yıllık zamanaşımı süresinin başlaması için birinci görüş, TMK'nın 713. maddesini esas almakta iken; ikinci görüş, anılan Kanun'un 35. maddesini esas almaktadır. Bu görüşler arasında tercih yapmak gerektiğinde 20 yıllık sürenin başlangıcı için birinci görüşün esas alınması gerektiği sonucuna varılabilmektedir. Bu nedenle sürenin başlangıcı için ilk başta gaiplik kararının alınması gerekmektedir.

---

<sup>52</sup> Bu durum, *lex specialis derogat generali* olarak da adlandırılır. (Bununla ilgili bkz. Fahrettin Aral/Hüseyin Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Ankara: Yetkin, 2015, 11. Baskı, s. 49.)

<sup>53</sup> Ancak, TMK'nın 35. maddesi, anılan Kanun'un "Kişiler Hukuku"na ilişkin birinci kitabında düzenlenmişken; TMK'nın 713. maddesi ise "Eşya Hukuku"na ilişkin dördüncü kitabında düzenlenmiştir.

<sup>54</sup> Eren, s. 293; Tokat, s. 175.

<sup>55</sup> Helvacı/Erlüle, s. 14.

<sup>56</sup> Akıntürk, s. 496-497; Kılıçoğlu, *Medeni Hukuk*, s.138; Öğretide, gaiplik kararı verildikten sonra gaibin vefat ettiğinin anlaşılması halinde esas alınacak anın, sonradan saptanan ölüm tarihi olacağını belirten görüşlere de rastlamak mümkündür. (bkz. Ali İhsan Özüğür, *Türk Medeni Kanunundan Önce ve Sonra Miras Hukuku*, Ankara: Seçkin, 2016, 4. Baskı, C. 2, s. 1946; Gençcan, s. 268.).

<sup>57</sup> Sirmen, s. 414; Erman, s. 99; Kılıçoğlu, *Eşya Hukuku*, s. 361; Topuz, s. 230; Yağcıoğlu, s. 122.

Öte yandan; birinci ve üçüncü görüşler arasında yaptığımız değerlendirme sonucunda üçüncü görüşün esas alınması gerektiği düşüncesindeyiz. Zira, bir mahkeme kararının hüküm ve sonuç doğurabilmesi için onun usul hukuku yönünden kesinleşmesi gerekmekte olup kararın kesinleşmesiyle birlikte tarafların o kararla diledikleri amaç gerçekleşmiş olmaktadır<sup>58</sup>. Bu nedenle; 20 yıllık süre, mahkemece verilen gaiplik kararının kesinleşmesi itibariyle başlamalıdır. Hal böyleyken, zilyetliğin başlangıcı gaiplik kararının verilmesi sonrasında başlamışsa bu 20 yıllık süre zilyetliğin esasını oluşturan fiili hakimiyetin sağlanmasından itibaren başlayacaktır<sup>59</sup>.

TMK'nın 713. maddesinin 2. fıkrasına göre gaibin taşınmazının olağanüstü zanaşımı yoluyla kazanılmasına ilişkin şartların kümülatif olarak somut olayda bulunması halinde anılan hükmün 5. fıkrasının 2. cümlesinde belirtildiği gibi mülkiyet, birinci fıkrada<sup>60</sup> öngörülen koşulların gerçekleştiği anda kazanılmış olmaktadır. Ancak zilyedin taşınmaz üzerinde tasarrufta bulunabilmesi için tescil yaptırması şart olup tescil, açıklayıcı tescildir. Söz konusu tescilin yapılması için mahkemede buna yönelik davanın açılması gerekmektedir. Zira, TMK'nın 713. maddesinin 2. fıkrasında yer alan, "...taşınmazın tamamının veya bölünmesinde sakınca olmayan bir parçasının zilyedi de, o taşınmazın tamamı, bir parçası veya bir payı üzerindeki mülkiyet hakkının tapu kütüğüne tesciline karar verilmesini isteyebilir..." ifadesinden bu durum anlaşılmaktadır. Uygulamada hukuki niteliği, "4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 713/2. maddesinde düzenlenen gaiplik hukuki sebebine dayalı tapu iptali ve tescil"<sup>61</sup> olarak belirtilen bu dava, TMK'nın 713. maddesinin 3. fıkrasına göre Hazine'ye ve ilgili kamu tüzel kişilerine veya varsa tapuda malik gözükken kişinin mirasçılara karşı açılmalıdır.

Çalışmanın önceki kısımlarında değindiğimiz bir husus, gaiplik kavramının ölüm gibi hukuki bir olay olduğu ve benzer sonuçları doğurduğuydu. Önceden TMK'nın 713. maddesinin 2. fıkrasında "yirmi yıl önce" ibaresinden sonra ve "hakkında" kelimesinden önce gelmek üzere

<sup>58</sup> Baki Kuru/Burak Aydın, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku*, Ankara: Yetkin, 2021, s. 554; Hakan Pekantez/Muhammet Özekes/Mine Akkan/Hülya Taş Korkmaz, *Medenî Usûl Hukuku*, C. III, 15. Bası, s. 2055-2056.

<sup>59</sup> Tokat, s. 177; Eraslan Özkaya, s.46.

<sup>60</sup> Çalışmanın önceki aşamalarında da açıklandığı üzere TMK'nın 713. maddesinin 1. fıkrasındaki tapusuz taşınmazlarla ilgili şartlar, 2. fıkrasındaki tapulu taşınmazlara yönelik şartlarda da aranmaktadır.

<sup>61</sup> Yargıtay 7. HD; 26.01.2023 T. ve 2021/8576 E., 2023/540 K.



“ölmüş ya da” ibaresi bulunmakta idi. Bu ibare, Anayasa Mahkemesi tarafından 2011 yılında iptal edilmiştir. Anayasa'nın 148. maddesinin 1. fıkrasının ilk cümlesine göre; Anayasa Mahkemesi, Kanunların, Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün Anayasa'ya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetlemekte ve bireysel başvuruları karara bağlamaktadır. Hükümden de anlaşılacağı üzere; Anayasa Mahkemesi'nin temel görevi, Kanunların Anayasa'ya uygunluğunu denetlemek olup bu denetim ya norm denetimi ya da bireysel başvuru (Anayasa şikayeti) şeklindedir<sup>62</sup>. Norm denetiminin ise soyut norm denetimi (iptal davası) ve somut norm denetimi (itiraz yolu) şeklinde iki ayrı türü bulunmaktadır<sup>63</sup>. Soyut norm denetimi, Anayasa'da belirtilmiş olan organlar<sup>64</sup> tarafından bir kanun aleyhine olmak üzere Anayasa Mahkemesi'nde iptal davası açılması olarak tanımlanabilir. Bu denetim türünde, kanunun uygulanmakta olduğu somut bir olay veya bir dava mevcut değildir. Dolayısıyla bizi ilgilendiren “somut norm denetimi”dir. “Defî (*exceptio*) yolu” ismiyle de anılan ancak hukuk tekniği bakımından bir itiraz olan<sup>65</sup> somut norm denetimi, herhangi bir davanın sonuçlanmasının o davada yararlanılacak olan hukuk kuralının Anayasaya uygun olup olmadığına bağlı olması halinde yapılmaktadır.<sup>66</sup> Bu denetim, ya mahkemece re'sen ya da tarafların ileri sürmesi yoluyla başlamaktadır. Taraflarca ileri sürülmesi halinde mahkeme tarafından, öncelikle talebin gerekli olup olmadığı noktasında bir değerlendirilmenin yapılması gerekmektedir.

Ankara 11. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin, Anayasa Mahkemesi'ne yaptığı başvuru (somut norm denetimi) ile bu ibarede yer alan “ölmüş” kelimesinin Anayasa'nın 2., 10., 13., 35. ve 36. maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve yürürlüğünün durdurulması talep edilmiştir. Yapılan inceleme sonucunda, Anayasa Mahkemesi'nin 17.03.2011 tarihli ve 2009/58 Esas,

<sup>62</sup> Hasan Tahsin Fendoğlu, *Anayasa Yargısı*, Ankara: Yetkin, 2020, 4. Baskı, s. 229 ve 230; Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, Bursa: Ekin, 2022, s. 459.

<sup>63</sup> Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Yetkin, 2022, 22. Baskı, s. 409; Ayhan Döner, *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Yetkin, 2023, 3. Baskı, s. 557 ve 560.

<sup>64</sup> Anayasa'nın “İptal davası” başlıklı 150. maddesinde sayılan bu organlar, “Cumhurbaşkanı, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde en fazla üyeye sahip iki siyasi parti grubu ve üye tamsayısının en az beşte biri tutarındaki üyeler”dir.

<sup>65</sup> Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku*, İstanbul: Beta, 2016, 22. Bası, s. 245 ve 247; Zaten, bir kanun hükmünün Anayasa'ya aykırılığı, mahkeme tarafından re'sen dikkate alınabilmektedir. 6216 sayılı Kanun'un 3. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendindeki, “Anayasa'nın 152. maddesine göre mahkemelerce itiraz yoluyla kendisine intikal ettirilen işleri karara bağlamak” şeklinde buna işaret etmiştir.

<sup>66</sup> Özbudun, s. 411; Döner, s. 560.



2011/52 Karar<sup>67</sup> sayılı kararıyla TMK'nın 713. maddesinin 2. fıkrasında yer alan '...ölmüş...' sözcüğünün Anayasa'ya aykırı olması sebebiyle oybirliği ile iptaline; bu sözcüğün iptali nedeniyle uygulanma olanağı kalmayan ve iptal edilen sözcükten sonra yer alan '...ya da...' sözcüğünün de, 2949 sayılı<sup>68</sup> Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 29. maddesinin 2. fıkrası gereğince oybirliği ile iptaline karar verilmiştir. Bu durumda fıkra da geçen, "...veya yirmi yıl önce hakkında gaiplik kararı verilmiş..." ibaresinin de neden iptal edilmediği sorusunun akla gelebilmesi mümkündür.

Anayasa Mahkemesi'nin, iptal davasına konu yapılmamış kanun hükümleri hakkında değerlendirme yapmak suretiyle iptal kararı vermesi mümkün değildir. Somut bir ifade ile, Anayasa Mahkemesi taleple bağlıdır. Zaten, 6216 sayılı "Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun"un 43. maddesinin 3. fıkrasının son cümlesi de "...mahkeme<sup>69</sup>, taleple bağlı kalmak şartıyla başka gerekçeyle de Anayasa'ya aykırılık kararı verebilir" şeklinde bu duruma işaret etmiştir.

Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu iptal kararında geçen "Sınırlama Sorunu" başlığı altındaki açıklamalarına göre Anayasa'nın 152. ve Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un ilgili maddesine göre, Anayasa Mahkemesi'ne itiraz yoluyla yapılacak başvuruların, itiraz yoluna başvuran mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulayacağı yasa kuralları ile sınırlı tutulduğu, TMK'nın 713. maddesinin ikinci fıkrasında bulunan ve iptal istemi dışında kalan "hakkında gaiplik kararı verilmiş" kısmı yönünden de itirazın uygulanmasının söz konusu olmayacağına işaret edilmiştir.

## SONUÇ

Gaiplik, TMK'nın 28 ilâ 35. maddelerinde düzenlenmiş ve gerçek kişiler ile ilgili olarak uygulama alanı bulan bir kavramdır. Kökeni Roma Hukuku'na kadar dayanan bu kavramın bir kişi hakkında uygulanabilmesi için o kişi adına mahkemedен buna yönelik bir kararın alınması gerekmektedir. Gaiplik kararı ile birlikte kişinin şahıs varlığı ile malvarlığı

<sup>67</sup><https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2011-52-nrm.pdf>

<sup>68</sup> Bu Kanun yürürlükten kaldırılmış olup yerine uygulanan kanun ise 6216 sayılı Kanun'dur.

<sup>69</sup> Kastedilen, Anayasa Mahkemesi'dir.

üzerinde birtakım hukuki sonuçlar meydana gelmektedir. Öte yandan; gaiplik kararı ile gaibin mirasçılarının onun maliki olduğu taşınmaza yönelik (bilerek ya da bilmeyerek) tasarruf etme konusunda pasif durumda kalmaları nadir olsa da mümkündür. İşte tam bu noktada söz konusu taşınmaz bakımından bir “belirsizlik” durumu ortaya çıkmaktadır. Bu belirsizlik durumunun giderilmesinin temelinde ise “kamu yararı” kavramı bulunmakta olup bu ihtiyaca karşılık hukuk düzenimizce kabul edilen kavrama kazandırıcı zamanaşımı denilmektedir. Zira, bu kavramın ortaya çıkmasına yönelik temel düşüncenin “mülkiyetin ilânihaye meşkur kalmaması” olduğu kabul edilmektedir. Bu doğrultuda, kazandırıcı zamanaşımının tapu sicilini tamamlayan bir özelliğinin olduğunu söylemek mümkündür.

Taşınmazın tapu kayıt malikinin gaip kişi olması, taşınmazı kazandırıcı zamanaşımı yoluyla iktisaba elverişli hale getirmektedir. Zira, gaiplik kararı ile tapu kütüğünün açıklık ilkesi ortadan kalkmaktadır. Tıpkı gaiplik gibi hukuki bir olay olan kazandırıcı zamanaşımının taşınmazlarla ilgili olan düzenlemesine TMK’nın 712 ve 713. maddelerinde rastlamaktayız. TMK’nın 712. maddesi, olağan zamanaşımını düzenlerken, 713. maddesi ise olağanüstü zamanaşımını düzenlemektedir. Tapulu taşınmazlarla ilgili olan TMK’nın 713. maddesinin 2. fıkrasının gaiplik kavramına doğrudan yer verdiği görülmektedir. Olağan zamanaşımını düzenleyen TMK’nın 712. maddesinde de gaiplik kavramının uygulanması mümkün olup bu kavrama TMK’nın 996. maddesinde rastlanılmaktadır. Bu durum, gaip zilyedin iyi niyetli olup olmamasına göre değişiklik göstermektedir. Az önce bahsedilen TMK’nın 713. maddesinin 2. fıkrası ile ilgili olarak da gaiplik kavramının uygulanabilmesi için birtakım şartların kümülatif olarak bulunması gerekmektedir.

Çalışma konumuzu esas olarak ilgilendiren ise olağanüstü zamanaşımında 20 yıllık sürenin gaiplik kararı ile ilgili olarak ne zamandan itibaren hüküm ve sonuç doğuracağıdır. Zira, TMK’nın 713. maddesi ile anılan Kanun’un 35. maddesi farklı durumlara işaret etmiştir. Bu sorunun çözüme kavuşturulabilmesi için üç görüş bulunmaktadır. İlki, 20 yıllık sürenin gaiplik kararının verilmesi ile başlayacağını; ikincisi, gaiplik kararının verilmesi ile bu kararın geçmişe yürüyerek 20 yıllık sürenin duruma göre ölüm tehlikesinin gerçekleştiği veya kişi hakkında son haberin alındığı günden itibaren başlayacağını; üçüncü ve son görüş ise bu sürenin gaiplik kararının kesinleşmesinden itibaren başlayacağını belirtmektedir. Bizim görüşümüz ise uygulamada da benimsenen üçüncü görüş doğrultusundadır. Daha somut bir ifade ile; 20 yıllık süre, mahkemece verilen gaiplik kararının

kesinleşmesi ile başlamalıdır. Bu bir kuraldır ve kuralın bulunduğu yerde istisnasının da bulunması kaçınılmazdır. Taşınmaz üzerindeki zilyetlik, gaiplik kararının kesinleşmesinden sonra başlamışsa bu durumda 20 yıllık süre o tarihte başlayacak olup bu da kuralın istisnasını teşkil etmektedir. Ancak böyle bir durum yoksa da 20 yıllık sürenin, mahkemece verilen gaiplik kararının kesinleşmesi ile başlaması gerekmektedir.

Öte yandan; gaiplik kavramının kişiliği ölüm olayı gibi sona erdiren bir işlevi bulunmasına rağmen kanunda “ölmüş” ibaresinin Anayasa Mahkemesi’nce iptal edilip gaiplik kelimesinin söz konusu hükümde yer almaya devam etmesi eleştirilmesi gereken bir konudur. Ancak Anayasa Mahkemesi taleple bağlı olduğundan hükümde geçen, “...veya yirmi yıl önce hakkında gaiplik kararı verilmiş...” ifadesinin de soyut norm denetimi veya somut norm denetimi ile ileri sürülüp iptali sağlanmadıkça bu kavramın geçerli olarak uygulanmaya devam edeceği anlaşılmalıdır. Bununla birlikte, “ölmüş” ibaresinin iptal edilip onun gibi hukuki sonuçlara sebep olan “gaiplik” kavramının yürürlükte kalmaya devam etmesiyle de TMK’nın 713/2 hükmünün ahengini bozulduğunu düşünmekteyiz.

Öte yandan; TMK’nın 713/2 hükmündeki gaiplik kavramının yürürlükte kalmaya devam etmesi durumunda, gaip kişinin maliki olduğu taşınmaza yönelik 20 yıllık kazandırıcı zamanaşımı süresinin gaiplik kararının kesinleşmesi ile başlayacağına dair yasal bir düzenlemenin yapılmasının yerinde olacağını düşünmekteyiz.

Bununla birlikte gerek olağan zamanaşımında 10 yıllık, gerekse olağanüstü zamanaşımında 20 yıllık kazandırıcı zamanaşımı sürelerinin gaibin mirasçılarınca tamamlanmasında önemli bir rolü olduğunu düşündüğümüz eklemeli zilyetliğe ilişkin özel durumların TMK’nın 996. maddesinden bağımsız olarak TMK’nın 712 ve 713. maddelerinde ayrıca düzenlenmesinin de yararlı olacağı inancındayız.

## KAYNAKÇA

- Akçaal Mehmet, Eşya Hukuku, Ankara: Yetkin, 2023, 3. Baskı.
- Akçaal Mehmet, Medenî Hukuk, Ankara: Yetkin, 2022.
- Akıntürk Turgut, Eşya Hukuku, İstanbul: Beta, 2009.
- Akıntürk Turgut/Akıpek Jale, Eşya Hukuku, İstanbul: Beta, 2009.
- Akıpek Jale/Akıntürk Turgut/Ateş Derya, Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, Ankara: Beta, 2018, C. I, 14. Baskı.
- Antalya Gökhan/Topuz Murat, Eşya Hukuku, Ankara: Seçkin, 2019, C. IV, 3. Baskı.
- Aral Fahrettin/Ayrancı Hüseyin, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara: Yetkin, 2015, 11. Baskı.
- Atay Zeynep Anıl, “Olağanüstü Kazandırıcı Zamanaşımı Yoluyla Taşınmaz Mülkiyetinin Kazanılması”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 16/174 (2021): (ss. 233-249).
- Baygın Cem/Nar Ahmet, Medeni Hukuk Dersleri, Ankara: Yetkin, 2021.
- Devellioğlu Ferit, Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lûgat, Ankara: Aydın Kitabevi, 1999, 16. Baskı.
- Di Marzo Salvatore, Roma Hukuku, (çev. Ziya Umur), İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1954.
- Döner Ayhan, Türk Anayasa Hukuku, Ankara: Yetkin, 2023, 3. Baskı.
- Dural Mustafa/Öğüz Tufan, Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2022, 23. Baskı.
- Düzceer Ali Rıza, Kazandırıcı Zamanaşımıyla Taşınmaz İktisabı, Ankara: Yetkin, 1994, 2. Baskı.
- Erdoğan Belgin, Roma Eşya Hukuku, İstanbul: DER Yayınları, 2020.
- Eren Fikret, Mülkiyet Hukuku, Ankara: Yetkin, 2016, 4. Baskı.
- Ergün Ömer, Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinin Ehliyet Durumu, İstanbul: Onikilevha, 2010, 1. Baskı.
- Erman Hasan, Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul: DER Yayınları, 2017.
- Esener Turhan/Güven Kudret, Eşya Hukuku, Ankara: Yetkin, 2017, 7. Baskı.
- Fendoğlu Hasan Tahsin, Anayasa Yargısı, Ankara: Yetkin, 2020, 4. Baskı.
- Gençcan Ömer Uğur, Miras Hukuku, Ankara: Yetkin, 2022.
- Gözler Kemal, Anayasa Hukukunun Genel Esasları, Bursa: Ekin, 2022.
- Günal Nadi, Roma Hukukundan Günümüze Kazandırıcı Zamanaşımı ile Mülkiyetin İktisabı (Usucapio), Ankara: Yetkin, 2006.
- Hatemi Hüseyin, Gerçek Kişiler Hukuku, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2005.
- Hatemi Hüseyin, Kişiler Hukuku, İstanbul: Onikilevha, 2021, 9. Bası.
- Helvacı Serap, Gerçek Kişiler, İstanbul: Legal, 2010, 3. Bası.
- Helvacı Serap/Erlüle Fulya, Medeni Hukuk, İstanbul: Legal, 2011, 2. Bası.
- Honig Richard (çev. Şemseddin Talip), Roma Hukuku, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1993.
- İnan Ali Naim, Türk Medeni Hukuku, Ankara: Seçkin, 2014.
- Keyman Selâhattin, Hukuka Giriş, Ankara: Yetkin, 2005, 3. Baskı.
- Kılıçoğlu, M. Ahmet, Eşya Hukuku, Ankara: Turhan Kitabevi, 2021.
- Kılıçoğlu, M. Ahmet, Medeni Hukuk, Ankara: Turhan Kitabevi, 2017, 6. Bası.

- Kuru Baki/Aydın Burak, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku, Ankara: Yetkin, 2021.
- Oğuzman Kemal/Barlas Nami, Medenî Hukuk, İstanbul: Onikilevha, 2022, 28. Bası.
- Oğuzman Kemal/Seliçi Özer/Oktay-Özdemir Saibe, Eşya Hukuku, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2022, 24. Bası.
- Oğuzman Kemal/Seliçi Özer/Oktay-Özdemir Saibe, Kişiler Hukuku, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021.
- Özbudun Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Ankara: Yetkin, 2022, 22. Baskı.
- Özkaya Eraslan, Eşya Hukuku-Taşınmaz Mülkiyeti, Ankara: Seçkin, 2022, C. I-B.
- Özkaya Eraslan, Eşya Hukuku-Zilyetlik ve Tapu Sicili, Ankara: Seçkin, 2022, C. III.
- Özkaya Eraslan, Özel Hukukumuzda Zamanaşımı ve Hak Düşürücü Süreler, Ankara: Seçkin, 2016, 2. Baskı.
- Öztan Bilge, Kişiler Hukuku, Ankara: Yetkin, 2021, 11. Baskı.
- Öztan Bilge, Tüzel Kişiler, Ankara: Turhan Kitabevi, 1998, 2. Bası.
- Öztan Bilge/Gürpınar Damla, Medenî Hukukun Temel Kavramları, Ankara: Yetkin, 2022, 47. Baskı.
- Özuğur Ali İhsan, Türk Medeni Kanunundan Önce ve Sonra Miras Hukuku, Ankara: Seçkin, 2016, 4. Baskı, C. 2.
- Pekcanitez Hakan/Özekes Muhammet/Akkan Mine/Taş Korkmaz Hülya, Medenî Usûl Hukuku, C. III, 15. Bası.
- Reisoğlu Safa, "Fevkalâde Müruru Zaman ve İlgili İçtihadı Birleştirme Kararları", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, Ankara, 17/2 (1962): (ss.361-392).
- Sapanoğlu Süleyman, Tescil-Tapu İptali ve Tescil Davaları, Ankara: Adalet Yayınevi, 2010, C. 2.
- Serengil Şölen Külahçı, "Olağanüstü Zamanaşımı Yoluyla Taşınmaz Mülkiyetinin Kazanılması", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, İstanbul, 68/1-2 (2010): (ss.219-243).
- Serozan Rona, Medeni Hukuk, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013, 4. Bası.
- Sirmen Lâle, Eşya Hukuku, Ankara: Yetkin, 2022, 10. Baskı.
- Şahin Eda, "Gaipliğin Miras Hukuku Bakımından Hüküm ve Sonuçları", *TBB Dergisi*, 144 (2019): (ss. 249-275).
- Tahiroğlu Bülent/Erdoğan Belgin, Roma Hukuku Meseleleri, İstanbul: DER Yayınları, 2005.
- Teziç Erdoğan, Anayasa Hukuku, İstanbul: Beta, 2016, 22. Bası.
- Tokat Hüseyin, Türk Hukukunda Gaiplik, Ankara: Seçkin, 2018.
- Topuz Murat, Türk Özel Hukukunda Taşınmaz Mülkiyeti, Ankara: Seçkin, 2020.
- Türk Dil Kurumu Yazım Kılavuzu, Ankara: 2012, 27. Baskı.
- Yağcıoğlu Burcu, Kazandırıcı Zamanaşımı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2014.
- Yıldırım Abdülkerim, Türk Hukukunda Tapuya Güven Yoluyla Aynı Hak Kazanımı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2016.
- Yılmaz Süleyman, Medeni Hukuk Cilt I Başlangıç Hükümleri, Ankara: Yetkin, 2022.
- Türk Hukuk Lügatı, Ankara: Başbakanlık Basımevi, 1991.
- <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2011-52-nrm.pdf>

<https://www.etimolojiturkce.com/kelime/gaip>

<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/8-hukuk-dairesi-e-1986-4678-k-1986-6449-t-28-04-1986>

<https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/8660.pdf>

# TÜRK MEDENİ HUKUKUNDA VAKIFLARIN DENETİMİ

Şule KARAKAYA

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü,  
Özel Hukuk Doktora Programı Öğrencisi

ORCID: <https://orcid.org/0009-0002-4875-7283>,  
[sulekkaya@gmail.com](mailto:sulekkaya@gmail.com)

Geliş Tarihi | Received: 06.12.2024

Kabul Tarihi | Accepted: 27.12.2024

İntihal: Bu makale, en az iki hakem tarafından incelendi ve intihal içermediği teyit edildi.

Plagiarism: This article has been reviewed by at least two referees and scanned via a plagiarism software.



Bu eser [Creative Commons Alıntı-Gayri Ticari-Türetilemez 4.0 Uluslararası Lisansı](#) ile lisanslanmıştır.

This work is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License](#).

Atıf | Citation:

Karakaya, Şule. "Türk Medeni Hukukunda Vakıfların Denetimi". Medeni Hukuk Dergisi. 2/1 (2025), s. 24-53.

## Yazar Beyanı

**Mali Destek:** Yazar, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır.

**Yazarların Katkıları:** Bu makale yazar tarafından tek başına hazırlanmıştır.

**Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı:** Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir.

**Etik Kurul Onayı Beyanı:** Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur.

**Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi:** Yazar, makalenin tüm süreçlerinde MHD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde MHD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın MHD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir.

## Author's Declaration

**Financial Support:** The author has not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

**Author's Contributions:** This article was prepared by the author alone.

**The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest:** No conflict of interest or common interest has been declared by the author.

**The Declaration of Ethics Committee Approval:** The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

**The Declaration of Research and Publication Ethics:** The author declares that she complies with the scientific, ethical, and quotation rules of MHD in all processes of the paper and that she does not make any falsification of the data collected. In addition, she declares that Civil Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than Civil Law Review.

## TÜRK MEDENİ HUKUKUNDA VAKIFLARIN DENETİMİ

### ÖZ

Hukuk düzeni tarafından kendisine bağımsız bir kişilik hakkı tanınan ve belirli bir ortak amacı gerçekleştirmek üzere biraraya gelen kişi ya da mal toplulukları tüzel kişiler olarak ifade edilir. Tüzel kişiler esasen, toplumsal düzeydeki bazı ihtiyaçların karşılanması amacıyla ortaya çıkmıştır. Yapılarına göre tüzel kişiler, kişi topluluğu ve mal topluluğu şeklinde sınıflandırılabilir. Mal topluluğu şeklindeki tüzel kişilerden biri olan vakıflar, çok eski zamanlardan beri varlığını sürdüren ve yaşanan gelişmelere uyum sağlayarak topluma ve ekonomiye katkı sağlamaya devam eden yapılardır. Vakıfların amacı ve yerine getirmekle yükümlü olduğu görevler bağlamında; denetim konusunun gündeme gelmesi kaçınılmazdır. Vakıflar iki şekilde denetlenir. İlki vakıfların içten denetimi iken; diğeri Vakıflar Genel Müdürlüğü ve üst kuruluşlarınca yapılan dış denetimdir. Vakıfların içeriden, bir denetim kurulu aracılığı ile denetlenmesi, Vakıflar Genel Müdürlüğü tarafından yapılan dış denetime herhangi bir etkide bulunmamaktadır. Vakıfların denetlenmesini konu alan bu çalışma, iki ana bölümde gerçekleştirilmiştir. İlk bölümde, konu bütünlüğünün sağlanması amacıyla denetimin tanımı ve amacı, denetim türleri genel hatlarıyla ele alınmıştır. Vakıf amacının gerçekleştirilmesinde denetimin rolü, yasal düzenlemeler uyarınca vakıfların denetlenme türleri ve denetim usulü ise, ikinci bölümde incelenmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Vakıf, İnceleme, Denetim, İç denetim, Dış denetim.



## **AUDITING OF FOUNDATIONS IN TURKISH CIVIL LAW**

### **ABSTRACT**

Legal entities are defined as groups of persons or property which are granted an independent personality right by the legal order and which come together to realize a certain common purpose. Legal entities have essentially emerged in order to meet certain needs at the social level. According to their structure, legal entities can be classified as a community of persons and a community of property. Foundations, which are one of the legal persons in the form of a community of property, are structures that have existed since ancient times and continue to contribute to society and the economy by adapting to the developments. In the context of the purpose of foundations and the duties they are obliged to fulfill; it is inevitable that the issue of audit comes to the agenda. Foundations are audited in two ways. The first is the internal audit of foundations, while the other is the external audit conducted by the General Directorate of Foundations and its higher organizations. The internal audit of foundations through an audit board does not have any effect on the external audit conducted by the General Directorate of Foundations. This study on the auditing of foundations is organized in two main sections. In the first part, the definition and purpose of audit and audit types are discussed in general terms in order to ensure the integrity of the subject. The role of audit in the realization of the purpose of the foundation, the types of auditing of foundations in accordance with legal regulations and the audit procedure are examined in the second part.

**Keywords:** Foundation, Inspection, Auditing, Internal Auditing, External Auditing.

## GİRİŞ

Hukukta, hak ehliyetine sahip olan varlıklara kişi adı verilir. Hak ehliyeti, haklara ve borçlara sahip olabilme ehliyetidir. Hukuk alanında bu iktidar yalnızca gerçek kişilere tanınmış değildir. Gerçek kişiler yanında, toplumsal ihtiyaçların karşılanması için bazı kişi ve mal toplulukları da hak sujesi olarak kabul edilmiştir<sup>70</sup>.

Hukuk düzeni tarafından kendisine bağımsız bir kişilik hakkı tanınan ve belirli bir ortak amacı gerçekleştirmek üzere bir araya gelen kişi ya da mal toplulukları “tüzel kişiler” olarak ifade edilir. Bu kişilerin mevcudiyeti ve etkisi, hukuksal alanda kuşkusuz şekilde kabul edilmektedir<sup>71</sup>.

Tüzel kişilerin, yapılarına göre kişi topluluğu ve mal topluluğu şeklinde sınıflandırılması mümkündür. Mal topluluğu şeklindeki tüzel kişilerden biri olan vakıflar ve benzeri oluşumlar; gerek ülkemizde gerekse dünyada çok uzun yıllardan beri varlığını sürdürmektedir<sup>72</sup>.

---

<sup>70</sup> Bilge Öztan, *Şahsın Hukuku Hakiki Şahıslar*, Ankara: Turhan Kitabevi, 1992, s. 4.

<sup>71</sup> Teoman Akünal, *Türk Medeni Hukukunda Tüzel Kişiler*, İstanbul: Beta Basım Yayın, 1995, s. 3.

<sup>72</sup> Vakıflar hakkında ayrıntılı bilgi edinmek için bkz. Jale G. Akipek ve Turgut Akıntürk, *Türk Medeni Hukuku, Birinci Cilt- İkinci Cüz: Şahsın Hukuku*, Ankara: Sevinç Matbaası, 1996, s. 367-396; Kemal Fikret Arık, *Türk Hususi Hukuk Sistemi (Şahsın Hukuku, Aile Hukuku ve Yargı Sistemi)*, Ankara: Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları, 1964; Esat Arsebük, *Medeni Hukuk Cilt- I: Başlangıç ve Şahsın Hukuku*, Ankara: Tan Matbaası, 1938; Ahmet İşeri, “Vakıflar (Medeni Kanundan Önceki ve Sonraki Vakıf Nevileri ve Hukuki Mahiyetleri)”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 21/1 (Mayıs 1964), s. 199-280; Ahmet İşeri, *Türk Medeni Kanunu’na Göre Vakıf (Tesis)*, Ankara: Sevinç Matbaası, 1968; Mehmet Özgür Avcı, *Türk Medeni Kanununa Göre Vakıf Yönetim Organı*, İstanbul: Beta Basım Yayın, 2006, s. 43 vd.; Ergun Özsunay, *Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler, Tüzel Kişilerin Genel Teorisi, Dernekler, Vakıflar*, İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 1978; Rona Serozan, *Tüzel Kişiler Özellikle: Dernekler ve Vakıflar*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1990, s. 80 vd.; Hasan Güneri, *Türk Medeni Kanunu Açısından Vakıfta Amaç Kavramı ve Amacına Göre Vakıf Türleri*, Ankara: Sevinç Matbaası, 1976; M. Tufan Ögüz, *Türk Hukukunda Vakıf Tüzel Kişiliğinin Hukuki Esasları*, İstanbul: Beşir Kitabevi, 2007, s. 13 vd.; Yusuf Uluç, *Açıklamalı-İçtihatlı Vakıflar Hukuku ve Mevzuatı*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2014; Hüseyin Avni Göktürk, *Türk Medeni Hukuku, Birinci Kitap: Şahsın Hukuku (Kişiler Hukuku)*, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1954, s. 222-230; Ahmet Samim Gönensay, *Medeni Hukuk Cilt- I: Hukuk Hakkında Umumi Malumat – Başlangıç – Şahsın Hukuku*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1936; Hüseyin Hatemi, *Medeni Hukuk Tüzel Kişileri Cilt- I, Giriş, Tarihi Gelişim, Eski Vakıflar*, İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 1979, s. 318 vd.; Hüseyin Hatemi, *Önceki ve Bugünkü Türk Hukukunda Vakıf Kurma Muamelesi*, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1969, s. 155 vd.; İlhan Demir, *Yeni Vakıfların Temel Kitabı*, Ankara: Hukuki Araştırmalar Derneği Yayınları, 1998, s. 18 vd.; Ferit H. Saymen, *Türk Medeni Hukuku Cilt- II: Şahsın Hukuku*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1948; M. Refik Korkusuz ve Ömer Ergün, “Hukuksal Boyutları ile Eski ve Yeni Vakıflar”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (12-13)/16-19 (Temmuz 2009), s. 69-138; Suat Ballar, *Yeni Vakıflar Hukuku 1*, İstanbul: Der Yayınları, 2020, s. 3 vd.; Suat Ballar, *Yeni Vakıflar Hukuku 2*, İstanbul: Der Yayınları, 2020, s. 3 vd.

İsviçre medeni hukuk sisteminde vakıf, malvarlığının belirli bir amaç için vakfedilmesiyle kurulan tüzel kişilik olarak tanımlanmakta<sup>73</sup> ve bu belirli amaç, kamu yararını karşılamaktadır<sup>74</sup>. İsviçre vakıf hukukunun temel yasal dayanağı İsviçre Medeni Kanunu (ZGB) Art. 80-89 maddeleri olup, mevcut tüm vakıflar bu hükümlerde düzenlenen kurallara tabidir<sup>75</sup>. Mevcut sistemde vakıflarla ilgili olarak, İsviçre hukuk sisteminin ve siyasi otoritesinin benimsemiş olduğu “*tam tarafsızlık anlayışı*” hakimdir. İsviçre vakıf hukukunda kabul edilen bu temel ilkenin yanında ayrıca; verimlilik, kontrol ve denge, şeffaflık ve sosyal sorumluluk ilkelerinin de önemli olduğu öğretileri ileri sürülmektedir<sup>76</sup>.

Alman hukuk sistemine bakıldığında, vakıflara ilişkin yasal düzenleme, Alman Medeni Kanunu (BGB) 80-88 hükümlerinde kendisine yer bulmaktadır. Alman Medeni Kanunu (BGB) § 80 hükmü<sup>77</sup> “*vakfın kuruluşu ve oluşturulması*” başlığını taşır. İlgili hükme göre; vakıf, kurucusu tarafından belirlenen bir amacın kalıcı ve sürdürülebilir bir şekilde yerine getirilmesi için malvarlığı tahsis edilen, üyeleri olmayan bir tüzel kişiliktir<sup>78</sup>. Alman Medeni

---

<sup>73</sup> ZGB Art. 80 hükmü uyarınca, “*bir vakfın kurulması, malvarlığının belirli bir amaç için tahsis edilmesini gerektirir.*” [https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/24/233\\_245\\_233/de#art\\_84](https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/24/233_245_233/de#art_84) (Erişim: 13.11.2024).

<sup>74</sup> İsviçre vakıf hukukunun kökeni, 01.01.1900 tarihinde yürürlüğe giren Alman Medeni Kanunu’na (BGB) dayanmakta olup; vakıfların ilk düzenlendiği yer 10.12.1907 tarihinde kabul edilen ve 1 Ocak 1912 tarihinde yürürlüğe giren 10 Aralık 1907 tarihli İsviçre Medeni Kanunu’dur (ZGB). Belirtmek gerekir ki; İsviçre vakıf hukukunda ve Alman vakıf hukukunda, federal düzeyde bir vakıflar kanunu mevcut değildir. Öte yandan vakıfların, uluslararası boyutta bir çekim merkezi haline getirilmesi için bu amaçla İsviçre’de, sivil toplum kuruluşları tarafından çalışmalar yürütülmektedir (Haydar Bayram Özedöner, *Vakıf Yönetim Organının Hukuki Sorumluluğu*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2024, s. 62, dn. 195).

<sup>75</sup> Thomas Sprecher, *Swiss Foundation Law*, Zürich: Dike, 2023, s. 2.

<sup>76</sup> Özedöner, s. 64, dn. 204.

<sup>77</sup> Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) § 80 “*Ausgestaltung und Entstehung der Stiftung*”, [https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/\\_80.html](https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_80.html) (Erişim: 15.11.2024).

<sup>78</sup> Hans Brox ve Wolf-Dietrich Walke, *Allgemeiner Teil des BGB*, München: Vahlen, 2015, s. 313; Hans Brox, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, Köln- Berlin- Bonn- München: Carl Heymann Verlag, 1994, s. 314; Dieter Medicus, Jens Petersen, *Allgemeiner Teil des BGB*, Heidelberg: C.F. Müller Verlag, 2024, s. 486-490.

Kanunu (BGB) haricinde ayrıca, Dernekler Kanunu<sup>79</sup> ve Vergi Kanunu<sup>80</sup> gibi yasalarda da, vakıflarla ilgili birtakım düzenlemelere yer verilmiştir.

Türk Medeni Kanunu'nda vakıf, gerçek veya tüzel kişilerin yeterli mal ve hakları, belirli ve sürekli bir amaca özgülemeleriyle oluşan, tüzel kişiliğe sahip mal toplulukları olarak tanımlanmıştır (TMK m. 101/1). Bu tanım doğrultusunda, bir vakfın kurulması için, öncelikle bir malın bulunması ve malların bir amaca özgülenmesi yanında aynı zamanda tüzel kişiliğe sahip olunması gerekmektedir<sup>81</sup>.

Türk Medeni Kanunu hükümleri uyarınca kurulan ve faaliyetlerini sürdüren vakıflar “*yeni vakıflar*” olarak kabul edilmektedir. Yeni vakıflar, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu<sup>82</sup> ve 5737 sayılı Vakıflar Kanunu<sup>83</sup> hükümleri kapsamında kurulur ve varlıklarını devam ettirir. İlgili kanun hükümlerine göre tescili gerçekleşerek kuruluşu tamamlanan yeni vakıfların vakıf resmi senedine uygunluk denetimi Vakıflar Genel Müdürlüğü tarafından gerçekleştirilmektedir.

Vakıfların denetimi konusunda yasal dayanaklar, Türk Medeni Kanunu, 5737 sayılı Vakıflar Kanunu ve bu Kanun'un uygulamasını göstermek üzere yürürlüğe giren 27.09.2008 tarihli Vakıflar Yönetmeliği<sup>84</sup> hükümleridir.

Vakıflarda yapılan denetim; esas itibarıyla iç denetim ve dış denetim şeklinde ikili bir mekanizma ile sürdürülmekte olup<sup>85</sup>; Vakıflar Genel Müdürlüğü, yasal düzenlemelerle denetim makamı olarak belirlenmiştir.

---

<sup>79</sup> Vereinsgesetz (Gesetz zur Regelung des öffentlichen Vereinsrechts), bkz. <https://www.gesetze-im-internet.de/vereinsg/BJNR005930964.html> (Erişim: 20.11.2024); Alman hukukunda dernekleri düzenleyen iki önemli yasa; Alman Medeni Kanunu (Bürgerliches Gesetzbuch) ve Kamusal Dernekler Hukukunun Düzenlenmesi Hakkında Kanun (Alman Dernekler Kanunu, Vereinsgesetz) dur. Alman dernekler hukukunun özel hukuk yönünü BGB düzenleme altına alırken; Alman Dernekler Kanunu ise, dernekler hukukunun kamu hukuku yönünü temsil etmektedir (İkizler, Metin. “Alman Dernekler Hukukundaki Reform Çalışmalarına Bir Bakış”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 57/3 (2008), s. 412. [https://doi.org/10.1501/Hukfak\\_0000001532](https://doi.org/10.1501/Hukfak_0000001532) (Erişim: 16.11.2024).

<sup>80</sup> Abgabenordnung (AO), bkz. [https://www.gesetze-im-internet.de/ao\\_1977/](https://www.gesetze-im-internet.de/ao_1977/) (Erişim: 14.11.2024).

<sup>81</sup> Reinhard Bork, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2001, s. 92; M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir, *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2024, s. 416; Akınal, s. 117.

<sup>82</sup> Resmî Gazete Tarihi: 8.12.2001, Sayı: 24607.

<sup>83</sup> Resmî Gazete Tarihi: 27.02.2008, Sayı: 26800.

<sup>84</sup> Resmî Gazete Tarihi: 27.09.2008, Sayı: 27010.

<sup>85</sup> Ömer Aykul, *Yeni Vakıflar Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2024, s. 251.

## I. DENETİM KAVRAMI VE DENETİM TÜRLERİ

### D. Denetim Kavramı

Denetim; kamu ya da özel bir kuruluşa ilişkin bilgilerin önceden belirlenmiş ölçütlere uygunluğunun saptanması ve rapor edilmesi amacıyla kanıt toplama ve değerlendirme süreci olarak tanımlanabilir. Bir diğer anlatımla denetim, işletme faaliyetinin verimlilik, etkinlik ve ekonomiklik derecelerine ilişkin ölçümler yapma ve bu ölçümler sonucunda bir hile olup olmadığını tespit etme işlemidir<sup>86</sup>.

Denetimin temel amacı, mevcut durumun ortaya konması ve olması gerekenle karşılaştırılmasıdır. Tarihi çok eskilere dayanan denetim, günümüzde çağdaşlaşmanın ve toplumsal refaha ulaşmanın vazgeçilmez halkası olarak varlığını sürdürür. Ayrıca denetim, hata ve yolsuzlukların önlenmesi anlamında caydırıcı özelliğe sahip hayati bir unsurdur<sup>87</sup>.

### E. Denetim Türleri

#### 3. Amaçlarına Göre Denetim Türleri

Denetim türleri amaçlarına göre; mali tablolar denetimi, uygunluk denetimi ve faaliyet denetimi şeklinde ayrıma tabi tutulmaktadır<sup>88</sup>. Teoride ve uygulamada en yaygın denetim türü olan mali tablolar denetimi; bağımsız denetçiler ve kamu denetçileri tarafından yürütülebilmektedir. Mali tablolar denetiminde, verilerin genel kabul görmüş muhasebe ilkelerine uyumlu olup olmadığı tespit edilmekte, hatalı veya hileli beyanlar ortaya çıkarılarak mali tablolar güvenilir hale getirilmektedir<sup>89</sup>.

Uygunluk denetiminde; belli bir otorite tarafından belirlenmiş usul ve kurallara uymakla yükümlü kimselerin ne derecede uygun davrandığı incelenir. Bu bağlamda uygunluk denetimi, işletme içinde veya dışında belirlenmiş olan kurallar (ana sözleşme, işletme politikası vb.) ölçüt alınarak

<sup>86</sup> Yusuf Cahit Çukacı, *Vakıflarda İç Kontrol Sistemi*, Bursa: Alfa Aktüel Yayınları, 2012, s.11.

<sup>87</sup> M. Enver Özyayın, "Vakıflarda Yeni Denetim Anlayışı: İç Denetim", *Denetim Dergisi*, 2 (2009), s. 54.

<sup>88</sup> Nejat Bozkurt, *Muhasebe Denetimi*, İstanbul: Alfa Basım Yayım, 1999, s. 17-18; Ekrem Yıldız ve Erdem Bulut, *Denetimde Beklenti Boşluğu*, *Sayıştay Dergisi*, 105 (Nisan-Haziran 2017), s. 45.

<sup>89</sup> Zeynep Hatunoğlu, "TTK Yasa Tasarısında Sermaye Şirketlerinde Denetime İlişkin Düzenlemeler Konusunda Muhasebe Meslek Mensuplarının Değerlendirmeleri: Kahramanmaraş Örneği", *Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 19/1 (2010), s. 236; Hasan Gürbüz, *Muhasebe Denetimi*, İstanbul: Bilim Teknik Yayınevi, 1995, s. 28; Ballar, *Yeni Vakıflar Hukuku* 1, s. 1089.

yapılır<sup>90</sup>. İşletmeler tarafından kendi çalışma düzenlerini oluşturmak için belirlenen yöntemlerin denetimi iç denetçiler tarafından; devlet kurumlarının oluşturdukları kurallara ilişkin uygunluk denetimi ise işletme dışındaki denetçiler tarafından gerçekleştirilmektedir<sup>91</sup>.

Faaliyet denetimi ise, örgüt faaliyetlerinin verimliliği ve etkinliğinin değerlendirilmesi amacıyla, bu faaliyetlerle bağlantılı usul ve esasların uygulanışının gözden geçirilmesini ifade etmektedir<sup>92</sup>. İşletme faaliyetlerinin sistematik olarak gözden geçirildiği faaliyet denetiminde amaç; işletme yönetiminin ve işletme politikalarının başarısını ölçmek ve işletme kaynaklarının hangi ölçüde verimli kullanıldığını belirleyerek yönetime tavsiyelerde bulunmaktır<sup>93</sup>. Faaliyet denetimi, uygulamada genellikle iç denetçiler ve devlete bağlı kamu denetçileri tarafından gerçekleştirilmektedir<sup>94</sup>.

#### 4. Denetçinin Statüsüne Göre Denetim Türleri

Denetim türleri, denetimi gerçekleştiren kişinin niteliğine göre; bağımsız denetim, iç denetim ve kamu denetimi olmak üzere üç gruba ayrılır. Bağımsız denetim; serbest meslek sürdüren, kendi adına çalışan ya da bir denetim şirketinin ortağı olan ve denetimi yapılan işletmeyle arasında işçi-işveren ilişkisi bulunmayan denetçiler tarafından gerçekleştirilmektedir<sup>95</sup>. İç denetim, bağımsız denetimin aksine işletmeye hizmet sözleşmesiyle bağlı bir uzman tarafından yürütülmekte ve işletmenin etkin olarak devam edebilmesine imkân sağlamaktadır. Kamu denetimi ise, görev ve yetkilerini yasalardan alan ve kamu adına, kamunun ihtiyaçlarına cevap vermek üzere denetim yapan kişilerce gerçekleştirilen mali tablolar, uygunluk ve faaliyet denetimlerini ifade etmektedir<sup>96</sup>.

#### 5. Yapılış Nedenine Göre Denetim Türleri

Yapılış nedenine göre denetim türleri; zorunlu (yasal) denetim ve isteğe bağlı denetimdir. Zorunlu denetim, yasal hükümler gereğince yapılırken; isteğe bağlı denetim, yasal bir zorunluluk bulunmamasına rağmen işletmenin

---

<sup>90</sup> Yıldız ve Bulut, s. 45.

<sup>91</sup> Hatunoğlu, s. 236.

<sup>92</sup> Ballar, *Yeni Vakıflar Hukuku 1*, s. 1089; Yıldız ve Bulut, s. 45.

<sup>93</sup> Gürbüz, s. 13.

<sup>94</sup> Çukacı, s. 16.

<sup>95</sup> Başak Ataman, *Türk Denetim Kurumları*, İstanbul: Türkmen Kitabevi, 2000, s. 11; Hatunoğlu, s. 237.

<sup>96</sup> Ataman, s. 19; Ballar, *Yeni Vakıflar Hukuku 1*, s. 1089.

kendi isteği ile yapılır ve denetimin sınırları, işletme yönetimi tarafından belirlenir<sup>97</sup>.

### **6. Uygulama Zamanına Göre Denetim Türleri**

Sürekli denetim; her yıl yapılan, genelde iç denetçiler tarafından yürütülen ve gerekli tüm denetim tekniklerini kapsayan denetimdir<sup>98</sup>. Devamlılık özelliği taşıyan bu denetim faaliyeti; yalnızca yıl bitiminde değil, denetçinin belirleyeceği aralıklarla uygulanmaktadır. Ara denetim, bir hesap dönemi içinde üç aylık, altı aylık gibi belirli dönemlerde yapılan denetimdir. Son denetim ise hesap dönemi kapandıktan sonra yapılan denetim çalışmalarını ifade etmektedir<sup>99</sup>.

## **II. VAKIFLARIN DENETİMİ**

### **A. Genel Olarak**

Vakıf kurma iradesinde bulunan ve sonrasında vakıf için bağış ya da katkıda bulunan kişiler, topluma ve ülkeye yararlı işler üretmek amacıyla vakfedilen malı mülkiyetinden çıkarır. Vakıfların kişisel çıkarlara alet edilmesini ve vakfın esas amacından uzaklaştırılmasını önleme noktasında denetimin önemi ortaya çıkmaktadır<sup>100</sup>.

Vakıflar, varlığını ve faaliyetlerini belirli bir plan doğrultusunda sürdürebilmek için hesap dönemi içindeki işlemlerini periyodik kayıtlarla izlemek ve sonuçlarını değerlendirmek zorundadır. Ancak bu değerlendirme yapılırken, vakfın idaresinde ortaya çıkması muhtemel keyfiliğin ve yolsuzluğun engellenmesi gerekir. Bunu sağlamak adına, vakıfların denetimine dair kuralların sınırları hukuksal düzenlemeler yoluyla çizilmiştir<sup>101</sup>.

Özü itibarıyla, vakıfların denetim ve gözetimine ilişkin olarak mevzuat ile getirilen düzenlemelerin temelde dayandığı sebep, vakfın kötü amaçlar

---

<sup>97</sup> Yıldız ve Bulut, s. 44.

<sup>98</sup> Gürbüz, s. 16.

<sup>99</sup> Oktay Taş ve Cem Niyazi Durmuş, *SPK Düzenlemeleri ve 3568 Sayılı Mevzuat Kapsamında Denetim*, İstanbul: Alfa Yayınları, 2008, s. 16; Çukacı, s. 20.

<sup>100</sup> Bülent Köprülü, *Medeni Hukuk Genel Prensipleri (Kişinin Hukuku, Aile Hukuku)*, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1970-1971, s. 415; İşeri, *Türk Medeni Kanunu'na Göre Vakıf (Tesis)*, s. 175; Hatemi, *Tüzel Kişiler*, s. 549.

<sup>101</sup> Metin İkizler ve Yasin Kurban, *Eski ve Yeni Vakıflar Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 100; Cemali Özkan, *Tüm Yönleriyle Dernekler ve Vakıflar*, Ankara: Yaklaşım Yayınları, 2000, s. 60.

uğruna kullanılmasının önüne geçmektir<sup>102</sup>. Yasal hükümler vakfın, gizli emellerin gerçekleştirilmesi uğruna bir paravan olarak kullanılmasını engellemektedir<sup>103</sup>.

Vakıflar, tarih boyunca sahip oldukları dini nitelikler, kontrolü altında tuttuğu mali kaynakları ve çoğu zaman kamu hizmetlerinin önemli oranda bir bölümünü fiili olarak yerine getirmeleri dolayısıyla, denetim ve gözetimi zorunlu olan kurumların başında yer almaktadır. Bu doğrultuda vakıfların malvarlıklarının amacına uygun, ekonomik ve verimli şekilde yönetilip yönetilmediği denetlenmek zorundadır. Çoğu zaman kültüre hizmet, toplumsal yardım, sosyal güvenlik, eğitim, bilimsel araştırma, sağlık gibi kamu yararına hizmet amacı güden vakıflar için; malını veya parasını bağışlayan kişilerin amacına ulaşmaları, mali tabloların güvenilir olması ve kaynakların verimli kullanılmasında, denetim unsuru en az yönetim kadar önemlidir<sup>104</sup>.

Türk Medeni Kanunu'nun 109. maddesi uyarınca; vakıfların zorunlu organı yalnızca yönetim organıdır. Yönetim organı, tek bir kişiden ibaret olabilir; öyle ki vakfeden doğrudan kendisini vakfın yegâne yöneticisi olarak atayabilir<sup>105</sup>. Yönetim organı dışında vakıf senedinde; genel müdür, danışma kurulu, planlama kurulu, denetleme kurulu gibi seçimlik organlar belirlenmek suretiyle, bu organların görev ve yetkileri ayrıntılı şekilde gösterilebilir<sup>106</sup>.

Vakıflarda seçimlik organlardan biri olan denetim organı, derneklerden farklı olarak zorunlu bir organ değildir. Zira vakfeden, vakıf senedinde gerekli gördüğü başka organları da gösterebilir (TMK m. 109/2). Buna göre vakfın kurucusunun, yönetim organından başka, vakıf senedinde veya ölüme bağlı tasarrufunda vakıf yönetiminin denetlenmesi için denetçi ya da denetleme kuruluna yer vermesi mümkündür<sup>107</sup>.

---

<sup>102</sup> İkizler ve Kurban, s. 99; Hatemi, *Tüzel Kişiler*, s. 549.

<sup>103</sup> İşeri, *Türk Medeni Kanunu'na Göre Vakıf (Tesis)*, s. 181.

<sup>104</sup> İkizler ve Kurban, s. 99; Özaydın, s. 53.

<sup>105</sup> Özsunay, s. 430; Köprülü, s. 198; Akünel, s. 134; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, s.456.

<sup>106</sup> Jale G. Akipek, Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, *Türk Medeni Hukuku (Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku) Cilt- I*, İstanbul: Beta Basım Yayın, 2022, s. 692; Mustafa Dural ve Tufan Ögüz, *Türk Özel Hukuku Cilt- II, Kişiler Hukuku*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2022, s. 371; İşeri, *Türk Medeni Kanunu'na Göre Vakıf (Tesis)*, s. 146.

<sup>107</sup> Ahmet M. Kılıçoğlu, *Medeni Hukuk (Temel Kavramlar-Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku)*, Ankara: Turhan Kitabevi, 2016, s. 558; Mustafa Erdem Can, *Özel Hukukta Tüzel Kişiler*, Ankara: Ankara Basım Ofset Matbaacılık, 2017, s. 73; Metin İkizler ve Özlem Tüzüner (Editörler), *Medeni Hukuk- I, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2022, s. 518; Cem



İsviçre hukuk sisteminde, ZGB Art. 84<sup>108</sup> hükmü uyarınca İsviçre vakıfları, amaçlarına uygun olarak ait oldukları denetim makamının (kanton, belediye, federal) denetimine tabidir<sup>109</sup>. Denetim makamının görevi ise, ilgili vakfın varlıklarının vakıf senedinde belirtilen amaçlar doğrultusunda kullanılmasını sağlamaktır (ZGB Art. 84/2)<sup>110</sup>. Ayrıca belirtmek gerekir ki; İsviçre Medeni Kanunu'na eklenen Art. 83b hükmü ile, denetim organı da zorunlu olarak kabul edilmiştir (ZGB Art 83b)<sup>111</sup>. Bununla birlikte, aile vakıfları ve dini vakıflar için dış denetim zorunlu değildir<sup>112</sup>.

## **B. Türk Hukukunda Denetimin Hukuksal Dayanağı**

Vakıflar Kanunu m. 4 hükmü uyarınca, vakıflar özel hukuk tüzel kişiliğine sahiptir. Ayrıca vakıflar, kurucularının hayatı ile sınırlı bir ömre sahip olmayıp; iyi idare edildikleri takdirde sonsuza kadar varlıklarını sürdürebilecektir.

Vakıflar Kanunu m. 33 hükmü; vakıfların denetimine ilişkindir. Bu hükümde; vakıfların denetim usulü açıklanmıştır. Vakıflar Kanunu ile öngörülen iç denetime ilişkin esaslar, iç denetimin amacı, kapsamı gibi hususlar ise Vakıflar Yönetmeliği m. 39 ve devamında düzenlenmektedir. Türk Medeni Kanunu m. 111 hükmünde; vakıfların, vakıf senedindeki hükümleri yerine getirip getirmediği, vakıf mallarını amaca uygun yönetip yönetmediği ve vakıf gelirlerini amaca uygun olarak harcayıp harcamadıkları hususlarının Vakıflar Genel Müdürlüğü ve üst kuruluşları tarafından denetleneceği düzenlenmiştir<sup>113</sup>.

---

Baygın ve Ahmet Nar, *Medeni Hukuk Dersleri-1 Başlangıç Hükümleri ve Kişiler Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2024, s. 607; Akünel, s. 134.

<sup>108</sup> [https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/24/233\\_245\\_233/de#art\\_84](https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/24/233_245_233/de#art_84) (Erişim: 20.11.2024).

<sup>109</sup> Sprecher, *Swiss Foundation Law*, s. 35.

<sup>110</sup> İsviçre Federal Vakıflar Denetleme Kurulu (Eidgenössische Stiftungsaufsicht), İsviçre'de ulusal denetleme makamıdır. Bu denetleme kurulu ile yasa koyucu, sahip çıkarlarının ve kontrollerinin eksikliğini gidermek için düzeltici veya denetleyici bir organ oluşturmuştur. İsviçre Federal Vakıflar Denetleme Kurumu (ESA), denetimi altındaki vakıfların varlıklarını vakıf tüzüklerinde tanımlanan amaca uygun olarak kullanmalarını sağlar. Ulusal ve/veya uluslararası düzeyde faaliyet gösteren geleneksel vakıflardan sorumludur. <https://www.edi.admin.ch/edi/de/home/fachstellen/eidgenoessische-stiftungsaufsicht.html> (Erişim: 20.11.2024).

<sup>111</sup> Kudret Güven, *İsviçre Medeni Kanunu'ndaki Son Gelişmeler (Açıklamalı-Yorumlu-Karşılaştırılmış)*, Ankara: Savaş Yayınevi, 2023, s. 100; Sprecher, *Swiss Foundation Law*, s. 63, 83; Oğuzman, Selçi ve Oktay-Özdemir, s. 454, dn. 427a.

<sup>112</sup> Güven, s. 100, 104.

<sup>113</sup> İlgili hükmün ikinci fıkrası, 20.02.2008 tarih ve 5737 sayılı Vakıflar Kanunu'nun 80. maddesi gereğince yürürlükten kaldırılmıştır. Yürürlükten kaldırılan hüküm şu şekilde idi: "Denetimin nasıl yapılacağı, sonuçları ve bu Kanuna göre kurulmuş olsun veya olmasın bütün vakıfların Vakıflar

02.07.2018 tarihli ve 703 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile Vakıflar Genel Müdürlüğü Teşkilatı hakkındaki hükümler kaldırılmış; ancak Vakıflar Kanunu uyarınca önceden çıkarılmış olan yönetmelikler yürürlükten kaldırılmamıştır. Bu nedenle vakıfların denetimi, Vakıflar Yönetmeliği hükümlerine göre devam etmektedir. Ayrıca 15.07.2018 tarihli ve 30479 sayılı Resmi Gazete' de yayımlanan "Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşlar ile Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi" (Kararname Numarası: 4) nin 713'üncü maddesi uyarınca, Vakıflar Genel Müdürlüğü Rehberlik ve Teftiş Başkanlığı denetimde görevlidir<sup>114</sup>.

Kanun koyucu vakıfların denetiminde vakfı kuran tarafından tayin edilen denetçilerin görevini ihmal etmesi/kötüye kullanması ihtimali ile vakıfların çoğu zaman kamu yararına hizmet amacı taşıdığı gerçeğini bir arada değerlendirmiş ve tüm vakıfların denetimini merkezileştirmiştir<sup>115</sup>. Bu doğrultuda, bir vakfın iç denetimini yapmak üzere bir denetim organı bulunsa bile, TMK m. 111 hükmü gereği istisna bulunmaksızın tüm vakıflar,

---

*Genel Müdürlüğüne ödeyecekleri denetim giderlerine katılma payı, vakfın safi gelirinin yüzde beşini geçmemek üzere tüzükle belirlenir."* Ayrıca Türk Medeni Kanunu Tasarısı'nın 111. maddesinin 1. fıkrasında vakıfların sadece Vakıflar Genel Müdürlüğü'nce denetleneceği öngörülmüştü. Ancak, Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Komisyonu Alt Komisyonu'nca denetimin Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün yanı sıra üst kuruluşlarca da yapılması gerektiği ve bu denetimin özel kanun hükümlerine tabi olacağı kabul edilmiştir.

<sup>114</sup> (1) Rehberlik ve Teftiş Başkanlığı, Genel Müdürün emri veya onayı üzerine Genel Müdürlüğün merkez ve taşra kuruluşları ile ilgili olarak Genel Müdür adına teftiş, inceleme ve soruşturma işlerini yürütür ve ayrıca aşağıdaki görevleri yapar:

- a) Mülhak, cemaat, esnaf vakıfları ile yeni vakıfların, vakfiye ve vakıf senedinde yazılı şartlara, yürürlükteki mevzuata uygun yönetilip yönetilmediği, amacı doğrultusunda faaliyette bulunup bulunmadığı, mallarının ve gelirlerinin vakfiye, 1936 Beyanname ve vakıf senedindeki şartlara uygun kullanılıp kullanılmadığı hususlarını incelemek, denetlemek ve rehberlik yapmak.
- b) Vakıf ve iktisadi işletmelerinin ve iştiraklerinin denetleme ve inceleme işlerini yürütmek.
- c) Müfettişlerin araştırma, inceleme ve denetim sonucu düzenleyecekleri raporları Başkanlık görüşü ile birlikte Genel Müdürlük makamına sunmak.
- ç) Mülhak, cemaat, esnaf vakıfları ile yeni vakıfların iç denetim raporları ile sonuçlarını değerlendirmek ve gerekli işlemleri yürütmek.
- d) Genel Müdür tarafından verilen diğer benzer görevleri yapmak.

(2) Rehberlik ve Teftiş Başkanlığı hizmetlerinin yürütülmesinde ihtiyaç duyulması durumunda Genel Müdürün onayı ile taşrada çalışma grupları oluşturulabilir.

(3) Rehberlik ve Teftiş Başkanlığı ile çalışma gruplarının çalışma usul ve esasları yönetmelikle düzenlenir (Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşlar ile Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, m. 713).

<sup>115</sup> Dural ve Ögüz, s. 378; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, s. 468; İsviçre vakıf hukuku sisteminde de denetçilerin, sadece görevin imzalanması sırasında değil; tüm görev süresi boyunca tarafsızlık anlayışına uygun hareket etmesi gerekmektedir (Sprecher, *Swiss Foundation Law*, s. 86).

Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün denetimine tabi tutulmaktadır<sup>116</sup>. Ayrıca Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün denetim yetkisini ortadan kaldıracak nitelikte vakıf senedine eklenen kayıtlar geçersizdir<sup>117</sup>.

Kanun koyucunun kabul ettiği bu anlayış, vakıfların daha etkili ve daha ciddi bir şekilde denetlenmesi bakımından son derece önemlidir. Zira bu şekilde, vakıf amacının gerçekleştirilmesi güvence altına alınırken, diğer yandan vakıf iradesi de korunmak istenmiştir<sup>118</sup>.

Vakıfların denetlenmesine ilişkin çalışma faaliyeti, salt eksikliklerin tespit edilmesine yönelik bir denetimi kapsamamaktadır. Zira denetim makamları, eksiklerin tamamlattırılması dışında, bir kısım yaptırım yetkileri ile de donatılmıştır. Denetim makamının sahip olduğu bu yetkiler, haklı sebeplerin olduğu bir durumda velayet yetkisine dayanmak suretiyle vakfın örgütü, yönetimi ve işleyişinde değişiklik yaptırma (TMK m. 112/1), vakıf senedinde yazılı olan amaca bağlı kalınmasının vakfedenin arzusuna açıkça uymayacak bir nitelik taşıması halinde, amacın ve malların değiştirilmesi (TMK m. 113, Vakıflar Kanunu m. 12), yasak bir amaç güden veya yasak faaliyetlerde bulunduğu sonradan anlaşılan veya amacı sonradan yasaklanan vakıflarla ilgili yetkili mahkemeye başvurulması (TMK m. 116/2), vakıf yöneticilerinin görevden uzaklaştırılması (TMK m. 112/2, Vakıflar Kanunu m. 10) şeklinde sıralanabilir.

## **F. Denetim Türleri**

### **1. Vakıflarda Dış Denetim**

#### *b. Dış Denetim Kavramı ve Niteliği*

Derneklerdeki genel kurula benzer olarak, vakıflarda vakıf idaresini oluşturan yönetim organının iç denetimini sağlayacak bir üst organın mevcut olmayışı; vakfın tek zorunlu organı olan yönetim organının, vakfın amacına hizmet eden faaliyetlerde bulunup bulunmadığını tespit edecek bir dış denetim mekanizmasının varlığını gerekli kılar<sup>119</sup>. Bu doğrultuda vakfın bir

<sup>116</sup> Aydın Zevkiler, Şeref Ertaş, Ayşe Havuççu, M. Beşir Acabey ve Damla Gürpınar, *Yeni Medeni Kanun'a Göre Medeni Hukuk (Temel Bilgiler)*, Ankara: Turhan Kitabevi, 2018, s. 199; Serap Helvacı ve Fulya Erlüle, *Medeni Hukuk (Medeni Hukuka Giriş- Kişiler Hukuku- Aile Hukuku)*, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2022, s. 139; Akünel, s. 138.

<sup>117</sup> Mehmet Ayan ve Nurşen Ayan, *Kişiler Hukuku (Genel Bilgiler-Gerçek Kişiler-Tüzel Kişiler)*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 287; İşeri, *Türk Medeni Kanunu'na Göre Vakıf (Tesis)*, s. 194.

<sup>118</sup> Ali Em, *Türk Hukuk Sisteminde Vakıflar*, Ankara: Turhan Kitabevi, 2006, s. 29; İşeri, *Türk Medeni Kanunu'na Göre Vakıf (Tesis)*, s. 162; Dural ve Öğüz, s. 378.

<sup>119</sup> Akünel, s. 138, dn. 2.

iç denetim kurulu aracılığıyla halihazırda denetleniyor olması, Vakıflar Genel Müdürlüğü tarafından işletilen mekanizmayı ortadan kaldırmayacaktır. Bir diğer anlatımla, vakfeden tarafından vakıf senedinde denetim organı olarak iradi bir kurul öngörülmüş olması, Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün teftiş ve denetim yetkisine etki etmemektedir<sup>120</sup>.

Vakıflar Genel Müdürlüğü'ne bırakılan dış denetim görevi ile birlikte, hem vakıfların hem de devletin ve toplumun yararları koruma altına alınmıştır<sup>121</sup>. Ayrıca denetleme görevi, özel hukuktan doğan bir görev niteliğindedir<sup>122</sup>. Burada denetim makamı; vakfın bir organı değildir. Bu nedenle vakfın üçüncü kişiler karşısında temsil edilmesi konusunda herhangi bir yetkisi bulunmamaktadır<sup>123</sup>.

Bütün vakıflar, Vakıflar Genel Müdürlüğü denetimine tabidir (TMK m. 111/1). Vakıflar Genel Müdürlüğü'ne yasal olarak tanınmış olan bu denetleme yetkisi, vakfın henüz tüzel kişilik kazanmasından önceki safhadan itibaren başlayıp, vakfın hukuken sona erdiği ana kadar tüm safhaların geçirildiği süreçte kendisini gösterir<sup>124</sup>. Bu denetim, vakıf malvarlığının amaca bağlı olarak değerlendirilmesini sağlamakla birlikte, aynı zamanda vakıf malvarlığının esas amaca yabancılaşmasını engelleme işlevi görür<sup>125</sup>.

### c. Dış Denetim Kapsamı

Vakıfların denetimine ilişkin TMK m. 111/1'de yer alan "*Vakıfların, vakıf senedindeki hükümleri yerine getirip getirmedikleri, vakıf mallarını amaca uygun biçimde yönetip yönetmedikleri ve vakıf gelirlerini amaca uygun olarak harcayıp harcamadıkları Vakıflar Genel Müdürlüğüne ve üst kuruluşlarınca denetlenir. Vakıfların üst kuruluşlarınca denetimi özel kanun hükümlerine tabidir.*" hükmü dış denetime ilişkindir<sup>126</sup>. Hüküm doğrultusunda tüm vakıflar, Vakıflar Genel Müdürlüğü denetimine tabidir<sup>127</sup>. Bu hükümde, vakıfların iç denetiminden

<sup>120</sup> Aykul, s. 251; Helvacı ve Erlüle, s. 137; Akünel, s. 138; Baygın ve Nar, s. 640.

<sup>121</sup> Ballar, *Yeni Vakıflar Hukuku 1*, s. 1079.

<sup>122</sup> Süleyman Yılmaz, *Medeni Hukuk II Kişiler Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2023, s. 431.

<sup>123</sup> Akipek, Akıntürk ve Ateş, s. 692; Demir, s. 122; Yılmaz, s. 431.

<sup>124</sup> Dural ve Ögüz, s. 378; Akünel, s. 138; Özkan, s. 60; Ayan ve Ayan, s. 189.

<sup>125</sup> Serozan, s. 102; Özsunay, s. 440.

<sup>126</sup> Madde Gerekeçesi "Yürürlükteki Kanunun 78 inci maddesini karşılamaktadır. Maddenin kenar başlığı ve madde metni araştırılmak suretiyle yeniden kaleme alınmıştır. "Teftiş" sözcüğü yerine dilimize yerleşmiş daha uygun bir sözcük olan "denetim" kullanılmıştır." <https://www.ilhan-helvacidersleri.com/turk-medeni-kanunu/turk-medeni-kanunu-madde-111> (Erişim: 18.11.2024).

<sup>127</sup> 5 sayılı Devlet Denetleme Kurulu Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi m. 1/2 (ç) gereği vakıfların, Devlet Denetleme Kurulu denetimine tabi olduğu düzenlemişti (Resmî Gazete

ya da vakfın denetim organı tarafından yapılacak bir denetimden değil; denetim makamı olan Vakıflar Genel Müdürlüğü ve bir üst kuruluş denetiminden söz edilmektedir<sup>128</sup>.

Vakıflar Genel Müdürlüğü dışında, vakıfların denetiminde yetkili olan üst kuruluşlar; ilgili vakfın faaliyet gösterdiği alana göre farklılık göstermektedir. Bu denetim, doğrudan doğruya periyodik olarak yapılabileceği gibi; herhangi bir ihbar veya şikâyet üzerine de gerçekleştirilebilir<sup>129</sup>.

Vakıflar Kanunu m. 33 hükmü ise hem iç hem dış denetime ilişkindir. Ancak hükmün son fıkrasında yer alan "*Vakıfların amaca ve yasalara uygunluk denetimi ile iktisadî işletmelerinin faaliyet ve mevzuata uygunluk denetimi Genel Müdürlükçe yapılır.*" hükmü vakıfların dış denetimi kapsamındadır.

Vakıflar Yönetmeliği m. 39/3'te düzenlenen vakıfların, şube ve temsilciliklerinin amaca ve yasalara uygunluk denetimi ile iktisadi işletme ve iştiraklerinin faaliyet ve mevzuata uygunluk denetiminin Genel Müdürlükçe yapılacağına ilişkin hüküm ile yine Yönetmelik m. 40/2'de düzenlenen, şube ve temsilciliklerin denetimi sonucunda; vakıf amacının gerçekleştirilmesine yeterince katkı sağlamadığı, şube ve temsilciliğin beyanda bulunulmadan faaliyete geçirilmesi hâlinde kapatılması hususunun vakıf merkezine bildirileceğine ilişkin hüküm vakıfların dış denetimine ilişkindir.

Vakıflar Genel Müdürlüğü; vakıfları denetleme yetki ve görevinden başka; vakıf senedindeki eksikliklerin tamamlanması (TMK m.107/2), haklı sebep bulunması durumunda vakfın yönetim şeklinin değiştirilmesi (TMK m. 112/1), vakıf yöneticilerinin görevden uzaklaştırılması (TMK m. 112/2), koşulların varlığı hâlinde vakfın amacının değiştirilmesi (TMK m. 113/1), amacın yasak amaç haline gelmesi durumunda vakfın dağıtılması (TMK m. 116/2) hususlarına ilişkin olarak mahkemeye başvurmak ve İçişleri

---

Tarihi: 15.07.2018- Sayı: 30479). Anayasa Mahkemesi'nin 01.02.2024 Tarihli ve 2021/113 Esas, 2024/29 Karar Sayılı kararı ile bu bentte yer alan "...vakıflar, kooperatifler, birlikler ile bu kurum ve kuruluşların her türlü ortaklık ve iştiraklerinde," ibaresi iptal edilmiştir (Resmî Gazete Tarihi: 21.05.2024- Sayı: 32552).

<sup>128</sup> Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıfları, 3294 sayılı "Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu" ile kurulmuştur. Bu vakıflar, Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığının idari yapılanması içerisinde yer almamakta olup denetimleri Vakıflar Genel Müdürlüğü, İçişleri Bakanlığı ve Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı tarafından yapılmaktadır. <https://www.aile.gov.tr/sygm/genel-mudurluk/sosyal-yardimlasma-ve-dayanisma-vakiflari/#:~:text=SYD%20Vak%C4%B1flar%C4%B1%20Aile%20ve%20Sosyal,Sosyal%20Hizmetler%20Bakanl%C4%B1%C4%9F%C4%B1%20taraf%C4%B1ndan%20yap%C4%B1lmaktad%C4%B1> (Erişim: 16.11.2024).

<sup>129</sup> İkizler ve Kurban, s. 100; Em, s. 29.

Bakanlığı'nın vakfı geçici olarak faaliyetten alıkoyması için görüş bildirmek (TMK m. 115) konularında yetkilidir. Bu doğrultuda denetim makamının yetkisinin, vakfın kurulmasından sona ermesine kadar süren geniş bir alanı kapsadığını söylemek mümkündür. Fakat çalışmanın konusu vakıfların denetimi olduğundan, kurumun yalnızca denetime ilişkin yetkilerine yer verilmiştir.

Uygulamada Vakıflar Genel Müdürlüğü tarafından gerçekleştirilen denetimlerde sıkça karşılaşılan meselelere örnek olarak; yetkili organın kararına aykırı şekilde vakıftan yurtdışı gezi masrafı yapılması, yetkili organın kararı bulunmaksızın denetim yapılması ve denetim giderlerinin vakıftan karşılanması, senet hükümlerine aykırı olarak vakfa üye alınması, kıymetli evrak niteliği taşıyan makbuzların kaybına sebep olunması, harcamalar için yetkililerin imza ve kararlarının bulunmaması ya da belgesiz harcamalar yapılması, makbuzla yapılan tahsilatın kasaya geç intikal ettirilmesi, yetkili organın kararı bulunmaksızın görevlilerin ücretlerinin arttırılması, maliyetinin çok üzerinde yapılan satın alımlarla vakfın zarara uğratılması gibi durumlar gösterilebilir<sup>130</sup>.

Denetim sonucunda hazırlanan rapor, kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem niteliğinde değildir. Nitekim Danıştay kararına konu olan bir davada; denetim raporuna itiraz eden vakıf, itirazının reddedilmesi sonrasında iptal davası açmış; fakat ilk derece mahkemesi tarafından, denetim raporunun bir hazırlık işlemi ve tavsiye niteliğinde olduğu, doğrudan vakfın bir menfaatinin etkilenmediği, bu nedenle söz konusu raporun "kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem" niteliğinde olmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Temyiz başvurusunda, başvuru tarafından denetim raporunun değil; itirazın reddi işleminin iptalinin istenildiği, dolayısıyla dava konusu işlemin kesin bir nitelik taşıdığını ileri sürülmüşse de ilk derece mahkemesi kararı hakkında Danıştay tarafından onama kararı verilmiştir<sup>131</sup>.

## 2. İç Denetim

### a. İç Denetimin Önemi

Vakıflar, kendi denetimlerini yapmak ve iç kontrollerini sağlamakla yükümlüdür. Bu doğrultuda vakıf bünyesinde olan hile ve hataların vakıf tarafından tespit edilmesi ve gerekli tüm tedbirlerin alınması gerekmektedir.

<sup>130</sup> Ballar, *Yeni Vakıflar Hukuku 1*, s. 1080, 1081.

<sup>131</sup> Danıştay 13. Daire, T. 16.6.2020, E. 2016/2769, K. 2020/1399 Uyap Portal (Erişim: 13.11.2024).

İç denetimin önemi ise tam olarak bu aşamada kendisini gösterir. Zira iç denetimin temel amacı, iç kontrol sisteminin işleyişini düzenli şekilde denetlemek, bilgilerin güvenilirliğini, bütünlüğünü ve zamanında elde edilebilmesini sağlamak, ayrıca faaliyetlerdeki eksik veya aksayan noktaları tespit ederek iyileştirme önerileri geliştirmektir. Aynı doğrultuda vakıf nezdinde meydana gelmesi muhtemel zararlı sonuçlardan kaçınmak için potansiyel riskleri ve sistemin zayıf noktalarını erken bir aşamada tespit etmek, iç denetimin en önemli hedeflerindedir<sup>132</sup>. Bu sistemle birlikte, vakıf kaynakları eskiye nazaran çok daha etkili, verimli ve ekonomik olarak kullanılmakta ve bu sayede vakfın amaç ve hedefleri çok daha ulaşılabilir bir hale gelmektedir<sup>133</sup>.

*b. İç Denetimin Kapsamı*

Vakıflar, vakıf işlerinin görülmesi ve faaliyetlerin vakıf senedine uygun şekilde yapılıp yapılmadığını tespit etmek amacıyla kendi bünyesinde bir denetim kurulu oluşturabilir. Bu denetim kurulu, vakfın vakıf senedinde gösterilen amaca uygun hareket edip etmediğini vakıf içinden denetleyecektir<sup>134</sup>.

İç denetim sistemi, 5737 sayılı Vakıflar Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle vakıflar için zorunlu hale getirilmiştir. Nitekim Vakıflar Kanunu m. 33 hükmünde, vakıflarda öncelikli denetim mekanizmasının iç denetim olduğu özellikle vurgulanmaktadır. Bu hüküm, vakıf ve denetim kavramlarını hem vakıflar hem de toplum nezdinde en yüksek faydanın sağlanacağı şekilde bir araya getirmektedir<sup>135</sup>.

2008 yılında 5737 sayılı Vakıflar Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle birlikte getirilen zorunlu iç denetim sistemi, eski sisteme nazaran büyük ölçekli değişiklikler meydana getirmiştir. İç denetimde amaç, vakıf bünyesindeki iç kontrol mekanizmasını etkin olarak işletmek ve bu doğrultuda mevcut eksikliklerin iyileştirilmesini sağlamaktır. Bu sistem, aynı zamanda vakıf amacının gerçekleştirilmesinde son derece önemli bir işleve sahiptir<sup>136</sup>.

---

<sup>132</sup> Sprecher, *Swiss Foundation Law*, s. 89.

<sup>133</sup> Özaydın, s. 59; Aykul, s. 255.

<sup>134</sup> İkizler ve Tüzüner, s. 527.

<sup>135</sup> Bade Güven Kardeş, *Yeni Vakıfçının El Kitabı*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2017, s. 406; Özaydın, s. 59.

<sup>136</sup> Aykul, s. 255.



2008 yılında getirilen iç denetim sistemi ile bu tarihten önce uygulanan sistem karşılaştırıldığında, eskiden yalnızca yeni vakıfların bağımsız denetime tabi olduğu; yeni düzenleme ile mülhak, cemaat ve esnaf vakıflarının da bu kapsama alındığı görülmektedir. Yine eski sistemde yeminli mali müşavirler ve serbest muhasebeci mali müşavirlere doğrudan bağımsız denetim yetkisi verilmesine rağmen; yeni sistemde bu yetki sadece bağımsız denetim kuruluşlarına tanınmıştır. Bir diğer farklılık ise eski sistemde bağımsız denetim kapsamına alınmayan vakıf iktisadi işletme ve iştiraklerinin yeni sistemle bu kapsama dâhil edilmesidir. Son olarak eski sistemde yalnızca vakfın mali tablolarının tasdik edilmesi şeklinde yapılan denetim, yeni sistemle birlikte vakfın tüm iş ve işlemlerini kapsayacak şekilde gerçekleştirilmektedir<sup>137</sup>.

Vakıflar Kanunu m. 33'ün ilk iki fıkrasında yer alan "*Mülhak, cemaat, esnaf vakıfları ile yeni vakıflarda iç denetim esasdır. Vakıf; organları tarafından denetlenebileceği gibi, bağımsız denetim kuruluşlarına da denetim yaptırabilir. Vakıf yöneticileri, en az yılda bir defa yapılacak iç denetim raporları ile sonuçlarını, rapor tarihini takip eden iki ay içerisinde Genel Müdürlüğe bildirir.*" düzenlemesi, vakıfların iç denetimine ilişkindir. İlgili hükümden anlaşılacağı üzere iç denetimin; vakfın organları yanında bağımsız denetim kuruluşları eliyle gerçekleştirilmesi de mümkündür.

Vakıflar Kanunu ile öngörülen iç denetim esasları; iç denetimin amacı, kapsamı, şube ve temsilciliklerin denetimi gibi hususlar, Yönetmelik ile ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Vakıflar Yönetmeliği m. 39 düzenlemesi gereği; vakıf yöneticileri, yılsonundan itibaren altı ay içerisinde yapılacak iç denetim rapor ve sonuçlarını, rapor hazırlanma tarihinden itibaren iki ay içerisinde ilgili kuruma göndermekle yükümlüdür. Yine vakıflarda iç denetimin kapsamını düzenleyen Vakıflar Yönetmeliği m. 42'ye göre; vakıfların mevzuata uygun yönetilip yönetilmediği, vakıf malları ve gelirlerinin etkin ve verimli olarak kullanılıp kullanılmadığı, işletme ve iştiraklere sahip olan vakıflarda bu işletme ve iştiraklerin sını, iktisadi ve ticari esas ve gereklere uygun idare edilip edilmedikleri, rasyonel bir şekilde işletilip işletilmedikleri gibi hususlar dikkate alınmak suretiyle iç denetim faaliyeti yürütülmektedir. İlgili hükümde sözü edilen bu denetimde, yeni vakıflar için vakıf senedi; mülhak ve esnaf vakıfları için vakfiyeler, cemaat

---

<sup>137</sup> Çukacı, s. 87; Özaydın, s. 56.



vakıfları için ise vakfiye yerine geçen 1936 tarihli beyannameleri esas alınmaktadır<sup>138</sup>.

c. *İç Denetimi Yapabilecekler ve İç Denetim Raporu*

Zorunlu iç denetim sisteminin bir parçası olarak, vakıf senetlerinde denetim organına yer veren vakıflarda iç denetim bizzat bu organlar tarafından yapılabileceği gibi, bağımsız denetim kuruluşlarına da yaptırılabilir<sup>139</sup>.

Vakıflar Yönetmeliği m. 43 hükmüne göre; iç denetim, vakıf organları içerisinde bir denetim organı mevcutsa bizzat bu organ tarafından, fakat bu türden bir organ bulunmuyorsa ancak bağımsız denetim kuruluşu tarafından yaptırılabilir. Daha önce aynı hükmün ikinci fıkrasında, "*Vakfın yetkili organı ya da bağımsız denetim kuruluşu, iç denetimi, ancak denetçi sertifikasına sahip kişiler marifetiyle yapar veya yaptırabilir.*" düzenlemesi yer almaktaydı. Yine Vakıflar Yönetmeliği m. 44 hükmünde; Vakıflar Genel Müdürlüğü bünyesinde belli görevlerde yer alanların sınavsız olarak denetçi sertifikası alma imkânına sahip olduğu; serbest muhasebeci mali müşavirlik ya da yeminli mali müşavirlik ruhsatına sahip olan kişiler ile Genel Müdürlük bünyesinde avukatlık, müdürlük ve şube müdürlüğü görevlerinde en az 5 yıl çalışmış olanlar için ise, sertifika eğitimine katılma ve sınavda başarılı olma şartı bulunduğu düzenlenmekteydi. Fakat sertifika şartına ilişkin bu düzenlemeler; bir meslek grubu için bu şekilde bir zorunluluk getirilmesinin hukuki dayanaktan yoksun olduğu gerekçesiyle Danıştay 10. Dairesi'nin 18.6.2014 Tarih ve 2009/11943 Esas, 2014/4092 Karar sayılı kararıyla iptal edilmiştir. Yönetmelik hükmünün, Danıştay 10. Dairesi'nin 18.06.2014 tarihli kararı ile iptal edilmesi isabetli bir değişikliktir. Zira bu unvana sahip kişilerin birçoğunun denetim görevi için gerekli olan ekonomi, hukuk ve muhasebe alanlarında yeterli bilgiye, birikime ve mesleki donanımına sahip olmadıkları ve buna ek olarak herhangi bir sertifika eğitimi ve sınav şartına tabi tutulmadıkları bir düzende; vakıflarda iç denetim mekanizmasının bu yöntemle sorunsuz şekilde işletilmesi bir yana, aksine içinden çıkılması zor bir alana dönüşeceği açıkça ortadadır. Bu hükümlerin iptal edilmesi sonrasında, sertifikaya ilişkin olarak herhangi bir yasal veya idari düzenleme yoluna gidilmemiştir. Fakat mevcut düzenleme kapsamında denetim organı bulunmayan vakıflarda iç denetimin, vakfın yetkili karar organı tarafından

<sup>138</sup> Aykul, s. 255; İkizler ve Kurban, s. 207, 208; Özkan, s. 61.

<sup>139</sup> İkizler ve Kurban, s. 100.

belirlenecek bağımsız denetim kuruluşuna yaptırma zorunluluğu devam etmektedir<sup>140</sup>.

Vakıflar Yönetmeliği m. 46'da iç denetim raporu; denetim sonucunda denetçi görüşünün açıklandığı ve vakfa ilişkin mali tabloların yer aldığı belge şeklinde tanımlanmaktadır. Hükmün devamında ise, raporun doğruluk, açıklık, yapıcılık, uygunluk ilkeleri çerçevesinde denetçi kanaatini taşıyacak ve önceden rapor edilmiş tespit ve önerileri kapsayacak şekilde düzenlenmesi gerektiği ifade edilmektedir.

### G. Denetim Usulü

Vakıfların denetimine ilişkin yasal hükümler doğrultusunda, Vakıflar Genel Müdürlüğü müfettişleri aracılığıyla yapılan denetim sürecinde, vakıf yönetimindeki kişiler, talep edilen her türlü bilgiyi verme ve aynı zamanda istenilen belge, kayıt ve defterleri gösterme yükümlülüğü altındadır<sup>141</sup>. Denetim makamının, vakfın defter ve işlemlerini dilediği zaman denetleyebilmesi, vakıf yönetiminin kötüye kullanımı ve yolsuzluklar bakımından caydırıcı bir etkiye sahiptir<sup>142</sup>.

Vakıflar Genel Müdürlüğü müfettişleri tarafından yapılan incelemede, bir önceki denetimden o incelemenin yapıldığı tarihe kadar geçen süre içinde gerçekleştirilen tüm işlemler, bunlara ilişkin hesap ve kayıtlar denetlenir; vakıf organlarının vakfı, resmi senede ve yasalara uygun olarak idare edip etmediği hususları tespit edilir. İncelemeler sonucu düzenlenen raporlar ise, Vakıflar Genel Müdürlüğü'ne sunulurken tespit edilen hatalı işlemlerle ilgili idari yönden gerekli işlemlerin yapılması sağlanır.

Denetim esnasında özellikle dikkat edilmesi gereken hususlardan ilki, vakıf harcamalarının, vakfın amacına uygun şekilde yapıp yapılmadığıdır. Vakıfların amaçları, kuruluşu sırasında düzenlenen vakıf senesinde belirlidir. Vakıf yöneticileri, vakfın amacına ve yürürlükteki mevzuata uymak zorundadır. Vakfın amacı doğrultusunda faaliyette bulunmayan, vakfın mallarını ve gelirlerini bu amaca uygun kullanmayan vakıf yöneticileri, Vakıflar Meclisi<sup>143</sup> kararıyla ve denetim makamının başvurusu üzerine vakfın yerleşim yeri asliye hukuk mahkemesi tarafından görevden alınır (TMK m.

<sup>140</sup> Aykul, s. 254.

<sup>141</sup> Akünel, s. 139; İkizler ve Tüzüner, s. 527.

<sup>142</sup> Özsunay, s. 444.

<sup>143</sup> Meclis, Genel Müdürlüğün en üst seviyedeki karar organıdır. Meclisin çalışmasına ilişkin usul ve esaslar yönetmelikle düzenlenir. Bkz. <https://www.vgm.gov.tr/kurumsal/teskilat-yapisi/birimlerin-gorev-ve-tanimlari> (Erişim: 18.12.2024).

112/2)<sup>144</sup>. Ayrıca vakıf organı ve yöneticilerinin, ağır ihmal ve kasıtlı eylemler ile vakfa zarar verici nitelikte davranışlarda bulunup bulunmadığı da denetim incelemesi kapsamındadır<sup>145</sup>.

Uygulamada vakıf müfettişleri; denetim görevlerini, vakfa ait tüm defter ve kayıtlar ile belgeler üzerinde yapmalarının yanı sıra, ayrıca vakfın yönetim organı ile yöneticilerinden gerekli tüm bilgileri talep etmekte ve bu şekilde ayrıntılı bir inceleme yapmaktadır<sup>146</sup>.

Vakıflar Kanunu m. 32 gereğince; vakıf yönetimi, faaliyet raporlarını, bütçe ve bilançoları, mali tabloları ve Yönetmelik ile belirlenecek diğer bilgileri içeren beyannameyi, her takvim yılının ilk altı ayı içerisinde Genel Müdürlüğe vermekle yükümlüdür. Yönetim organının, beyanname, bilgi ve belgeleri zamanında vermemesi veya gerçeğe aykırı beyanda bulunması ya da vakıf senedine aykırı olarak organların toplanmasına sebep olması durumunda vakıf yönetimine her bir eylemi için beş yüz Türk Lirası idari para cezası uygulanmaktadır (Vakıflar Kanunu m. 11). Söz konusu idari para cezasının caydırıcılık etkisi ise tartışmaya açıktır. Zira idari yaptırımların caydırıcılık fonksiyonuyla, idari ihlallerin engellenmesi amaçlanır<sup>147</sup>. Bir diğer anlatımla idari yaptırımlar, caydırıcılığı ön planda olan yaptırımlardır. Ancak söz konusu düzenleme bu anlamda yetersiz kalmaktadır. Bu nedenle, ilgili hüküm kapsamında vakıf yönetiminin denetim konusundaki usule aykırı eylemlerine karşılık uygulanacak idare para cezasının güncel koşullara uygun şekilde ve elbette caydırıcılığı yüksek bir oranda yeniden düzenlenmesi isabetli olacaktır.

## **H. Denetim Sonucunda Yapılacak İşlem**

Vakfın denetlenmesi süreci tamamlandığında bir rapor oluşturulur. Vakfı inceleyen müfettişler tarafından düzenlenen bu teftiş raporu, Vakıflar Genel Müdürlüğü tarafından inceleme altına alınır ve ihtimal dahilinde iki

---

<sup>144</sup> “Haklı sebepler varsa mahkeme, vakfın yönetim organı veya denetim makamının istemi üzerine diğerinin yazılı görüşünü aldıktan sonra vakfın örgütünü, yönetimini ve işleyişini değiştirebilir. Mahkeme, denetim makamının başvurusu üzerine, (...) duruşma yaparak yöneticileri görevden alabilir ve vakıf senedinde başka bir hüküm yoksa yenisini seçebilir” (TMK m. 112), Anayasa Mahkemesi’nin 27.11.2007 Tarihli ve 2002/162 Esas, 2007/89 Karar sayılı kararıyla; bu fıkrada yer alan “...tüzükte gösterilen sebeplerle...” ibaresi iptal edilmiştir (Resmî Gazete Tarihi: 26.01.2008, Sayı: 26768); Anayasa Mahkemesi’nin konunun tüzükte değil kanunda düzenlenmesi gerektiğine dair görüşünün haklı olduğu yönünde bkz. Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, s. 462, dn. 447.

<sup>145</sup> Ballar, *Yeni Vakıflar Hukuku 1*, s. 1080; Demir, s. 124.

<sup>146</sup> İkişler ve Tüzüner, s. 528; İşeri, *Türk Medeni Kanunu’na Göre Vakıf (Tesis)*, s. 174.

<sup>147</sup> Sibel Can, “İdari Para Cezası”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 29 (Ocak 2017), s. 416.

farklı türde işlem yapılır. Şayet raporda vakıf yöneticilerinin görevden uzaklaştırılmasını gerektiren bir neden varsa; Vakıflar Meclisi kararı ile derhal yetkili mahkemeye başvurularak, vakıf yöneticilerinin görevden uzaklaştırılması talep edilecektir<sup>148</sup>. Buna karşılık raporda, vakfın yönetimine ilişkin işlemlerde düzeltilmesi zorunlu olan noksanlık veya yanlışlıklar olduğu tespit edilmişse; bu durumda raporun ilgili kısmı vakıf yöneticilerine tebliğ edilecek ve gereken düzeltme veya tamamlamaların yapılması yöneticilerden istenecektir<sup>149</sup>.

Vakıf yöneticilerinin Vakıflar Genel Müdürlüğü'nden gelen tebligata itiraz ve haklı bulduklarını beyan etme yetkisi bulunmaktadır. Şayet vakıf yöneticileri, Vakıflar Genel Müdürlüğü tarafından verilen tavsiyelerin ve yerine getirilmesi istenen hususların yerinde olmadığı kanısında ise, bu durumda denetim makamına yeniden bir inceleme yapılması talebinde

<sup>148</sup> Burada, vakıf yöneticilerinin görevden uzaklaştırılmasını gerektiren durumlar ile görevden almayı gerektiren durumların ayırt edilmesi gerekmektedir. Nitekim görevden alma nedenleri, Vakıflar Kanunu m. 10 hükmünde belirlenmiştir. Görevden uzaklaştırma yaptırımına ilişkin olarak ise, yine aynı hükümde “*Telaşisi imkânsız sonuçlar doğurabilecek hallerde dava sonuçlanıncaya kadar, Meclis kararı üzerine Denetim Makamınca, vakıf yönetiminin geçici olarak görevden uzaklaştırılması ve kayıymca yönetilmesi ihtiyati tedbir olarak mahkemeden talep edilir.*” düzenlemesine yer verilmiş ve vakıf yöneticilerinin bir mahkeme kararı bulunmaksızın görevlerinden uzaklaştırılmayacağı belirtilmiştir. Konuya ilişkin verilmiş bir Yargıtay kararında, hâkimin yöneticilerin her eylemini ayrı ayrı takdir ederek, olayın oluş şekli, aykırılığın niteliği, aykırılıktaki ısrar, iyiniyet, ölçülülük, eylem-yaptırım dengesi gibi unsurlara dikkat etmesi gerektiği hususuna yer verilmiştir. “...Vakıf idarecilerinin görevlerinden uzaklaştırılmalarına ilişkin Türk Medeni Kanununun 112. ve Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Kurulan Vakıflar Hakkında Tüzüğü’nün 23. maddelerinde, mahkemelerce yöneticilerin görevden “uzaklaştırılabileceği” ya da görevden “alınabileceği” belirtilmek suretiyle, bu konuda hakimlere takdir hakkı tanındığına işaret edilmiştir. Şu halde, hakimin yöneticilerin her eylemini ayrı ayrı takdir etmesi, olayın oluş biçimi, aykırılığın niteliği, aykırılıkta ısrar, iyiniyet, ölçülülük, eylem-yaptırım dengesi gibi unsurları dikkate alması gerekir. Somut olayda; davalı vakıf idarecilerinin, vakfa ait bilgi işlem formu ile yine vakfa ait adres, telefon ve faks numaralarını vakıf yöneticilerinin isim ve adreslerini içeren bilgileri yapılan tebligata rağmen Vakıflar Genel Müdürlüğüne göndermedikleri ileri sürülerek görevden alınmaları istenmiş ise de; dosya kapsamından ve bilirkişi raporundan söz konusu tebligatın doğrudan doğruya görevden alınması istenilen yöneticilere tebliğ edilmediği, tebliğat yapılan Sedat A. ’ın kimliğinin belirlenmediği ayrıca davalı vakıftan istenilen ve yerine getirilmeyen konuda uyarı yapılmadığı, daha sonra davacı idare müfettişi tarafından davalı vakfın normal teftişinin yapıldığı anlaşılmaktadır. Bu durumda, ileri sürülen hususun niteliği itibarıyla yöneticilerin görevden alınmasını gerektiren ağırlıkta olmayan iş ve işlemlere ilişkin bulunması, hataların giderilmesi için çaba gösterilmiş bulunması, dava konusu eylemlerin kasta dayalı olmayıp mazur görülebilir ihmallerden kaynaklanması karşısında, mahkemeye davanın reddine karar verilmesi gerekirken yerinde bulunmayan gerekçelerle kabulü doğru görülmemiştir. ...” Yargıtay 18. Hukuk Dairesi, T: 18.10.2004, Esas 2004/7501, Karar 2004/7340, Tarih 18.10.2004. İlgili karar için bkz. <https://www.ilhanhelvacikisilerhukuku.com/turk-medeni-kanunu/turk-medeni-kanunu-madde-112> (Erişim: 18.12.2024).

<sup>149</sup> Akipek, Akıntürk ve Ateş, s. 692; Ballar, *Yeni Vakıflar Hukuku 1*, s. 1081; Özsunay, s. 445; Akünel, s. 139; İkizler ve Tüzüner, s. 528.

bulunabilir. Böyle bir durumda Vakıflar Genel Müdürlüğü, taleplerinden geri dönebileceği gibi; önceki görüşünde direnmesi de mümkündür<sup>150</sup>. Yapılan tebligata rağmen talebi yerine getirmeyen ya da yerine getirdikten sonra gerçeğe aykırı işlemlere devam eden yöneticiler hakkında ise görevden alma yaptırımı<sup>151</sup> uygulanacaktır (Vakıflar Kanunu m. 10)<sup>152</sup>.

<sup>150</sup> Özsunay, s. 445.

<sup>151</sup> Kanun koyucu bu noktada ikili bir ayrıma giderek, noksanlık ve yanlışlıkları verilen süre içerisinde düzeltmemeyi doğrudan görevden alma sebebi saymışken; bilgi ve belgelerin zamanında verilmemesini yalnızca idari para cezası verilme sebebi olarak kabul etmiştir.

<sup>152</sup> "Somut olayda vakıf yöneticisi olan davalıların 1999 yılında kasada gereğinden fazla para tutmak suretiyle vakfa ait paraları iyi değerlendirmeyerek vakfı zarara uğrattıkları yine aynı yıllarda bağışlar için Vakıflar Genel Müdürlüğüne bastırılan makbuzları kullanmadıkları ileri sürülüp görevden alınmaları istenmiş ise de; iddia edilen noksanlıkların daha sonra giderilmesi ve ileri sürülen hususların mahiyetleri itibarıyla fazla önem arz etmeyen iş ve işlemlerle ilişkin olması, hataların telafisi için çaba gösterilmiş bulunması, dava konusu eylemlerin kasta dayalı olmayıp mazur görülebilir ihmallere kaynaklanması ve bu hususlarda davalı vakıf yöneticilerine teftiş makamınca daha önce herhangi bir uyarıda bulunulmamış olması olgusu gözetildiğinde söz konusu eylemler, yöneticilerin görevden alınmalarını gerektirir nitelik ve ağırlıkta kabul edilemez. Bundan ayrı, davalı Mezarlıklar Vakfının, İstanbul'da bulunan bazı mezarlıkların bakım ve onarımı ile uğraştığı mezar yerleri kazıdığı Mezarlıklar Müdürlüğü ve ilgili birimlerin bazı ihtiyaçlarını karşıladığı böylece belediyelere kanunla verilmiş yetki ve görevleri üstlendiği bu durumun ise açıkça kanunlara aykırılık teşkil ettiği iddia edilerek dağıtılmasının istenilmesi de, haklı ve yerinde değildir. Şöyle ki; yasaya aykırılık teşkil ettiği belirtilen faaliyetler, davalı vakfa ait senedin 7. maddesinde eğitim sağlık kültür gibi genel amaçlar yanında cenaze yakınlarına her türlü yardımcı yapmak, kimsesiz ve muhtaç kişilerin cenazelerini denetlemek, ilgili kurum ve kuruluşlarla işbirliği içerisinde ve ilgili mevzuat dahilinde yeni mezarlıklar düzenlemek, mevcutların bakım onarım ve güzelleşmesine yardımcı bulunmak şeklinde öngörülen amacına uygun düştüğü gibi 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 116/2. maddesine aykırılık teşkil eden bir durumda bulunmamaktadır. Türk Medeni Kanunu'nun 116. maddesinin ikinci fıkrası hükmüne göre bir vakfın dağıtılmasına karar verilebilmesi için amacının, anılan Yasanın 101. maddesinin son fıkrasına aykırılık teşkil etmesi gerekir. Yargıtay uygulamalarında, kurulan veya kurulacak olan bir vakfın vakıf senedinde, vakfın amacına ve bunun gerçekleştirilmesine yönelik olarak, Devletin veya kamu kurumlarının görev ve yetkisinde bulunan hususlara yer verilmesinde yasal bir engel olmadığı kabul edilmektedir. Zira vakıf, amacının gerçekleşmesi yönündeki tüm çalışmalarını, ilgili yasa ve diğer mevzuat hükümlerine uygun olarak ve gerekiyorsa yetkili ve görevli mercilerden, izin almak suretiyle yapmak durumunda olup, amacı, kamu hizmetlerine yönelik bulunan bir vakfın faaliyetlerini de bu çerçevede düşünmek gerekir. O halde davalı vakfın amaç ve bir kısım faaliyet alanının Belediye'ye kanunla verilmiş görevi kapsamında oluşunun, Belediyenin görev ve yetkisine müdahale ve yasaya aykırılık teşkil ettiği söylenemez. Açıklanan nedenlerle mahkemece yöneticilerin görevden alınmasına ve vakfın dağıtılmasına ilişkin davanın reddine karar verilmesinde bir isabetsizlik görülmemiştir." Yargıtay 18. Hukuk Dairesi, Esas 2002/11882, Karar 2003/1873, Tarih 17.03.2003. İlişkin karar için. Bkz. www.legalbank.net (Erişim: 18.11.2024); "...Dava, Türk Medeni Yasası Hükümlerine Göre Kurulan Vakıflar Hakkında Tüzük' ün 23. maddesinin 1. Fıkrasının (f) bendine göre, müfettiş tarafından istenilen belge, kayıt ve defterleri göndermekten veya talep edilen bilgileri vermektan kaçınan vakıf idarecilerinin görevden alınmalarına ilişkin olup, dava açıldıktan sonra 27.2.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5737 Sayılı Vakıflar Yasası'nın 11. maddesi, genel müdürlükçe yapılan tebligata rağmen bu yasa uyarınca istenen beyanname, bilgi ve belgeleri zamanında vermeyen vakıf yönetimine her bir eylem için beş yüz Türk Lirası idari para cezası verileceği, 10. maddesinin 1. fıkrasının (f) bendinde ise 11. madde uyarınca iki defa idari para cezası alan

Türk Medeni Kanunu, Vakıflar Genel Müdürlüğü tarafından yapılan denetim faaliyetinin masraflarına karşılık olarak, vakıfların katılma payı olarak bir miktar ödemelerini öngörmüş iken; TMK m. 111/2' de, bu Kanuna göre kurulmuş olsun veya olmasın tüm vakıfların Vakıflar Genel Müdürlüğü'ne ödeyecekleri teftiş ve denetim giderlerine katılma payının, vakfın safi gelirinin yüzde beşini geçmemek üzere tüzükle belirleneceği hükme bağlanmıştı<sup>153</sup>. Fakat ilgili hüküm, Vakıflar Kanunu m. 80 düzenlemesi ile birlikte, tüm vakıflarda teftiş ve denetleme payının kaldırılması amacıyla yürürlükten kaldırılmıştır<sup>154</sup>.

### İ. Vakıflarda İktisadi İşletme ve İştiraklerin Denetimi

Vakıflar, vakıf senedinde belirtilen nihai amaca ulaşabilmek için bir gelir kaynağına ihtiyaç duyar. Bu ihtiyacın temelinde ise, vakfın "süreklilik" vasfını hayata geçirme ve bu vasfı koruma zorunluluğu yatmaktadır. Bu ihtiyaç doğrultusunda vakıflar, ticari bir faaliyetten gelir elde etmek suretiyle, bu geliri vakfın amacına uygun şekilde değerlendirme yoluna gidebilir. Örneğin, gelir getiren kira yerleri veya bir kısım işletme ve iştiraklere sahip olabilir. Nitekim bu hukuksal imkân, yasal düzenleme yoluyla vakıflara tanınmıştır<sup>155</sup>.

Vakıflara özgülenmiş olan malvarlığı, sonuç olarak belirli bir amacı gerçekleştirmek üzere vakfedilmiştir. Bu nedenle yönetimden, vakfa ait malvarlığı değerlerinin düşmesini engellemek için çaba sarfetmesi ve olası değer kayıplarının önüne geçilmesi için vakıf amacına hizmet eden birtakım yöntemler geliştirmesi beklenir. Zira aksi bir durum cereyan ettiğinde, vakfın zarara uğratıldığı gerekçesiyle vakıf yönetiminin sorumlu tutulması kaçınılmazdır.

Vakıflar Kanunu m. 26 uyarınca, vakıfların amaçlarını gerçekleştirmeye yardımcı olmak ve vakfa gelir temin etmek amacıyla iktisadi işletme veya şirket kurması, daha önceden kurulmuş olan şirketlere ortak olması mümkündür. Yasal hükümden yola çıkılarak vakıfların, iki türlü yapılanma

---

vakıf yöneticilerinin mahkemece görevden alınabileceği hükme bağlanmıştır. Mahkemece yukarıda sözü edilen ve davanın devamı sırasında yürürlüğe giren 5737 Sayılı Vakıflar Yasasının 10. maddesi gereğince öncelikle görevden alınması istenilen vakıf yöneticileri hakkında idari işlem uygulanacağından davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yöneticilerin görevden alınmalarına karar verilmesi doğru görülmemiştir..." Yargıtay 18. Hukuk Dairesi, Esas 2010/11876, Karar 2011/234, Tarih 18.01.2011. İlgili karar için bkz. www.legalbank.net (Erişim: 18.11.2024).

<sup>153</sup> Akünel, s. 141; Akipek, Akıntürk ve Ateş, s. 693.

<sup>154</sup> Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, s. 471.

<sup>155</sup> İkişler ve Kurban, s. 100; Özkan, s. 62.

içerisine girebileceği söylenebilir. Bunlardan ilki, girişilecek ticari faaliyetler için vakıf tarafından iktisadi işletme kurulmasıdır. Burada vakfa bağlı olarak kurulacak olan iktisadi işletmenin ayrı bir tüzel kişiliği bulunmamaktadır. Bir diğer durum ise; vakıfların 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu<sup>156</sup> çerçevesinde bir sermaye şirketi kurması veya kurulu olan bir sermaye şirketine ortak olmasıdır. Bu durumda ise iştirak edilen sermaye şirketinin ayrı bir tüzel kişiliği bulunmakta olup; elde edilen gelirin paylaşımı, vergilendirilmesi ya da iştirak ve vakıf arasındaki idari/mali bağlantı noktasında diğer ticari ilişkilerden farklı bir özellik göstermemektedir<sup>157</sup>.

Vakıfların iktisadi işletme ve şirket kurması veya herhangi bir şirkete ortak olması için ise izin şartı bulunmamakta; bu konuda Vakıflar Genel Müdürlüğü'ne bir bildirim yapılması yeterli kabul edilmektedir<sup>158</sup>.

İktisadi işletmeden söz edebilmek için, işletme kapsamındaki mal veya hizmetlerin bir bedel karşılığı satılmış olması gerekir. Burada kazanç sağlama amacı olup olmaması önemli değildir. Örneğin; bir vakfın eğitim hizmetini bedelsiz olarak yerine getirmesi, iktisadi işletme faaliyeti değilken; aynı hizmetin yerine getirilmesi için gereken masrafın hizmet verilenlerden tahsil edilmesi ya da bağış adı altında bir bedel alınması, bir iktisadi işletme faaliyeti olarak kabul edilecektir<sup>159</sup>.

Vakıflar Yönetmeliği m. 42/2-c hükmünde; işletme ve iştiraklere sahip olan vakıflarda bu işletme ve iştiraklerin sınai, iktisadi ve ticari esas ve gereklere uygun tarzda idare edilip edilmediği, rasyonel bir şekilde işletilip işletilmediği hususlarının denetleneceği belirtilmektedir. Bu doğrultuda, ilgili vakfın ebedilik özelliğini hayata geçiren işletme ve gelir getirici iktisadi teşekküllerin de denetime dahil olduğu sonucuna ulaşılabilir<sup>160</sup>. Ayrıca belirtmek gerekir ki; bu denetim, niteliği itibarıyla bir iç denetimdir.

Vakfın sahip olduğu işletme ve iştiraklerin denetlenmesi, o vakfı Vakıflar Genel Müdürlüğü yanında ayrıca diğer kurumlarla bir bağlantı içerisine sokar ve bu durum literatürde “üst kuruluşlar” olarak ifade edilir.

<sup>156</sup> Resmî Gazete Tarihi: 14.02.2011, Sayı: 27846.

<sup>157</sup> Güray Ögredik, “Vakıflar ve Vakıf İktisadi İşletmelerinin Vergi Mevzuatı Açısından İncelenmesi”, E-Yaklaşım Dergisi, 22 (2005), s. 2. <https://dengeakademi.com/Files/Article/Guray2005VakiflarV.pdf> (Erişim: 15.11.2024).

<sup>158</sup> Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, s. 434.

<sup>159</sup> Altar Ömer Arpacı, “Kurumlar Vergisi Mükellefi Olarak İktisadi Kamu Kuruluşları ile Dernek veya Vakıflara Ait İktisadi İşletmeler”, Mali Çözüm Dergisi, 97 (2010), s. 181. [https://www.emo.org.tr/ekler/562486b897e6b2b\\_ek.pdf?tipi=15&turu=H&sube=6](https://www.emo.org.tr/ekler/562486b897e6b2b_ek.pdf?tipi=15&turu=H&sube=6) (Erişim: 16.11.2024).

<sup>160</sup> İkişler ve Kurban, s. 100.



Nitekim bu ifade, TMK m. 111/1 hükmünde de bu şekilde yer alır. Aynı hükmün devamında, vakıfların üst kuruluşlarınca denetiminin özel olarak çıkarılacak kanun hükümlerine tabi olacağı düzenlenmiştir<sup>161</sup>.

Vakfın iç denetimini yapacak olan denetim organı veya bağımsız denetim kuruluşu, vakfın iştiraklerini de denetlemektedir. İşletmelere sahip olan vakıflarda, bu işletmelerin ilgili mevzuat uyarınca hazırlanan yıllık kar ve zarar hesapları, bilançoları ayrıca denetlenir. Ayrıca bu denetim esnasında işletmenin, ekonomik ve ticaret ilkelerine uygun şekilde yönetilip yönetilmediği, verimli ve rasyonel olarak işletilip işletilmediği konuları da incelemeye dahildir. Yapılan inceleme sonucunda, işletme veriminin benzer işletmelere nazaran daha düşük ya da zarar edilmiş olduğunun ortaya çıkması durumunda, bu sonucun nedenleri araştırılmak suretiyle alınması gerekli tedbirler tespit edilmektedir<sup>162</sup>.

## SONUÇ

Vakıflarda amaç kavramı, vakıf tüzel kişiliğinin varlık temelini oluşturur. Vakıflar, esasen bireylerin dini veya sosyal sorumluluk duygusu ya da çoğu zaman yardımlaşma duygusu ile vakfedilen malı belli bir amaca tahsis etme düşüncesinden meydana gelmiştir. Bu nedenle; vakıf malvarlığının vakıf amacına uygun, etkin, ekonomik ve verimli şekilde yönetilmesi ve kişisel menfaatler için kullanılmasının engellenmesi gerekir. Vakıf faaliyetlerinin planlı şekilde sürdürülmesi ve vakfın esas amacından uzaklaştırılmasının önlenmesi söz konusu olduğunda, vakıflarda denetim yapılması zorunlu bir olgu olarak gündeme gelir. Kaldı ki, vakıfların denetiminde devletin ve dolayısıyla toplumun menfaati mevcuttur; zira vakfın amacı zorunlu olarak olmasa bile, çoğu kez devletin görevlerine dahil olan bir kısmı kapsamaktadır. Bu nedenle, vakıf denetiminin, devlet eliyle gerçekleştiriliyor olması, devletin ve aynı zamanda toplumun menfaatine bir anlam taşımaktadır.

Vakıfların denetiminde esasen üçlü bir yapı söz konusudur. Bu üçlü yapının ilk kısmını, Vakıflar Genel Müdürlüğü tarafından yapılan dış denetim temsil ederken; vakıf idaresinin bizzat kendisi tarafından yaptırılacak olan iç denetim ve bağımsız denetim ise, bu yapının diğer temsilcilerine hayat verir. Sözü edilen bu denetim yetkisi, vakıf faaliyetlerinin vakıf senedine uygun olup olmadığının, vakıf mallarının amaca uygun

<sup>161</sup> Akipek, Akıntürk ve Ateş, s. 690; İkizler ve Kurban, s. 100.

<sup>162</sup> Ögüz, s. 127; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, s. 469; İkizler ve Tüzüner, s. 528; Ballar, *Yeni Vakıflar Hukuku 1*, s. 1080; Akünal, s. 139.



surette yönetilip yönetilmediğinin ve vakıf gelirlerinin nihai amaca hizmet edecek şekilde harcanıp harcanmadığının tespit edilmesini kapsamaktadır.

Türk Medeni Kanunu'nda bütün vakıfların denetiminde Vakıflar Genel Müdürlüğü yetkilendirilmiştir. Vakıfların tek bir elden merkezi denetime tabi tutulması, çoğu zaman kamuya yarar sağlama amacı güden vakıflarda, amaca uygun faaliyetlerde bulunulması ve vakıf amacının güvence altına alınması bakımından yerinde bir düzenleme niteliği taşır.

Kalkınma ve çağdaşlaşmada önemli bir işleve sahip olan iç denetim sisteminin vakıflar için zorunlu hale getirilmesi, önceki sisteme nazaran yarattığı değişiklik ve yenilikler dikkate alındığında önemli bir anlayış ve zihniyet değişikliğinin göstergesidir. Ayrıca iç denetim sistemi; işletme faaliyetlerinin geliştirilmesi ve ilgili önerilerde bulunulması bakımından oldukça önemlidir. İç denetçiler, denetim faaliyetini yürütürken; kişi, kurum, makam ve işletmenin çıkar ilişkilerinden etkilenmeden, tamamen kendi bilgi ve görüşleri doğrultusunda çalışmalarını tamamlamalıdır. Fakat bu durumun gerçekleşmesi, bağımsız denetime nazaran iç denetimde çok daha zordur. Zira iç denetçi her ne kadar denetim çalışmalarını yaparken bağımsız olsa bile, sonuç olarak denetlenen işletme veya idarenin çalışanı sıfatını taşımaktadır. Bu nedenle iç denetimde istenen sonuca ulaşılabilmesi için son derece tarafsız ve dikkatli bir inceleme anlayışının benimsenmesi gerekmektedir.

Vakıfların kuruluş amaçlarını gerçekleştirmek ve vakfa gelir sağlamak amacıyla; iktisadi işletme veya şirket kurması ya da daha önceden kurulmuş olan şirketlere ortak olması mümkündür. Fakat vakıflarda iktisadi işletme kurulabilmesinin ya da bir iktisadi işletmenin vakfa tahsis edilmesinin mümkün olması, vakıfların asıl amacından farklı bir amaçla da kurulabileceği anlamına gelmemektedir. Zira böyle bir sonuca ulaşıldığında; vakıfların kazanç paylaşma amacı güden ticaret şirketlerinden herhangi bir farkı kalmayacaktır. Oysaki vakıflar, kâr elde etme amacı bulunmaksızın belirli bir amaca tahsis edilmiş mal topluluklarıdır. Bu nedenle, yasal düzenleme doğrultusunda vakfa ait şirketler dâhil iktisadi işletmelerden elde edilen gelirlerin, ancak vakıf senedinde öngörülen amaç doğrultusunda tahsis edilmesi ve harcanması gerekmektedir.

## KAYNAKÇA

- Akipek, Jale G. ve Turgut Akıntürk. *Türk Medeni Hukuku, Birinci Cilt- İkinci Cüz: Şahsın Hukuku*. Ankara: Sevinç Matbaası, 1996.
- Akipek, Jale G., Turgut Akıntürk ve Derya Ateş. *Türk Medeni Hukuku (Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku) Cilt- I*. İstanbul: Beta Basım Yayın, 2022.
- Akünel, Teoman. *Türk Medeni Hukukunda Tüzel Kişiler*. İstanbul: Beta Basım Yayın, 1995.
- Anık, Kemal Fikret. *Türk Hususi Hukuk Sistemi (Şahsın Hukuku, Aile Hukuku ve Yargı Sistemi)*. Ankara: Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları, 1964.
- Arpacı, Altar Ömer. "Kurumlar Vergisi Mükellefi Olarak İktisadi Kamu Kuruluşları ile Dernek veya Vakıflara Ait İktisadi İşletmeler". *Mali Çözüm Dergisi*. 97 (2010): (s. 167-184).  
[https://www.emo.org.tr/ekler/562486b897e6b2b\\_ek.pdf?tipi=15&turu=H&sube=6](https://www.emo.org.tr/ekler/562486b897e6b2b_ek.pdf?tipi=15&turu=H&sube=6) (Erişim: 16.11.2024).
- Arsebük, Esat. *Medeni Hukuk Cilt- I: Başlangıç ve Şahsın Hukuku*. Ankara: Tan Matbaası, 1938.
- Ataman, Başak. *Türk Denetim Kurumları*. İstanbul: Türkmen Kitabevi, 2000.
- Avcı, Mehmet Özgür. *Türk Medeni Kanununa Göre Vakıf Yönetim Organı*. İstanbul: Beta Basım Yayın, 2006.
- Ayan, Mehmet ve Nurşen Ayan. *Kişiler Hukuku (Genel Bilgiler-Gerçek Kişiler-Tüzel Kişiler)*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Aycul, Ömer. *Yeni Vakıflar Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2024.
- Ballar, Suat. *Yeni Vakıflar Hukuku 1*. İstanbul: Der Yayınları, 2020.
- Ballar, Suat. *Yeni Vakıflar Hukuku 2*. İstanbul: Der Yayınları, 2020.
- Baygın, Cem ve Ahmet Nar. *Medeni Hukuk Dersleri-I Başlangıç Hükümleri ve Kişiler Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2024.
- Bork, Reinhard. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2001.
- Bozkurt, Nejat. *Muhasebe Denetimi*. İstanbul: Alfa Basım Yayım, 1999.
- Brox, Hans. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*. Köln - Berlin - Bonn - München: Carl Heymann Verlag, 1994.
- Brox, Hans ve Wolf-Dietrich Walke. *Allgemeiner Teil des BGB*. München: Vahlen, 2015.
- Can, Mustafa Erdem. *Özel Hukukta Tüzel Kişiler*. Ankara: Ankara Basım Ofset Matbaacılık, 2017.
- Can, Sibel. "İdari Para Cezası". *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*. 29 (Ocak 2017): (s. 407-430).
- Çukacı, Yusuf Cahit. *Vakıflarda İç Kontrol Sistemi*. Bursa: Alfa Aktüel Yayınları, 2012.
- Demir, İlhan. *Yeni Vakıfların Temel Kitabı*. Ankara: Hukuki Araştırmalar Derneği Yayınları, 1998.
- Dural, Mustafa ve Tufan Ögüz. *Türk Özel Hukuku Cilt- II, Kişiler Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2022.
- Em, Ali. *Türk Hukuk Sisteminde Vakıflar*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2006.

- Göktürk, Hüseyin Avni. *Türk Medeni Hukuku, Birinci Kitap: Şahsın Hukuku (Kişiler Hukuku)*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1954.
- Gönensay, Ahmet Samim. *Medeni Hukuk Cilt- I: Hukuk Hakkında Umumi Malumat – Başlangıç – Şahsın Hukuku*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1936.
- Güneri, Hasan. *Türk Medeni Kanunu Açısından Vakıfta Amaç Kavramı ve Amacına Göre Vakıf Türleri*. Ankara: Sevinç Matbaası, 1976.
- Gürbüz, Hasan. *Muhasebe Denetimi*. İstanbul: Bilim Teknik Yayınevi, 1995.
- Güven Kardeş, Bade. *Yeni Vakıfçının El Kitabı*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2017.
- Güven, Kudret. *İsviçre Medeni Kanunu'ndaki Son Gelişmeler (Açıklamalı-Yorumlu-Karşılaştırılmalı)*. Ankara: Savaş Yayınevi, 2023.
- Hatemi, Hüseyin. *Medeni Hukuk Tüzel Kişileri Cilt I, Giriş, Tarihi Gelişim, Eski Vakıflar*. İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 1979.
- Hatemi, Hüseyin. *Önceki ve Bugünkü Türk Hukukunda Vakıf Kurma Muamelesi*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1969.
- Hatunoğlu, Zeynep. "TTK Yasa Tasarısında Sermaye Şirketlerinde Denetime İlişkin Düzenlemeler Konusunda Muhasebe Meslek Mensuplarının Değerlendirmeleri: Kahramanmaraş Örneği". *Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*. 19/1 (2010): (s. 233-253).
- Helvacı, Serap ve Fulya Erlütle. *Medeni Hukuk (Medeni Hukuka Giriş- Kişiler Hukuku-Aile Hukuku)*. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2022.
- İkizler, Metin. "Alman Dernekler Hukukundaki Reform Çalışmalarına Bir Bakış". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 57/3 (2008): (s. 409-454). [https://doi.org/10.1501/Hukfak\\_0000001532](https://doi.org/10.1501/Hukfak_0000001532) (Erişim: 16.11.2024).
- İkizler, Metin ve Yasin Kurban. *Eski ve Yeni Vakıflar Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- İkizler, Metin ve Özlem Tüzüner (Editörler). *Medeni Hukuk- I, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2022.
- İşeri, Ahmet. "Vakıflar (Medenî Kanundan Önceki ve Sonraki Vakıf Nevileri ve Hukukî Mahiyetleri)". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 21/1 (Mayıs 1964): (s. 199- 280). <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/632376> (Erişim: 17.11.2024).
- İşeri, Ahmet. *Türk Medeni Kanunu'na Göre Vakıf (Tesis)*. Ankara: Sevinç Matbaası, 1968.
- Korkusuz, M. Refik ve Ömer Ergün. "Hukuksal Boyutları ile Eski ve Yeni Vakıflar". *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. (12-13) /16-19 (Temmuz 2009): (s. 69-138).
- Kılıçoğlu, Ahmet M. *Medeni Hukuk (Temel Kavramlar-Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku)*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2016.
- Köprülü, Bülent. *Medeni Hukuk Genel Prensipler (Kişinin Hukuku, Aile Hukuku)*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1970-1971.
- Medicus, Dieter ve Jens Petersen. *Allgemeiner Teil des BGB*. Heidelberg: C.F. Müller Verlag, 2024.
- Oğuzman, M. Kemal, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir. *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2024.

- Öğredik, Güray. "Vakıflar ve Vakıf İktisadi İşletmelerinin Vergi Mevzuatı Açısından İncelenmesi". E-Yaklaşım Dergisi. 22 (2005).  
<https://dengeakademi.com/Files/Article/Guray2005VakiflarV.pdf> (Erişim: 15.11.2024).
- Öğtüz, M. Tufan. *Türk Hukukunda Vakıf Tüzel Kişiliğinin Hukuki Esasları*. İstanbul: Beşir Kitabevi, 2007.
- Özaydın, M. Enver. "Vakıflarda Yeni Denetim Anlayışı: İç Denetim". Denetim Dergisi. 2 (2009): (s. 52-59).
- Özedöner, Haydar Bayram. *Vakıf Yönetim Organının Hukuki Sorumluluğu*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2024.
- Özsunay, Ergun. *Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler, Tüzel Kişilerin Genel Teorisi, Dernekler, Vakıflar*. İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 1978.
- Özkan, Cemali. *Tüm Yönleriyle Dernekler ve Vakıflar*. Ankara: Yaklaşım Yayınları, 2000.
- Öztan, Bilge. *Şahsın Hukuku Hakiki Şahıslar*. Ankara: Turhan Kitabevi, 1992.
- Saymen, Ferit H. *Türk Medeni Hukuku Cilt- II: Şahsın Hukuku*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1948.
- Serozan, Rona. *Tüzel Kişiler Özellikle: Dernekler ve Vakıflar*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1990.
- Sprecher, Thomas. *Swiss Foundation Law*. Zürich: Dike, 2023.
- Taş, Oktay ve Cem Niyazi Durmuş, *SPK Düzenlemeleri ve 3568 Sayılı Mevzuat Kapsamında Denetim*. İstanbul: Alfa Yayınları, 2008.
- Uluç, Yusuf. *Açıklamalı-İçtihatlı Vakıflar Hukuku ve Mevzuatı*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2014.
- Yıldız, Ekrem ve Erdem Bulut. *Denetimde Beklenti Boşluğu*. Sayıştay Dergisi. 105 (Nisan-Haziran 2017): (s. 41-68).
- Yılmaz, Süleyman. *Medeni Hukuk II Kişiler Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2023.
- Zevkliler, Aydın, Şeref Ertaş, Ayşe Havutçu, M. Beşir Acabey ve Damla Gürpınar. *Yeni Medeni Kanun'a Göre Medeni Hukuk (Temel Bilgiler)*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2018.
- <https://dergipark.org.tr/tr>  
<https://www.fedlex.admin.ch/de>  
<https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/>  
<https://legalbank.net/arama>

# İLK MODERN AİLE HUKUKU KANUNUMUZ: 1917 TARİHLİ HUKUK-İ AİLE KARARNAMESİ

Dr. Öğr. Üyesi Fatma HIZIR ASRAV

Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi,  
Medeni Hukuk Anabilim Dalı

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8675-4318>,  
[ftmhZR@kku.edu.tr](mailto:ftmhZR@kku.edu.tr)

Geliş Tarihi | Received: 16.12.2024

Kabul Tarihi | Accepted: 11.01.2025

İntihal: Bu makale, en az iki hakem tarafından incelendi ve intihal içermediği teyit edildi.

Plagiarism: This article has been reviewed by at least two referees and scanned via a plagiarism software.



Bu eser [Creative Commons Alıntı-Gayri Ticari-Türetilemez 4.0 Uluslararası Lisansı](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/) ile lisanslanmıştır.

This work is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/).

Atıf | Citation:

Hızır Asrav, Fatma. "İlk Modern Aile Hukuku Kanunumuz: 1917 Tarihli Hukuk-İ Aile Kararnamesi". Medeni Hukuk Dergisi. 2/1 (2025), s. 54-79.

## Yazar Beyanı

**Mali Destek:** Yazar, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır.

**Yazarların Katkıları:** Bu makale yazar tarafından tek başına hazırlanmıştır.

**Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı:** Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir.

**Etik Kurul Onayı Beyanı:** Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur.

**Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi:** Yazar, makalenin tüm süreçlerinde MHD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde MHD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın MHD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir.

## Author's Declaration

**Financial Support:** The author has not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

**Author's Contributions:** This article was prepared by the author alone.

**The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest:** No conflict of interest or common interest has been declared by the author.

**The Declaration of Ethics Committee Approval:** The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

**The Declaration of Research and Publication Ethics:** The author declares that she complies with the scientific, ethical, and quotation rules of MHD in all processes of the paper and that she does not make any falsification of the data collected. In addition, she declares that Civil Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than Civil Law Review.

## **İLK MODERN AİLE HUKUKU KANUNUMUZ: 1917 TARİHLİ HUKUK-İ AİLE KARARNAMESİ**

### **ÖZ**

Hukuk-i Aile Kararnamesi Osmanlı devletinin son döneminde kaleme alınmış, çoğunlukla Hanefi mezhebi uygulamasına göre yazılmasına rağmen yer yer Hanefi uygulamasından ayrılarak farklı mezhep uygulamalarına da yer vermiş, pek çok İslam devletinin (Suriye, Lübnan, Ürdün, Filistin) aile hukuku sistemini şekillendirmiş ve bazılarında da yakın tarihe kadar uygulanmış olan önemli bir hukuki düzenlemedir. Mecelle'ye yapılan eleştiriler gözönünde bulundurularak farklı mezheplerin içtihatlarına da yer verilmesi ve dönemin fikirlerini yansıtmaya açısından önemlidir. Her şeyden önce asıl önemini aile gibi toplumun temelini oluşturan bir kurumu konu edinmesinden almaktadır. 157 maddeden oluşan kararname içerdiği hükümler itibariyle aile hukukuna ilişkin konularda birçok yenilik getirmiş, her ne kadar aile hukukuna ilişkin bütün konuları kapsamasa da evlenme ve boşanma hakkında mevcut meselelere çözüm getirmeyi amaçlamıştır. Savaş ortamında ve dolayısıyla zor şartlarında hazırlanmış olmasına rağmen gayrimüslimlerin dini inançlarına ve özgürlüklerine de riayet edilerek hukuk ve yargı birliği sağlanmaya çalışılmıştır. Bu yönüyle yalnızca İslam aile hukukunun değil, aynı zamanda gayrimüslim aile hukukunun da ilk modern kanunudur.

**Anahtar Kelimeler:** Hukuk-i Aile Kararnamesi, Aile hukuku, Evlenme, Boşanma.

## **OUR FIRST MODERN FAMILY LAW CODE: FAMILY LAW DECREE DATED 1917**

### **ABSTRACT**

The Family Law Decree was written in the last period of the Ottoman Empire, although it was mostly written according to the Hanafi school of thought, it sometimes deviated from the Hanafi school of thought and included different school of thought practices, and it is an important legal regulation that shaped the family law system of many Islamic states (Syria, Lebanon, Jordan, Palestine) and was implemented in some of them until recent history. Considering the criticisms made to the Mecelle, it is important in terms of including the jurisprudence of different schools of thought and reflecting the ideas of the period. First of all, it derives its real importance from the fact that it deals with an institution that forms the basis of society, such as the family. The decree, consisting of 157 articles, brought many innovations in family law issues in terms of the provisions it contained, and although it did not cover all issues related to family law, it aimed to provide solutions to existing issues regarding marriage and divorce. Although it was prepared in a war environment and therefore under difficult conditions, it attempted to ensure legal and judicial unity by respecting the religious beliefs and freedoms of non-Muslims. In this respect, it is the first modern code not only of Islamic family law but also of non-Muslim family law.

**Keywords:** Family Law Decree, Family Law, Marriage, Divorce.

## GİRİŞ

Büyük ölçüde İslam hukukuna göre yönetilmiş olan Osmanlı devleti'nde aile hukuku da İslam hukukuna göre şekillenmiştir. İslam hukuku içerisinde önemli bir yere sahip olan aile hukuku Hanefi mezhebi içtihatlarına göre oluşturulmuş ve uzun yıllar bu mezhep dışına çıkılmamıştır. 1917 yılında yürürlüğe giren ve özellikle evlilik hukuku ilişkilerini düzenleyen Hukuk-i Aile Kararnamesi (HAK), diğer mezheplerin içtihatlarına da yer vermiş, gayrimüslimlere ilişkin olarak da evlenme ve boşanma konularında düzenlemeler getirilmiştir. Bu vasfıyla HAK, kanunlaştırma hareketleri içerisinde aile hukuku alanında ilk kanundur.

Çalışmamızda öncelikle HAK öncesi aile hukukuna değindikten sonra, aile hukuku alanındaki gelişmeler tanzimat fermanı öncesi ve tanzimat fermanı sonrası olmak üzere iki döneme ayrılarak incelenmiş, bu dönemde yapılan kanunlaştırma çalışmalarından bahsedilmiştir. Sonrasında HAK'ın kanunlaşma süreci, kararnameyi doğuran sebepler, kararnamenin özellikleri ve sistematığı incelenmiş, kararnamenin getirdiği yenilikler ve bu yeniliklerin önemi ortaya konmuştur. Son olarak bir buçuk yıl gibi kısa bir süre yürürlükte kalabilmiş kararnamenin yürürlükten kaldırılma sebepleri üzerinde durulmuştur.

### III. KARARNAME ÖNCESİ AİLE HUKUKUNA GENEL BAKIŞ

#### J. Genel Olarak

Osmanlı hukuku büyük ölçüde İslam hukukuna dayanmaktadır ve bu sebeple İslam hukukunun bir tatbikinden ibaret olduğu belirtilmiştir<sup>163</sup>. Ancak şer'i hukuka aykırı düşmemek şartıyla örfi hukuk da uygulanagelmıştır. Bu bağlamda Osmanlı hukuku, şer'i ve örfi hukuk olarak adlandırılan düalist bir yapıya sahiptir ve daha ziyade şer'i hukuk hükümleri çerçevesinde şekillenmiştir. Kaynağı Kur'an, sünnet, icma ve kıyas olan şer'i hukuk, fıkıh kitaplarında toplanmış olan kurallar bütününe ifade etmektedir. Bilhassa Kur'an ve sünnet kaynaklı bu kuralların geçerliliği hiçbir kurum ya da kişinin onayına tabi olmamıştır. Bu sebeple söz konusu bu kurallar herhangi bir değişiklik olmaksızın uygulanagelmıştır<sup>164</sup>.

<sup>163</sup> Ahmet Akgündüz, *Osmanlı Hukuku Kanunnameler ve Şeriat*, Köprü Dergisi, LXV, 1999, s. 12.

<sup>164</sup> Yılmaz Yurtseven, "1917 Tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesi ve Osmanlı Aile Hukukuna Getirdiği Yenilikler". Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 11/1-2 (2003), s. 200-201.



Osmanlı Hukuku klasik dönem ve Tanzimat sonrası dönem olmak üzere iki döneme ayrılarak incelenmektedir. Çünkü Tanzimat döneminde pek çok alanda olduğu gibi hukuk alanında da önemli değişiklikler ve yenilikler gerçekleşmiştir. Bu sebeple Osmanlı devletinin kuruluşundan Tanzimat Fermanı'na kadar olan dönem klasik dönem, Tanzimat Fermanı'ndan Cumhuriyet'in ilanına kadar olan dönem ise Tanzimat sonrası dönem olarak adlandırılır. Çalışmamızın konusu olan 1917 tarihli Hukuk-i Aile Kararnamesi Tanzimat sonrası Osmanlı Hukuku'ndaki gelişmelerden biridir. Bu sebeple öncelikle Hukuk-i Aile Kararnamesine kadar olan süreçte aile hukukuna ilişkin uygulamalara, diğer bir deyişle klasik dönem aile hukukuna, ardından da Tanzimat dönemi aile hukukuna ilişkin gelişmelere değinmek yerinde olacaktır.

## **K. Aile Hukuku Alanında Kanunlaştırma Hareketleri**

### **7. *Tanzimat Fermanı Öncesi Aile Hukuku Alanında Kanunlaştırma Hareketleri***

Klasik dönemde Osmanlı padişahları, emir ve fermanlarıyla şer'i hukukun sınırları içerisinde kalmak kaydıyla birtakım örf'i hukuk düzenlemeleri yapmışlardır. Padişahların emir ve fermanlarından oluşan kanun ve nizamnameler bir araya getirilerek kanunnameler oluşturulmuştur. Bu şekilde oluşturulan kanunnameler daha çok vergi, maliye, idare ve ceza hukuku gibi kamu hukuku alanlarına ilişkin örf'i hukuk düzenlenmeleri şeklinde vücut bulmuştur. Zira aile, kişiler, borçlar, miras hukuku gibi özel hukuka ilişkin hükümler şer'i hukuk kaynaklarında zaten detaylı olarak düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler belirli bir hukuk alanını tamamıyla düzenlemedikleri ve örf ve adet kurallarının derlenmesi sonucunda oluşturulan bireysel kurallardan ibaret oldukları için modern anlamda kanunlaştırma hareketleri olarak nitelendirilemezler. Bununla birlikte vaazedildikleri dönem dikkate alındığında Osmanlı hukukunun ne denli gelişmiş olduğu açıkça anlaşılmaktadır<sup>165</sup>.

Osmanlı Devletinde özellikle 15. ve 16. yüzyıllarda yetişen Ebussuud Efendi, Ali Efendi gibi önemli hukukçuların belirli meselelere ilişkin olarak verdikleri reyler ve fetvalarda bir takım meseleler için uygulayıcılara çözüm yolları gösterilmiştir. Ancak bütün bu çalışmaların çağdaş bir kanunlaştırma hareketi niteliğinde olduğu söylenemez. Bunların yanı sıra Osmanlı Devletinde çeşitli alanlarda bazı kanunlaştırma hareketlerine de rastlanmaktadır. Bunların başında da Fatih ve Kanuni kanunnameleri

---

<sup>165</sup> Yurtseven, s. 202.

gelmektedir. Fatih Kanunnamesi tamamen idari bir nitelik gösterirken, Kanuni kanunnamesi idari, hukuki, cezai ve usuli birçok alanda geniş ve kapsamlı düzenlemeler içermektedir<sup>166</sup>.

İslam hukuku içerisinde aile hukuku başlı başına ayrı bir bölüm işgal eder. Aile hukukuyla ilgili ilahi kaynak olan Kur’anda dokuz sure ve ayrıntılı şekilde elliden fazla ayet bulunmaktadır. Bunların yanı sıra aile düzeniyle ilgili çok sayıda sünnet de mevcuttur<sup>167</sup>. Bu sebeple Osmanlı hukuku içerisinde aile hukuku esasen İslam hukuku kurallarına göre şekillenmiş ve Osmanlı hükümdarları aile hukuku alanına sınırlı olarak müdahalede bulunmuştur. Bunun bir sonucu olarak da aile hukukuna ilişkin herhangi bir hükmü değiştiren ya da yürürlükten kaldıran bir madde kanunnamelerde yer almamıştır<sup>168</sup>.

#### 8. *Tanzimat Fermanı Sonrası Aile Hukuku Alanında Kanunlaştırma Hareketleri*

Osmanlı devletinde her ne kadar Tazminat Fermanı’ndan önce çeşitli alanlarda kanunlaştırma hareketleri görülse de, modern anlamda kanunlaştırma hareketleri 19. yüzyılda Tanzimat Fermanı ile batılılaşma/modernleşme çerçevesinde başlamıştır. Tanzimat dönemini başlatan 1839 tarihli Gülhane Hatt-ı Hümayunu’nda bu husus, “*Devlet-i Aliye ve memalik-i mahrusamızın hüsn-i iradesi zımında bazı kavanin-i cedide vaz’u tesisi lazım ve mühim*” şeklinde ifade edilmiştir<sup>169</sup>. Bu bağlamda Tanzimat Fermanı’nın hem kanunlaştırma hareketleri açısından, hem de siyasi ve sosyal açıdan son derece önemli bir hukuk metni olduğu şüphesizdir. Zira bu dönem, Osmanlı Devleti’nde sosyal ve siyasi hayatta önemli değişim ve gelişmelere yol açmıştır<sup>170</sup>.

Kanunlaştırma hareketleri açısından bakıldığında Tanzimat sonrası dönem, Osmanlı hukuku açısından oldukça önemli bir dönemdir. Bu dönemde gerçekleştirilen kanunlaştırma hareketlerinde yerli (Tedvin), iktibas (Kodifikasyon) ve karma usul olmak üzere kaynağı birbirinden farklı üç yöntemle başvurulmuştur<sup>171</sup>. 1840 Tarihli Kanunnâme-i Ticaret-i Berriye, 1850

<sup>166</sup> Mehmet Ünal, “*Medeni Kanunun Kabulünden Önce Türk Aile Hukukuna İlişkin Düzenlemeler ve Özellikle 1917 Tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesi*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 34/1 (1977), s. 202-203.

<sup>167</sup> Ünal, s. 195-196.

<sup>168</sup> Mehmet Akif Aydın, *İslam-Osmanlı Aile Hukuku*, İstanbul: İFAV Yayınları, 1985, s. 65-66.

<sup>169</sup> Ünal, s. 204.

<sup>170</sup> Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, *Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat*, İstanbul: Maarif Matbaası, 1940, s. 203; Yurtseven, s. 202-203.

<sup>171</sup> Abdurrahman Yazıcı, *İslam Hukukunda Gayrimüslimlerin Özerkliği: Osmanlı Aile Hukuku Kararnamesi Örneği*, s. 9, <https://www.suleymaniyevakfi.org/wp-content/uploads/2009/12/->

tarihli Kanunnâme-i Ticaret, 1851 tarihli Ceza Kanunu (Kanun-ı Cedid), 1858 tarihli Arazi Kanunnamesi, 1858 tarihli Ceza Kanunnâme-i Hümâyûnu, 1861 tarihli Usûl-i Muhakeme-i Ticaret Nizamnâmesi, 1863 tarihli Ticaret-i Bahriye Kanunnâmesi, 1876 tarihli Kanun-ı Esasi (Osmanlı Devleti'nin ilk Anayasası), 1879 tarihli Usûl-i Muhakemat-ı Cezaiye Kanunu, 1880 tarihli Usûl-i Muhakemat-ı Hukukîye Kanun-ı Muvakkati ve 1881 tarihli Usûl-i Muhakemat-ı Hukukîye Kanunu, Tazminat döneminde gerçekleştirilen önemli kanunlaştırma hareketlerindedir.

Bu dönemin en önemli kanunlaştırma hareketlerinden birisi de 1869-1876 yılları arasında Ahmet Cevdet Paşa Başkanlığındaki komisyon tarafından hazırlanarak yürürlüğe giren Mecelle-i Ahkam-ı Adliye'dir. 1851 maddeden oluşan ve kazuistik bir yapıda hazırlanan Mecelle, yalnızca Türk hukuk tarihinde değil, aynı zamanda İslam hukuk tarihinde de ilk kanun olma özelliğine sahiptir. İslam hukukunun belli bir bölümünü (borçlar hukuku, ticaret hukuku, şirketler hukuku, usul hukuku) bir bütün olarak düzenleyen bu kanun metninde bazı istisnalar dışında Hanefi mezhebinin görüşleri benimsenmiştir<sup>172</sup>. Türk-İslam hukuk tarihinin bu ilk ve önemli özel hukuk kodifikasyonu yalnızca Hanefi mezhebinin görüşlerine yer verilmesi ve diğer mezheplerin içtihatlarının dikkate alınmaması sebebiyle eleştirilere hedef olmasına yol açmıştır<sup>173</sup>.

Kısa adıyla Mecelle olarak ifade edilen bu kanun, Osmanlı medeni kanunu olarak nitelendirilmiştir. Ancak medeni hukukun birçok alanı modern anlamda kanunlaştırılmasına rağmen, kişiler, aile, miras ve eşya hukukunun büyük bir bölümüne ilişkin hükümlere yer verilmemiştir<sup>174</sup>. Bu sebeple haklı olarak Mecelle'nin tam bir medeni kanun olarak nitelendirilemeyeceği belirtilmiştir<sup>175</sup>.

---

--33.pdf (Erişim: 24.10.2024); Ali Asal, *Mehmet Zihni Efendi'nin El-Vücuhu'l-Milah Fi Fusuli'n-Nikah Adlı Eseriyle Hukuk-ı Aile Kararnamesinin Mukayesesi*, Erzurum, 2014, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s. 31.

<sup>172</sup> Halil Cin, *İslam ve Osmanlı Hukukunda Evlenme*, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1974, s. 291; Yurtseven, s. 204.

<sup>173</sup> Coşkun Üçok, Ahmet Mumcu ve Gülnihal Bozkurt, *Türk Hukuk Tarihi*, Ankara 1996, s. 291; Kararnameye getirilen eleştiriler hakkında detaylı bilgi için bkz; Ensar Durmuş, *1917 Tarihli Hukuk-i Aile Kararnamesine Getirilen Eleştiriler*, Çanakkale OnSekiz Mart Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Çanakkale, 2017 (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi).

<sup>174</sup> Özlem Tüzüner, *Türk ve İslam Hukuku Bakış Açısından Evlenmenin Hukuki Niteliği Hakkında Bir İnceleme*, Ankara Barosu Dergisi, 1 (2013), s. 130; Hayrunnisa Özdemir, "Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nde Nişanlanma ve Evlenme", Kaide Dergisi, 1/1 (2023), s. 65.

<sup>175</sup> Mustafa Dural ve Suat Sarı, *Türk Özel Hukuku Temel Kavramlar Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri*, C. I, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2022, s. 25; İlber Ortaylı, *İmparatorluğun En Uzun Yüzyılı*, İstanbul: Timaş Yayınları, 1995, s. 12.

Konumuz, ilk aile hukuku kodifikasyonu olan Hukuk-ı Aile Kararnamesi olduğu için, bir medeni hukuk kodu olarak nitelendirilen Mecelle hakkındaki genel açıklamalardan sonra, Hukuk-ı Aile Kararnamesi'ni detaylı olarak aşağıdaki başlıklarda incelenmiştir.

#### IV. 1917 TARİHLİ HUKUK-İ AİLE KARARNAMESİ

##### A. Kararnamenin Hazırlanmasını Gerektiren Sebepler

###### 1. Genel Olarak

Osmanlı Devletinde aile hukuku alanında kanunlaştırma oldukça gecikmeli olarak gerçekleşmiştir ve bunun ilk ve tek örneği 1917 tarihli Hukuk-i Aile Kararnamesidir. Aile hukuku alanında bir kanunlaştırmanın bu denli geç gündeme gelmesinin en önemli sebepleri arasında, Türk Toplumunun sahip olduğu sosyo-kültürel yapı, ahlâkî ve dinî inançlar, örf-adet ve teamüller gösterilebilir. Bununla birlikte 1298 ve 1330 tarihli Sicilli Nüfus Kanunlarında<sup>176</sup> evlenme ve boşanmanın tesciline ve terkinine ilişkin bazı hükümler bulunmaktaydı. Ancak bu düzenlemeler bir bütün olarak aile hukukunu geniş ve kapsamlı biçimde düzenlemekten uzak olup, modern anlamda bir kanunlaştırma niteliğinde değildi. Aile hukukuna ilişkin kısmi ya da dolaylı hükümler içeren bu düzenlemeler sonrasında ilk modern aile hukuku kodifikasyonu olan 1917 tarihli Hukuk-i Aile Kararnamesi (HAK) doğmuştur.

HAK'ı doğuran sebepleri, kesin çizgilerle birbirinden ayırmak oldukça zor olsa da hukuki, siyasi, sosyal, kültürel, ekonomik sebepler ile kadın hareketlerinin etkisi şeklinde tasnif ederek incelemenin faydalı olacağını düşünüyorum.

###### 2. Hukuki Sebepler

Osmanlı Devleti'nde aile hukukuna ilişkin kanuni düzenlemelere çeşitli sebeplerle ihtiyaç duyulmuştur. Bu ihtiyaçları gidermek için çeşitli tarihlerde bazı düzenlemeler yapılmıştır. Örneğin; balığ<sup>177</sup> olmasına rağmen velisi tarafından evlenmesine izin verilmeyen kızların ve dul kadınların kadından izin almak şartıyla evlenebilmeleri için 1841 yılında bir ferman çıkarılmıştır. Bu fermanda ayrıca ülkenin bazı bölgelerinde yerleşmiş bir adet olarak

<sup>176</sup> Detaylı bilgi için bkz. Ünal, s. 205-207.

<sup>177</sup> "Bulûğ veya balığ olmak kişinin çocukluktan çıkıp yetişkinliğe adım atması olarak ifade edilmektedir. Kişiden kişiye değişen bu devrede çocuklarda bazı fiziksel değişiklikler meydana gelmektedir. Bulûğ yaşının değişiklik göstermesinde, iklim, irksal özellik, yaşanan konum, beslenme ve ekonomik etkenler belirleyici olmuştur." Burak Kocaoğlu ve Alev Duran, "Osmanlı Devleti'nde Ceza Yaşı ve Bulûğ Meselesi", Uluslararası Tarih ve Sosyal Araştırmalar Dergisi, 24 (2020). s. 27.

uygulanan başlık adı altında para ya da mal alma usullerinden vazgeçilmesine ilişkin bir hüküm de yer almaktadır. 1916 yılında kocanın kaybolması ve hastalanması halinde kadına boşanma hakkı tanıyan iki irade-i seniyye çıkmıştır. Ancak bu düzenlemeler sorunlara yeterli çözüm getirememiştir<sup>178</sup>. Bu sebeple aile hukuku alanındaki eksiklerin tamamlanıp, ihtiyaçlara cevap verecek bir aile hukuku kanunu gereksinimi, HAK'ın doğumunda önemli rol oynamıştır.

Aile hukukunun düzenlenmesindeki bir diğer etken de Osmanlı Devletinde geçerli ve yürürlükte olan hukuki ve adli uygulamalardır. Şöyle ki; Tanzimat Fermanı'nın ilanından önce taraflar arası ihtilafları çözmek kadıların göreviydi. Ancak kadıların uyuşmazlıkları çözmesi için uymakla ve uygulamakla zorunlu oldukları kanun niteliğinde herhangi bir metin mevcut değildi. Kadıların uygulamak zorunda oldukları hükümler, büyük İslam âlimleri tarafından ve çoğunlukla Arapça dilinde kaleme alınmış olan fıkıh kitaplarında ve fetva mecmualarında yer almaktaydı<sup>179</sup>. Hal böyle olunca, kadıların önlerine gelen uyuşmazlıklara uygulanacak olan hükümleri tespit etmeleri oldukça zordu.

Tanzimat Fermanı'nın ilanından sonra birlikte bu duruma son vermek için hukukun çeşitli dallarında kanunlaştırmalar yapıldı. Ancak bu sefer de hukuki ve adli uygulama açısından başka bir problem meydana geldi. Bilhassa Fransız kanunlarından iktibaslar yoluyla yapılan kanunlaştırmalar, Osmanlı devletinde farklı farklı kaynaklardan gelen ve birbirinden içerikleri itibariyle tamamıyla farklı olan iki ayrı hukuk sisteminin yürürlükte olmasına yol açtı. Diğer bir deyişle o dönemde dini esaslara dayanan İslam hukuku ile kaynağı Avrupa, özellikle de Fransız hukuku olan bazı kanun ve nizamnameler uygulanmaya başlanmıştır. Ancak Fransız hukukundan iktibas edilen kanun ve nizamnamelerin, İslam hukukunu uygulayan 'Şer'iyye mahkemelerinde' uygulanması birtakım sakıncalara sebep olmuştur. Bu sakıncaları gidermek için 1880 yılında 'Nizamiye mahkemeleri' kurulmuştur<sup>180</sup>. Görüldüğü üzere bir yandan İslam hukukunun diğer yandan yabancı kanunların uygulanması ülkede hukuk birliğinin ve dolayısıyla hukuka güvenin sağlanmasına ciddi tehdit oluşturmuştur.

Kapitülasyonlarla gelen hukuki ve adli imtiyazlar da hukuk alanında bir diğer önemli meseleydi. Söz konusu bu kapitülasyonlar sebebiyle her

<sup>178</sup> Yurtseven, s. 210; Orhan Çeker, *Osmanlı Hukuk-ı Âile Kararnamesi*, Konya: Mehir Vakfı Yayınları, 1979, s. 6.

<sup>179</sup> Ünal, s. 221.

<sup>180</sup> Ünal, s. 221; Aydın, s. 154 vd.

konsolosluk, kendi vatandaşlarını ilgilendiren davaları sonuçlandıracak bir mahkemeye sahipti. Bu mahkemelerde Osmanlı Devletinde yaşayan yabancılar, hem medeni hukuk ve aile hukuku alanında hem de ceza ve ticaret hukuku alanında adeta hukuki bir serbestiye ve imtiyaza sahiptiler. Yani Osmanlı tebaasından olan gayrimüslimler kendi haklarına göre ve kendi mahkemelerinde yargılanıyorlardı Zaman zaman bu ayrıcalıklardan yararlanmak isteyen bazı müslümanların kendi devletlerinin adaletinden kaçtıkları bile görülüyordu. Tüm bunlarla birlikte Osmanlı devletinin tebaasından hristiyan ve yahudiler, dindaşlarının medeni hukuka, bilhassa da aile hukukuna ilişkin konuları düzenleme ve uygulama hususunda hukuki ve adli yetkileri bulunmaktaydı. Bu durum da ülkede hukuk birliğini sağlamayı zorlaştırmaktaydı. Tüm bu sebepler yüzünden aile hukuku alanında, gerek hukuki gerekse yargısal birliği sağlama imkanı ortadan kalkıyordu. Bu durum da hukuk güvenlik ve eşitliğin sağlanması açısından oldukça büyük sakıncalar teşkil etmekteydi<sup>181</sup>.

Osmanlı Devleti, 1914 yılında tek taraflı olarak kapitülasyonları kaldırarak ülkedeki olan hukuk birliğini ve güvenliğini sağlamak adına önemli bir adım atmıştır. Kapitülasyonların kaldırılmasıyla, konsolosluk mahkemeleri de kaldırılmıştır<sup>182</sup>. Bu sayede yargı alanındaki üçlü yapı, devletin kendi hukuki ve yargısal yetkisi ile gayrimüslim mahkemelerinin hukuki ve yargı yetkisi şeklinde, en azında ikiye inmiştir<sup>183</sup>.

Tüm bu sebepler neticesinde, Osmanlı Devletindeki kanunlaştırma hareketlerinin sonucusu, aile hukuku alanında ve 1914 yılında I. Dünya Savaşıyla birlikte başlamıştır.

### 3. Siyasi Sebepler

İç ve dış siyasi meseleler Osmanlı devletinde modern anlamda kanunlaştırma hareketlerinin başlamasını tetiklemiştir. Her şeyden önce 1839 Tanzimat fermanı hiç kuşkusuz ilk ve en önemli iç siyasi olaydır.

Bu dönemdeki en önemli diğer siyasi olaylar, Kırım savaşı, 1856 Islahat Fermanı, I. Meşrutiyetin ilanı, 93 Harbi, II. Meşrutiyet'in ilanı, Trablusgarp savaşı, Balkan savaşları ve en sonunda I. Dünya savaşı şeklinde birbirini takip etmiştir. Bütün bu büyük siyasi olaylar toplumun yapısında büyük travmalara ve değişikliklere sebep olmuştur. Bunun sonucunda meydana

<sup>181</sup> Aydın, s. 154-155; Ünal, s. 222; Yurtseven, s. 210-211; Yazıcı, s. 10.

<sup>182</sup> Yargılama hukuku alanında yapılan değişiklikler için bkz.; Ahmet Akman, "Tanzimat Sonrası Osmanlı Usul Hukukundaki Gelişmeler", Manas Sosyal Araştırmalar Dergisi, 8/1( 2019), s. 441-460.

<sup>183</sup> Yurtseven, s. 210.

gelen yeni ihtiyaçların karşılanması için çeşitli alanlarda kanunlaştırma hareketleri devam etmiştir<sup>184</sup>.

Osmanlı devleti sınırları içindeki gayrimüslimlere, özellikle kişiler ve aile hukuku alanlarında kendi dini ile örf ve adetlerini uygulamaları hususunda büyük bir serbesti tanımıştır. Bu durum idari, adli ve hukuki açıdan karışıklığa ve başıboşluğa yol açmış, imparatorluğun son zamanlarında dağılma ve çözülmelere sebep olmuştur. Bu bağlamda Osmanlı devleti bu durumu engelleyebilmek için kanunlaştırma hareketlerini her zamankinden daha elzem görmüştür<sup>185</sup>.

Bu iç siyasi olayların yanı sıra, hem gayrimüslimlerin haklarının korunması hem imtiyazların korunması gibi sözde nedenlerle batılı ülkeler tarafından dış müdahaleler de söz konusu olmuştur. Müslümanlara tanınmış olan haklardan gayrimüslimlerin de yararlanması için Osmanlı devleti üzerinde, batılı devletlerin sürekli baskıları söz konusu olmuştur. Bu baskılar Osmanlı devletini çeşitli tarihlerde bazı alanlarda kanunlaştırma hareketlerine yöneltmiştir. Ancak belirtmek gerekir ki, söz konusu bu dış baskılar HAK'ın hazırlanmasını olumsuz etkilemiş ve aile hukuku alanında kanunlaştırma hareketlerini geciktirmiştir<sup>186</sup>.

#### **4. Sosyal, Kültürel ve Ekonomik Sebepler**

Balkan Savaşları ve I. Dünya Savaşı hiç şüphesiz Osmanlı Devleti'nin sosyal ve kültürel yapısını etkilediği gibi, ekonomik hayatta da önemli gelişmelere ve değişimlere yol açmıştır. Bu gelişmeler ve değişimler hukuk alanında da çeşitli düzenlemeler yapma gereksinimini doğurmuştur.

I. Dünya Savaşı, sosyal ve ekonomik yapının değişmesi ve gelişmesine hız kazandırmıştır. Bilindiği üzere balkan savaşlarından önce kadının ekonomik hayatta aktif ve etkin bir rol aldığını söylemek pek mümkün değildir ve o dönemde ekonomik ve sosyal hayat neredeyse tamamen erkek nüfusunun tekelindedir. Ancak erkekler savaflara katılmak zorunda kalınca, Osmanlı kadını hem ekonomik hem sosyal hayatta kendine bir yer bulmak durumunda kalmıştır. Bunun sonucunda kadının ekonomik ve sosyal hayatta da varlık göstermesi, kadınlar için oldukça önem arz eden aile hukukunun düzenlemesi ihtiyacını daha da elzem kılmıştır<sup>187</sup>.

<sup>184</sup> Ünal, s. 213; Özdemir, s. 63-64; Yurtseven, s. 221.

<sup>185</sup> Ünal, s. 213.

<sup>186</sup> Ünal, s. 213-214.

<sup>187</sup> Nuran Koyuncu ve Yasin Yılmaz, "Osmanlı'nın Son Yüzyılında Hukuk Düşüncesinin Dönüşümü ve Dönemin Başlıca Tartışma Konularına", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 26/2 (2018), s. 101; Cin, s. 291 (Evlence).



Artarda yaşanan savaşlar toplumun sosyal ve kültürel yapısında çeşitli sorunlara sebep olduğu gibi ekonomik problemlere de yol açmıştır. Savaşa katılan erkeklerden bazıları geri dönmemiş, bazılarının da ölü ya da diri olduğuna dair kesin bir haber alınamamıştır. Kocalarını savaşta kaybeden ya da hiçbir şekilde hayatta olup olmadıkları konusunda bilgi edinemeyen kadınlar oldukça zor şartlarla mücadele etmek zorunda kalmışlardır. Bu sebeple nafakasını temin etmekte zorlanan kadınların durumlarını kısmen de olsa iyileştirmek için 1916'da bir irade-i seniyye (padişah emri) yayınlanmıştır. Ancak sorun sadece nafaka teminiyle sınırlı olmayıp, kocalarından haber alamayan kadınların durumlarının askıda olması pek çok sosyal ve ekonomik probleme de yol açmıştır. İşte bu sorunların giderilmesi için bir hukuki düzenlemeye ihtiyaç duyulmuş ve bu da aile hukuku alanında bir kararnamenin hazırlanması hususunda etkili olmuştur<sup>188</sup>.

Osmanlı devleti ile batılı devletler arasındaki ekonomik ve ticari ilişkiler kanunlaştırma hareketlerine de ivme kazandırmıştır. Zira ilk kanunlaştırma hareketlerinin ticaret ve borçlar hukuku alanlarında başlaması bunun açık bir göstergesidir<sup>189</sup>. Bununla birlikte Avrupa ile ilişkilerin artması sonucunda, toplumun belirli bir kesiminde zihniyet değişiklikleri gerçekleşmiştir<sup>190</sup>. Tanzimat Fermanı sonrası batılılaşma hareketleriyle birlikte Türk toplumunun sosyal yapısı değişmeye başlamış ve aile müessesesi de sarsılıp çözülmeye başlamıştır. Klasik Osmanlı toplumunun yerini artık giderek daha çok batı'ya benzeyen bir toplum almaya başlamıştır. Osmanlı ailesi, geleneksel geniş aile tipinden uzaklaşarak, daha dar bir yapıdaki çekirdek aileye dönüşmeye başlamıştır. Tüm bu gelişmeler neticesinde kadın sosyal hayatta, önceye nazaran daha ön plana çıkmış, bu da HAK'ın hazırlanmasında önemli rol oynamıştır<sup>191</sup>. Ayrıca Mecelle'de aile hukukuna yer verilmemesi de aile hukukunun bir düzenlemeye kavuşturulması ihtiyacını arttırmıştır<sup>192</sup>.

Osmanlı devleti ile Avrupa devletleri arasındaki kültürel ilişkiler de artmıştır. Zamanla artan kültürel ilişkilerin etkisiyle devlet ve saray teşkilatlarının yaşayış şeklinde, kılık ve kıyafet tarzında, erkek ve kadın

<sup>188</sup> Yurtseven, s. 211; Ünal, s. 215.

<sup>189</sup> Ünal, s. 214.

<sup>190</sup> Cin, s. 291 (Evlenme); Ünal, s. 214; Özdemir, s. 64.

<sup>191</sup> Ünal, s. 219; Yurtseven, s. 212.

<sup>192</sup> "Mecelle'nin aile hukukuyla ilgili hükümleri içermemektedir. Müslümanlar için olduğu gibi memleketimizde bu hususta farklı din mensuplarının kendi dinlerine ait hükümler de tedvin edilerek kanunlaştırılmamıştır. Bu nedenle şer'î hukuku bilen müslüman hâkimlerin bu dinlere ait hükümler hakkında bilgi sahibi ve vakıf değildirlir. Bu nedenle daha önce gayrimüslim rûhânî reislerine (gayrimüslim cemaat liderlerine) yargılama hakkı verilmişti. Bu verilen yargılama hakkı nikâh, boşanma ve onun tamamlayıcısı olan nafaka meseleleri konusundadır." HAK gerekçesi, Yazıcı, s. 13.



ilişkilerinde, eğitim ve öğretim sisteminde önemli ölçüde değişiklikler meydana gelmiştir. Harbiye, Tıbbiye, Guraba, Ulûm-i Edebiyye, Maarif-i Aliyye mektepleri gibi birçok askeri ve sivil eğitim ve öğrenim kurumlarının açılması ve aynı zamanda eğitim görmek için Avrupa'ya öğrenci gönderilmesi, toplum hayatında Avrupa'ya benzer değişikliklerin yapılması sonucunu doğurmuştur<sup>193</sup>.

Avrupa ile Osmanlı devleti arasında artan kültürel ilişkiler neticesinde, Osmanlı'da daha önce hiç görülmemiş şekilde fikri gelişmeler söz konusu olmuştur. Bunun sonucunda Osmanlı devletinin geleceğine birçok açıdan etki edecek olan Garpcılık, Türkçülük ve İslamcılık akımları sayesinde aile hukukuna ilişkin bir çok sorun basında ve kamu oyunda tartışma konusu yapıma imkanı bulmuştur. Bu fikir akımı mensuplarının aile hukukuna ilişkin meseleleri basın yoluyla kamuoyu önünde tartışmaları 1917 tarihli HAK'ın hazırlanması ve kabulü için gerekli fikri ve kültürel zemini sağlamıştır<sup>194</sup>.

##### **5. Kadın Hareketlerinin Etkisi**

Tanzimat Döneminde kadın-erkek eşitliğini sağlamaya yönelik kodifikasyon faaliyetleri kadının statüsünde de birtakım değişikliklere sebep olmuştur. Bu dönemde kadınlar eğitim kurumlarına kabul edilmeye başlanmış ve buralarda yetişen genç kızların sosyal hayatta kendilerine yer edinme gayretleri artmıştır. Bunun sonucunda 1900'lerden itibaren kadın tanımı ve anlayışı değişmeye başlamış ve bu gelişmeler bir feminizm hareketinin doğmasına yol açmıştır<sup>195</sup>.

Arka arkaya çıkan savaşların sonucunda ortaya çıkan iktisadi, sosyal ve kültürel gelişmeler kadının toplum içerisindeki sosyal statüsünü de etkilemiştir. Zira erkek nüfusunun azalması hem evlilik müessesini etkilemiş hem de kadınlara gerek sosyal gerek iktisadi hayatta daha aktif bir rol tanımıştır. Kadınlar 1874 yılında kurulan "*Malûl ve Hasta Askerlere Yardım Cemiyet-i Osmaniyesi'ne*" üye olarak, 1876 Türk-Rus savaşı ve 1897 Türk-Yunan savaşında önemli hizmetler sunmuştur. Bu cemiyet daha sonra "*Hilâl-i Ahmer*" adını almıştır. 1913 yılında hastabakıcılık kursları açılmış ve bu kurslarda yetişen Türk kadınları önemli görevler almışlardır. Orduya elbise

---

<sup>193</sup> Ünal, s. 215.

<sup>194</sup> Ünal, s. 216-219.

<sup>195</sup> Yurtseven, s. 212.

ve çamaşır temin etmek için kurulan “Kadınlar Eşya Pazarı” da kadınları sosyal hayatta daha öne çıkarmıştır<sup>196</sup>.

Tanzimat sürecinde birçok kadın derneği kurulmuş ve bu sayede kadınlar bir araya gelerek ilk defa örgütlenmeye başlamıştır. Bu derneklerden bazıları hayır ve yardım amacı taşırken bazıları ise feminist amaçlarla kurulmuştur. “Şefkat-i Nisvân” (1898), “Osmanlı Kadınları Şefkat Cemiyet-i Hayriyesi” (1908), “Muhtaç Asker Ailelerine Muavenet Cemiyeti” (1914), “Müdafa-i Milliye Osmanlı Hanımlar Cemiyeti”, “Osmanlı Cemiyet-i Hayriye-i Nisvaniye” (1909) gibi dernekler yoksullara ve savaş mağdurlarına yardım amacıyla kurulmuş derneklerdir. “Teali Nisvan Cemiyet” (1908), “Osmanlı Kadınlarını Çalıştırma Cemiyet-i İslamiyesi” (1916) ve “Osmanlı Müdafaa-i Hukuk-ı Nisvan Cemiyeti” (1913) adları altında kurulan dernekler ise kadınları eğitme, yaşam biçimlerini değiştirme, onlara sanat öğretme ve iş imkanı sağlama gibi feminist amaçlarla kurulmuş derneklerdendir<sup>197</sup>.

Bu dönemde sadece kadınlara yönelik gazete ve dergiler yayınlanarak, toplumun kadınlara biçtiği tek görevin anne ve eş olmaktan daha fazlası olması gerektiğine ilişkin yazılar yazılmıştır. Kadınlar eskiye nazaran kamusal alanda daha fazla yer almaya başlamış ve ilk kez erkelerle eşit haklar talep etmişlerdir<sup>198</sup>. Tüm bu gelişmeler kadının toplumsal statüsünü etkilemiş ve dolayısıyla kadın hareketi (feminizm), aile hukuku alanında kanun çalışması yapılması hususunda etkili olmuştur.

## B. Kararnamenin Hazırlanış Süreci

Medeni Kanunun bütünlüğü açısından Osmanlı aile hukukunun Mecelle içerisinde kanunlaştırılması şüphesiz çok daha yerinde olurdu. Fakat yukarıda detaylı şekilde izah edilmeye çalışıldığı üzere, dönemin hukuki, siyasi, sosyal ve ekonomik şartları aile hukuku alanındaki modern bir kanun yapılmasının gecikmesine neden olmuştur. HAK’ın kanunlaşmasıyla Mecelle’deki aile hukuku alanındaki eksiklikler önemli ölçüde tamamlanmıştır<sup>199</sup>. Ancak Mecelle’nin hazırlanması sürecinde yaşanan tartışmalar benzer şekilde HAK’ın kanunlaşması sürecinde de yaşanmıştır.<sup>200</sup>

<sup>196</sup> Ünal, s. 219; Aydın, s. 158-159.

<sup>197</sup> Yurtseven, s. 213.

<sup>198</sup> Yurtseven, s. 213.

<sup>199</sup> Özdemir’e göre, “Hukuk-i Aile Kararnamesi’nin Mecelle’den daha üstün ama Mecelle’nin sonradan düzeltilen maddelerine denk bir teknik yapıya sahip olduğunu söylemek mümkündür. Her şeyden önce farklı içtihatlardan istifade etme yönüyle Mecelle’yi aşmış, mezhep tutuculuğu ile hareket etmemiş, zamanın ihtiyacını karşılayabilecek, sıkıntıya fırsat vermeyecek içtihatları tereddütsüz almıştır.” Özdemir, s. 65.

<sup>200</sup> Yurtseven, s. 207.

O dönem iktidar olan İttihat ve Terakki partisi, ailevi geleneklerin kanunlaştırılmasını da içeren çeşitli hukuki reformlar yapmayı planlamaktaydı. 1914’de başlayan I. Dünya Savaşı’nın toplum üzerindeki sosyal ve ekonomik etkileri yazılı bir aile hukuku düzenlemesine ihtiyacı daha da şiddetlendirdi. Bu sebeple planlanan hukukî reformları gerçekleştirmek için “İhzar-ı Kavanin Komisyonları” kuruldu. Bu komisyonlardan biri de aile hukukuna ilişkin düzenlemeler yapmak amacıyla kurulan “Ahval-i Şahsiye Komisyonu’ydu”<sup>201</sup>.

Aile hukukuna alanında düzenlemeler yapmak amacıyla kurulan Ahval-i Şahsiye Komisyonu öncelikle konularında yetkili kimselerden oluşan alt komisyonlara ayrıldı. Alt komisyonlarda görev alan üyeler hristiyan, yahudi ve müslüman dini hukuk kurallarına hakim olan kişilerdi<sup>202</sup>. Çünkü iktidar Osmanlı sınırları içerisinde yaşayan tebaanın dini ayrılıklarını göz önünde bulundurarak modern hayatın gereklerini de yerine getirecek, bütün vatandaşları kapsayan bir aile hukuku düzenlemesi yapmayı amaçlamaktaydı. Bu şekilde müslüman, hristiyan ve yahudi olan her üç tebaanın inançlarına uygun olarak aile hukuku kuralları aynı kanun içerisinde düzenlenmeye çalışıldı. Bu çalışmalar sonucunda 8 Ekim 1917 tarihinde Osmanlı aile hukukunun ilk modern kanunu olan 157 maddelik Hukuk-i Aile Kararnamesi yürürlüğe girdi<sup>203</sup>.

HAK, meclise sunulmadan geçici (muvakkat) bir kanun olarak yürürlüğe girmiştir. Bunun en önemli sebebi meclis çoğunluğunun oylarını alamayacağı endişesidir. Çünkü kararnamede İslamcılar, Batıcıları ve Türkçüleri memnun eden hükümler bulunduğu gibi, memnun etmeyen hükümler de bulunmaktaydı. Bununla birlikte gayrimüslim cemaat reislerinin yargı yetkisini kaldıran hüküm de gayrimüslim halk tarafından hoş karşılanmayacaktı. Kararname bu şekliyle ya reddedilerek yürürlüğe hiç girmeyecek ya da kanunu hazırlayanların hoş görmeyeceği bazı değişikliklerle yürürlüğe girecekti. Tüm bu sebepler neticesinde meclisin ve devrin şartlarını iyi değerlendiren hükümet, kararnameyi geçici bir kanun olarak çıkarmayı uygun görmüştür<sup>204</sup>. Belirtmek gerekir ki, İhzar-ı Kavanin Komisyonları’nın çalışmaları sonucunda yürürlüğe giren tek kanun Hukuk-i Aile Kararnamesi olmuştur<sup>205</sup>.

<sup>201</sup> Ünal, s. 209; Yurtseven, s. 208.

<sup>202</sup> Yazıcı, s. 10; Ünal, s. 210.

<sup>203</sup> Ünal, s. 210; Zafer Toprak, “Yüzüncü Yılında Hukuk-i Aile Kararnamesi”, Toplumsal Tarih Dergisi, 288 (2017), s. 54.

<sup>204</sup> Asal, s. 36-37.

<sup>205</sup> Yurtseven, s. 208; Koyuncu ve Yılmaz, s. 102.

## C. Kararnamenin Özellikleri ve Getirdiği Yenilikler

### 1. Kararnamenin Sistematığı

1917 tarihli Hukuk-i Aile Kararnamesi, evlenme (Münakahat) ve boşanma (Müfarakat) olmak üzere iki kitaptan oluşmakta, sonra da her bir kitap çeşitli bab ve fasıllara ayrılmaktadır. Kararnamede toplam 9 bab, 29 Fasil ve 157 madde bulunmaktadır. Evlenmeye ilişkin Münakahat kitabında 6 bab, 15 fasıl, 101 madde; boşanmaya ilişkin Müfarakat kitabında ise 3 bab, 5 fasıl ve 56 madde yer almaktadır<sup>206</sup>. Kararnamenin sistematığı aşağıdaki gibidir<sup>207</sup>:

“Birinci Kitap: Nikâh / Evlenme Hakkındadır

Birinci Bab

Birinci Fasil: Nişanlanmak Hakkındadır (1-3 md.)

İkinci Fasil: Nikâh Ehliyeti Hakkındadır (4-12 md.)

İkinci Bab

Birinci Fasil: Evlenilmesi Yasak Olanlar Hakkındadır (13-19 md.)

İkinci Fasil: Yahudilerle İlgili Evlenilmesi Yasak Olanlar Hakkındadır (20-26 md.)

Üçüncü Fasil: Hıristiyanlar Hakkında Evlenilmesi Yasak Olanlar (27-32 md.)

Üçüncü Bab

Birinci Fasil: Nikâh Akdi Hakkındadır (33-39 md.)

İkinci Fasil: Hıristiyanlarla İlgili Nikâh Akdi Hakkındadır (40-44 md.)

Üçüncü Fasil: Denklik (Kefâet) Hakkındadır (45-51 md.)

Dördüncü Bab

Birinci Fasil: Nikâhın Geçersizliği Hakkındadır (52-58 md.)

İkinci Fasil: Yahudilerle İlgili Nikâhın Geçersizliği Hakkındadır (59-62 md.)

Üçüncü Fasil: Yahudilerle İlgili Nikâhın Geçersizliği Hakkındadır (63-68 md.)

Beşinci Bab

Birinci Fasil: Nikâhın Hükümleri Hakkındadır (69-77 md.)

İkinci Fasil: Hıristiyanlarla İlgili Nikâhın Hükümleri Hakkındadır (78-79 md.)

Altıncı Bab

<sup>206</sup> Cin, s. 293 (Evlenme); Yurtseven, s. 217; Yazıcı, s. 11.

<sup>207</sup> “İçinde buldukları baba göre sıra numarası alan fasılların numaraları, Medenî Kanun'un sistematığına uyduğu halde babların numaralanışı uymamaktadır. Çünkü Medenî Kanun'u bütün kitaplarının bab numaraları birbirini takip (teselsül) eder.” Ünal, s. 225.

Birinci Fasil: Mehir Hakkındadır (80-91 md.)

İkinci Fasil: Nafaka Hakkındadır (92-101 md.)

II. Kitap: Boşanma Hakkındadır

Birinci Bab

Birinci Fasil: Genel Hükümler Hakkındadır (102-110 md.)

İkinci Fasil: Ric'î Talak ve Bain Talak Hakkındadır (111-118 md.)

Üçüncü Fasil: Tefrik (Hâkimin Boşaması) Hakkındadır (119-131 md.)

İkinci Bab Hıristiyanların Boşanması Hakkındadır (132-138 md.)

Üçüncü Bab:

Birinci Fasil: İddet Hakkındadır (139-149 md.)

İkinci Fasil: İddet Bekleyen Kadının Nafakası Hakkındadır (150-154 md.)

Çeşitli Konulara Dâir Maddeler (155-157 md.)”

HAK'da aile hukukunun sadece evlilik hukukuna ilişkin olan evlenme, boşanma ve evliliğin genel hükümlerine ilişkin konuların düzenlendiği görülür. Bunun yanı sıra nafaka (md. 10, 11) ve velayete (md. 92-101, 150-154) ilişkin sınırlı sayıda düzenlemeler de mevcuttur. Bu açıdan bakıldığında aile hukukunun önemli konularından olan evlilik birliğinde mal rejimleri, hısımlık ve vesayet konularının kararnamede yer almadığını belirtmek gerekir. Ancak bilindiği üzere tam anlamıyla tamamlanmayan bu kanunun hazırlanmasına devam edilerek eksik konular üzerindeki çalışmalar devam etmiştir. Bununla birlikte kanun uzun süre yürürlükte kalamamış ve ömrü kısa sürmüştür. Ayrıca o dönemin ağır şartları eksik kalan konuların tamamlanarak yürürlüğe konmasına da mani olmuştur<sup>208</sup>.

HAK, İslam hukuku sınırları içerisinde kalmış ve aile hukuku alanının sistemleştirilerek bu alanda birçok yenilik ve değişiklik ortaya konulmasını sağlamıştır<sup>209</sup>. Bu yenilik ve değişiklikler aşağıda incelenmiştir.

## **2. Aile Hukuku Alanında İlk Kanun Olması**

1917 tarihli HAK'ın şüphesiz en önde gelen özelliği, İslam-Osmanlı hukukunda ilk modern aile hukuku kanunu olmasıdır<sup>210</sup>. Bu kanun Osmanlı İmparatorluğu sınırlarında yaşayan hem müslim hem gayrimüslim tebaaya ait aile hukuku kurallarına yer verilmesi açısından da önemli bir yere sahiptir.

<sup>208</sup> Ünal, s. 225.

<sup>209</sup> Asal, s. 39.

<sup>210</sup> “Daha önce Mısır'da Muhammed Kadri Paşa tarafından hazırlanan tasarı hususi bir çalışma olmaktan öteye gidememiştir. Keza 1916'da Sudan'da Aile Hukuku sahasında muhtelif adlı tamimler çıkarılmışsa da bunlar önemli olmakla birlikte bir aile kanunu hüviyetinden uzaktır. Dolayısıyla Hukuk-ı Aile kararnamesinin ilk kanun olma vasfına halel getirmez. Kararname bu vasfıyla İslam hukuk tarihinde önemli bir yer tutmuş ve diğer ülke kanunlarına yol göstericilik vazifesini görmüştür.” Asal, s. 39.

Kapsamındaki eksikliklere rağmen, devrine göre böyle bir kanunlaştırma hareketi oldukça önemli bir olaydır<sup>211</sup>.

HAK, Cumhuriyet devrinde arka arkaya hazırlanan 1923 ve 1924 tarihli Aile Hukuku Kanun taslaklarına örnek teşkil ederek birçok müessesenin yerleşmesi ve gelişmesinde önemli rol oynamıştır. Bununla birlikte İsviçre Medeni Kanun'un iktibasında da büyük yararları olduğu tartışmasızdır. Ayrıca 1917 tarihli HAK, dini esasları kanunlaştırmakla aile hukuku alanında kısmen de olsa devletleştirme ve laikleştirme hareketinin başlamasına da sebep olmuştur<sup>212</sup>.

### 3. Üçlü ve Eklektik Karakteri

Kararnamede müslümanlar, hristiyanlar ve museviler hakkında ayrı ayrı hükümlere yer verilerek üçlü bir ayırımı benimsendiği görülmektedir<sup>213</sup>. Bu durum bazı yazarlar tarafından hukuki birliğini zedeleyeceği ve modern kanunlaştırma tekniğine aykırı olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir. Ancak Osmanlı devleti gibi farklı cemaatleri bünyesinde barındıran devletlerde, aile hukuku alanında hukuki birlik fikri hukuk realitesi ile bağdaşmayacağı gibi hayatın olağan akışına da kanaatimizce aykırıdır. Bu açıdan bu husus kararname için bir eksiklik olarak değerlendirilmemelidir<sup>214</sup>.

Kararnamenin diğer önemli bir özelliği ise Hanefi mezhebine bağlı kalma geleneğinden ilk defa ayrılarak, gerekli noktalarda diğer mezheplerden<sup>215</sup> de yararlanılan hükümlere yer verilmesidir. Kararnamenin bu özelliği İslam hukuku açısından oldukça önemli bir yeniliktir. Örneğin, kararnamenin 122-130 maddeleri Hanefi mezhebi açısından devrim niteliğindedir. Ayrıca kararname yürürlüğe girdikten sonra, diğer bazı İslam ülkelerinde de Hanefi mezhebi dışındaki mezheplerden, hatta ve hatta dört

<sup>211</sup> Ünal s. 227.

<sup>212</sup> Ünal s. 227.

<sup>213</sup> "Maddelerden 13'ünün yalnız Musevilere, 27'sinin yalnız İseviler'e ve 5'inin müştereken her iki cemaate ait meseleleri düzenlediği dikkate alınır, bu kanunun başka, «işbu kararnamede gayri Müslimler hakkında istisnâen beyan olunan ahkâma muhalif olmayan mevad, sarahat-ı mahsusada olmadıkça onlar hakkında dahi caridir» diyen 155. maddesi gereğince 115 maddesi Müslümanlarla İseviler arasında, 134 maddesi Müslümanlarla Museviler arasında, 97 maddesi de her üç cemaat arasında müşterektir." Ünal, s. 225-226; "Kararnâme 157 maddeden oluşmakta olup tespitlerimize göre yaklaşık 60 maddesi doğrudan Hristiyan ve Yahudilerin âile hukuklarını düzenlemektedir. Her üç din mensupları için genel hükümler içeren ortak maddelerin olduğu da düşünülürse gayrimüslimlerle ilgili maddelerin sayısı bir hayli artmaktadır." Yazıcı, s. 11.

<sup>214</sup> "Hristiyanlar ve Museviler hakkında ayrı hükümler getirmesi İslam devletindeki zimmilerin din ve ibadet özgürlüklerinin bulunması ve "gayrimüslimler dini hükümlerde inançlarıyla baş başa bırakılır" prensiplerine de uygun düşmektedir." Asal, s. 40.

<sup>215</sup> Bkz. HAK md. 7, 9, 36, 38, 104, 105, 126, 127, 128, 129, 130.

mezhep dışındaki ve bunlardan önceki döneme ait hukukçuların görüşlerinden de yararlanmıştı<sup>216</sup>.

#### **4. Hukuk Birliğinin Sağlanması**

Kararnamede hukuk ve yargı birliğini sağlama düşüncesi oldukça baskındır. Zira Kararnamenin Esbab-ı Mucibe Lahiyasında “Müslüman ve gayrimüslim tebaanın ayrı kanun hükümlerine tabi olmalarının sakıncaları anlatılarak her iki gruba da hitap edilecek bir kanun hazırlanmasının uygun görüldüğü” belirtilmiştir<sup>217</sup>.

Kararnamenin aile hukuku alanında hukuki birliği sağlayıp sağlamadığı hususunda iki farklı görüş olduğu belirtilmiştir. Bir görüşe göre, bu kanun müslümanlar, hristiyanlar ve museviler için ayrı ayrı hükümler öngördüğünden modern kanunlardaki hukuk birliği ilkesinden yoksundur. Buna karşılık, kanaatimizce üstün tutulması gereken bir diğer görüşe göre, her ne kadar bu kanun üçlü bir karaktere sahip olsa da o dönemdeki Osmanlı toplumunun hem dini hem etnik açıdan heterojen yapıda olduğu dikkate alındığında, aile hukuku alanında yürürlükte ve geçerli olan çeşitli dini hukuk kuralları ve bu alanda kazaî fonksiyon icra eden çeşitli mahkemeler arasında bir birlik sağladığı da şüphesizdir<sup>218</sup>. Dolayısıyla çok çeşitli ırk ve dine sahip kişilerden oluşan bir toplumda eskiye oranla herkesi içeren bir aile kanununun çıkarılması bile o dönemin şartlarına göre hukuki birliği sağlamak olarak değerlendirilmelidir. Zira Osmanlı İmparatorluğu gibi çok uluslu bir devlette dinleri, kültürleri ve hukuki anlayışları farklı cemaatler için aile hukuku alanında, aynı hükümler öngörmek makul bir çözüm olarak değerlendirilemez.

#### **5. Nişanlanmanın İlk Kez Düzenlenmesi**

Günümüz modern hukuk sistemlerinde evlenmenin ön aşaması olarak kabul edilen nişanlanma aile hukukunun önemli bir müessesesi olarak düzenleme altına alınmıştır<sup>219</sup>. Nişanlanma 1926 tarihli 743 sayılı Türk Kanuni Medenisi’nde 82-87 maddeleri arasında, 2002 yürürlük tarihli 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nda 118-123 maddeleri arasında düzenlenmiştir. Nişanlanma, ileride birbiriyle evlenmek isteyen ayrı cinsten iki kişinin, bu

<sup>216</sup> Asal, s. 41.

<sup>217</sup> Gülnihal Bozkurt, *Batı Hukukunun Türkiye’de Benimsenmesi-Osmanlı Devleti’nden Türkiye Cumhuriyeti’ne Resepsiyon Süreci (1839-1939)*, Ankara, 2010, s. 172.

<sup>218</sup> Cin, s. 291; Yazıcı, s.10; Ünal, s. 228; Asal, s. 41-42.

<sup>219</sup> Özdemir, s. 67.

konudaki niyetlerini aralarında karşılıklı olarak birbirlerine açıklamaları olarak tanımlanmaktadır. Başka bir deyişle, farklı cinsten iki kişinin karşılıklı olarak birbirlerine evlenme vaadinde bulunmalarıdır. Tarafların evlenme vaadinde bulunmalarıyla aralarında doğan hukuki ilişkiye ise nişanlılık denilmektedir<sup>220</sup>.

Kararnamenin getirdiği yeniliklerden bir diğeri de, nişanlanma kurumudur. İslam hukukunda nişanlanma bir sözleşme olarak kabul edilmediğinden, hüküm ve sonuçları da düzenlenmemiştir. Türk hukukunda, nişanlanmayı ilk kez tanıyan ve bugünkü esaslara uygun olarak hüküm altına alan ilk düzenleme 1917 tarihli Hukuk-i Aile Kararnamesi'dir (HAK. m. 1-3)<sup>221</sup>. HAK. m. 1 "*Nişanlanmakla veya va'd ile nikâh münakid olmaz.*" şeklindedir ve bu hüküm gereğince nişanlanmayla tarafların ileride evlenme vaadi gerçekleşmiş olsa da, mutlak surette evlenme yükümlülüğü doğmaz<sup>222</sup>. Başka bir deyişle, nişanlanma nişanlılara evlenmeye zorlama hakkı vermez, nişanlılardan her biri, bir sebebe dayanarak ya da hiçbir sebep göstermeksizin nişanı bozabilir. HAK. m. 2 "*Söz kesildikten sonra tarafeynden biri nikâhtan imtina' veya vefat etse hatibin mehre mahsuben vermiş olduğu şeyler mevcut ise aynen ve telef olmuş ise bedelen istirdâd olunabilir. Amma hediye olarak tarafeynin yek diğerine verdiği şeyler hakkında hibe ahkâmı cereyan eder.*" şeklindedir ve nişanın bozulması durumunda nişan sebebiyle verilen hediyelerin akibetinin ne olacağı düzenlenmiştir<sup>223</sup>.

## 6. Evlenmede Asgari Yaş Sınırı Getirilmesi

Kararnamenin evlenmeye ilişkin hükümlerinin önemli özelliklerinden birisi de Hanefi mezhebinin yanında farklı mezheplerinde içtihatlarına yer verilmesidir<sup>224</sup>. Zira HAK'a kadar evlenecek taraflar için belirli bir yaş sınırı öngörülmüş değildi. Kararnamede bu eksiklik giderilmiş ve HAK. md. 4'de "*Ehliyyet-i nikâhu haiz olmak için hatibin 18 ve mahtûbenin 17 yaşı itmam etmiş olmaları şarttır*" denilerek evlenmek için erkeklerin 18, kadınların ise 17 yaşını doldurmuş olmaları gerektiği hüküm altına alınmıştır. Ayrıca belirtilen bu yaş şartını sağlayamayan erkek veya kadınlar hakime müracaat edip baliğ olduklarını açıklayarak evlenmelerine izin verilmesini isteme imkanına sahiptirler. Bunun için de erkeklerin en az 12, kadınların ise en az 9 yaşını

<sup>220</sup> Mustafa Dural/Tufan Ögüz/ Mustafa Alper Gümüş, Türk Özel Hukuku Aile Hukuku, C. III, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2022, s. 14; Turgut Akıntürk/ Derya Ateş, Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku C. II, Beta Yayınları, Ankara, 2023, s. 23.

<sup>221</sup> Cin, s.294; Ünal, s. 226; Özdemir, s. 67.

<sup>222</sup> Özdemir, s. 67.

<sup>223</sup> Özdemir, s. 67; Nişanın bozulmasının sonuçlarına ilişkin detaylı bilgi için bkz: Yurtseven, s. 224-226.

<sup>224</sup> Özdemir, s. 70.



doldurmuş olmaları gerekir (HAK. md. 5, 6). Benzer şekilde akıl hastalarının evlenmesi hususunda da, yenilik sayılabilecek düzenlemeler yapılmıştır. HAK. md. 9 “*Mecnûn ile mecnûnenin bir zarurete mebnû olmadıkça nikâhları caiz değildir. Zaruret bulunduğu takdirde hâkimin izniyle nikâhları velîleri tarafından akdolunur.*” denilerek akıl hastalarının evlenmelerine bazı sınırlamalar getirilmiş ve gerek olmadıkça akıl hastalarının evlenmesine izin verilmemiştir (md. 9)<sup>225</sup> Evliliği gerektirecek nedenlerin neler olduğu açıkça düzenlenmemiş, hakimın takdirine bırakılmıştır. Evlilik yoluyla iyileşmenin mümkün olabileceği bir hastalığın olması ya da akıl hastası kadının gebe kalması evliliği gerektirecek sebepler olarak kabul edilmiştir<sup>226</sup>.

### **7. Çok Eşli Evliliğin (taaddüd-i zevcatın) Sınırlandırılması**

Kararname ile evlilik hukuna ilişkin getirilen önemli yeniliklerden biri de çok eşli evlenmenin (poligami) sınırlandırılmasıdır. HAK md. 38’de “*Üzerine evlenmemek ve evlendiği surette kendisi veya ikinci kadın boş olmak şartıyla bir kadını tezevüc sahih ve şart muteberdir.*” denilerek erkek için iki eşlilik (bigami) mümkün kılınmıştır. Esasen HAK’dan önce çok eşlilik (poligami) hiçbir şarta bağlı değilken, bu hükümle bir erkeğin halihazırda evli olmasına rağmen tekrar evlenebilmesi, ilk eşinin izin vermesi şartına bağlanmıştır. Yani bir erkeğin evli olmasına rağmen tekrar evlenebilme özgürlüğü olduğu gibi, kadının da buna izin vermeme özgürlüğü vardır. Dolayısıyla bu hükmü tek eşlilik (monogami) yolunda atılmış önemli bir adım olarak değerlendirmek gerekir<sup>227</sup>.

HAK’da evliliğin hükümlerine ilişkin maddeler de bulunmaktadır. HAK md. 73’de “*Zevc zevcesiyle hüsnî muaşerete, zevce dahi umur’i muba hada zevcine itaata mecburdur*” denilerek eşlerin birbirleriyle karşılıklı iyi geçinmeleri; HAK md. 74’de “*Müteaddid zevcesi olan kimse onlar beyninde icrai adalet ve musavata mecburdur*” denilerek birden fazla karısı olan kocanın eşlerine adil ve eşit davranması yükümlülüğü hüküm altına alınmıştır. Ayrıca mehir (md. 80-91) ve nafaka (md. 92-101)<sup>228</sup> konularında da detaylı hükümlere yer verilmiştir.

### **8. Evlenme ve Boşanmada Devlet Kontrolü**

Kararnamede önemli bir yenilik olarak evlenme ve boşanmada devletin müdahalesine imkan tanıyan hükümlere de yer verilmiştir. Kararnamenin 37.

<sup>225</sup> Cin, s. 293-294 (Evlenme); Ünal, s. 227; Özdemir, s. 71.

<sup>226</sup> Yurtseven, s. 228-229; Özdemir, s. 72; Cin, s. 294 (Evlenme).

<sup>227</sup> Ünal, s. 229; Cin, s. 300 (Evlenme).

<sup>228</sup> Sadece evlilik nafakasıyla alakalı hükümler getirilmiş, aile hukukuna ilişkin diğer nafaka türleri düzenleme altına alınmamıştır. Yurtseven, s. 237.

maddesi şu şekildedir: “Esnayı akitte hâtib ve mâhtubeden birinin ikametgahu bulunan kaza hakimi veya bunun izinname i mahsus ile mezun kıldığı nâib hazır bulunup akitnameyi tanzim ve tescil eder”. Bu maddede devletin evlenmeye müdahalesi açıkça görülmektedir. Maddede nikah akdinin hakim ya da onun yetkili kıldığı bir naib huzurunda kıyılması hüküm altına alınmıştır. Bu hüküm evliliklerin resmi şekilde gerçekleşmesi amacını taşımakta olup, hakime ya da naibe tarafların irade açıklamaları sırasında hazır bulunmaları ve akitnameyi düzenleyerek tescil etmeleri yükümlülükleri getirilmiştir<sup>229</sup>. Anlaşılacağı üzere günümüz hukukunda olduğu gibi evliliğin resmi memur huzurunda yapılması ve tescil edilmesi durumu HAK’ın getirdiği yeniliklerden biridir. Ancak günümüz hukukundan farklı olarak HAK m. 37’ye aykırı şekilde yapılan evlilikler de geçerli kabul edilip hükme aykırı yapılan evlilikler için Ceza kanununda yapılan değişiklikle bazı yaptırımlar getirilmiştir<sup>230</sup>. Ayrıca HAK m. 33’de “Âkd-i nikâhın icrasından evvel keyfiyyet ilan olunur.” denilerek evlenme akdi gerçekleştirilmeden önce, bu durumun ilan edilmesi zorunluluğu getirilmiştir. Bu ilan nikah akdinden önce tarafların evlenemeye engel bir durumlarının olup olmadığını tespit etmek için mahkemeye yapılan resmi bir başvurudur<sup>231</sup>.

“Müfarakat”<sup>232</sup> başlığını taşıyan HAK’ın ikinci kitabı boşanmaya ilişkin hükümler içermektedir. HAK m. 102’de “Talakin ehli, mükellef olan zevcedir” denilerek talak ehliyeti kocaya verilmiştir. Koca hakim kararı gerekmeksizin tek taraflı beyanıyla karısını boşayabilir. Bununla birlikte karısını boşayan kocanın durumu hakime bildirme yükümlülüğü<sup>233</sup> olup, bu yükümlülüğe aykırı davranması Ceza kanununda yaptırıma bağlanmıştır. Koca dilediği zaman karısını boşayabildiği halde, kadının boşanmak istemesi durumunda mutlaka hakim kararı gerekmekte ve bu durumda da boşanmaya devletin müdahalesi söz konusu olmaktadır. Yani HAK ile getirilen önemli bir yenilik de boşanma hakkının genişletilmesidir<sup>234</sup>.

<sup>229</sup> Yurtseven, s. 230; Cin, s. 297 (Evlenme); Toprak, s. 53-54.

<sup>230</sup> Yurtseven, s. 230-231.

<sup>231</sup> Cin, s. 299 (Evlenme); Özdemir, s. 73.

<sup>232</sup> Kelime anlamı ayrılma, olan bu Osmanlıca terim, kişilerin birbirlerinden fiilen ayrılmış olmaları demektir. İslam hukukunda ise eşlerin birbirinden ayrılmalarını ifade eder. [https://www.turkcesozlukler.com/mufarakat-nedir-ne-demek#google\\_vignette](https://www.turkcesozlukler.com/mufarakat-nedir-ne-demek#google_vignette) (Erişim: 22.11.2024).

<sup>233</sup> HAK m. 110 “Zevcesini tatlik eden zevc, keyfiyeti hakime beyan etmeye mecburdur.”.

<sup>234</sup> Halil Cin, *Eski Hukukumuzda Boşanma*, Konya, 1988, s. 126; Aydın, s. 198; Ünal, s. 229-230; “Aslında bu konuda değişimin ilk adımları kararnameden bir yıl önce çıkarılan iki irade-i seniyye ile atılmış durumdaydı. Fetva odası önce Hanbeli mezhebinin görüşünü esas alarak kocaları nafaka bırakmadan kaybolan kadınların mahkeme kararı ile boşanabileceği fetvasını vermiş ve bu husus 5 Mart 1916 tarihli irade-i seniyye ile yürürlüğe girmiştir. Hemen ardından fetva odasının bu seferde İmam Muhammed’in görüşünü esas alarak verdiği bir diğer fetvaya dayanan bir başka irade-i seniyye ile de

#### **D. Kararnamenin Yürürlükten Kaldırılması**

Aile hukuku alanında oldukça yeni bir anlayış getiren ve dönemin şartları göz önünde bulundurulduğunda modern nitelikte ilk aile hukuku düzenlemesi olarak kabul edilebilecek HAK, yalnızca yaklaşık bir buçuk yıl yürürlükte kalarak uygulama imkanı bulabilmiş ve 19 Haziran 1919 (20 Ramazan 1337) tarihinde “*Hukuk-ı Aile Kararnamesinin Lağvı Hakkında Kararname*” ile yürürlükten kaldırılmıştır<sup>235</sup>.

Kararnamenin yürürlükten kaldırılmasında başlıca iki grubun rol oynadığı belirtilmektedir<sup>236</sup>. Bunlardan ilki tutucu islamcılar, diğeri ise gayrimüslim vatandaşlardır. Osmanlı devleti'nin o dönem içerisinde bulunduğu zor şartlar ile tutucu islamcıların hükümet üzerindeki baskısı ve gayrimüslim vatandaşların işgal kuvvetleri üzerindeki etkisi kararnamenin erkenden yürürlükten kaldırılmasına yol açmıştır<sup>237</sup>. Tutucu islamcılar aile hukukunda önemli değişiklikler yapan HAK'taki hükümleri, özellikle de çok eşli evliliğe getirilen kısıtlama ve diğeri mezheplerin görüşlerine de yer verilmesini çok sert şekilde eleştirmiş; gayrimüslim vatandaşlar ise HAK'da gayrimüslimlere ilişkin hükümlere yer verilmesine ve özellikle de ruhani liderlerinin aile hukuku alanındaki yargı yetkilerinin kaldırılmasına<sup>238</sup> şiddetle karşı çıkmıştır. Tüm bu sebepler aile hukuku alanında ilk modern kanun olan HAK'ın erkenden yürürlükten kaldırılması sonucunu doğurmuştur. HAK yürürlükten kaldırıldıktan sonra aile hukuku alanında yeniden kanun yapma çalışmalarında bulunulmuşsa da bunlar yürürlüğe girememiştir<sup>239</sup>.

### **SONUÇ**

HAK'a kadar dokunulmaz olarak kabul edilen aile hukuku alanında modern bir kanunlaştırmaya gidilmesi, Türk hukukunun modernleşme süreci açısından oldukça önemli bir gelişmedir. Mecelle ile başlayan bu

---

*kocanın akıl hastalığı, cüzzam, baras ve bu derecedeki hastalıkları da tefrik sebebi olarak kabul görmüştür.” Koyuncu ve Yılmaz, s. 102-103.*

<sup>235</sup> Cin, s. 305 (Evlenme); Yurtseven, s. 220; Aydın, s. 221; Çeker, s. 10; Ünal, 1919'dan itibaren İstanbul'u işgal altında bulduran İtilaf Devletleri Kuvvetleri Yüksek Komiseryası'nın müdahale ederek HAK'ın yürürlükten kaldırılmasını istediğini, ancak Türk Kanun-i Medenisi'nin kabulüne kadar HAK'ın Türk toplumu tarafından benimsenerek aile hukuku alanında fiilen yürürlükte kaldığını belirtmektedir. Ünal, s. 211-212

<sup>236</sup> Cin, s. 305 (Evlenme); Aydın, s. 221, Ünal, s. 211.

<sup>237</sup> Sabri Şakir Ansay, *Eski Aile Hukukumuzda Bir Nazar*, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1952, s. 51-53; Akgündüz, s. 275; Yurtseven, s. 220; Aydın, s. 318.

<sup>238</sup> HAK m. 156 “*Rüesâ-yı rûhâniyenin akd ve fesh-i nikâh ile müstetbiâtından nafaka-i zevcât, drahoma ve cihaz hakkında hakk-ı kazaları mülğadır.”*

<sup>239</sup> Çeker, s. 10.

modernleşme sürecinde Cumhuriyet dönemi hukuk devriminin adeta ilk tohumlarının atıldığı söylemek mümkündür. Bu yönüyle HAK, Osmanlı aile hukuku ve dolayısıyla Türk hukunun ilk modern kanunudur.

Diğer hukuk sistemlerine bakıldığında aile hukukuna ilişkin müstakil düzenlemelerin daha geç dönemlerde ele alındığı görülmektedir. Bu açıdan savaş ortamına rağmen aile hukukunun, hukukun diğer dallarından ayrı olarak ele alınması HAK'ın yenilikçi ve öncü yönünü ortaya koymaktadır. Bununla birlikte her ne kadar savaş ortamında ve zor şartlarda hazırlanmış olsa da gayrimüslimlerin de dini inançları gözetilerek, onlara ilişkin de ayrı ayrı düzenlemeler getirilmiştir. Bu bağlamda HAK'ın ayrımcılıktan uzak, eşitlik hakkını gözetilen bir düzenleme olduğu sonucuna ulaşmak mümkündür.

Hukuk ve yargı birliğini sağlamayı amaçlayan HAK'da, nişanlanma meselesi ilk kez düzenlenmiş, evlenme için ilk kez asgari yaş sınırı getirilmiş, çok eşli evlilik sınırlandırılmıştır. Bunların yanı sıra devlet ilk kez evlenme ve boşanmaya müdahale ederek nikah akdinin hakim ya da hakimin atadığı naib huzurunda yapılması ve nikah akdinden önce ilan zorunluluğu getirilmiştir. Kocanın tek taraflı boşama hakkı baki kalmakla birlikte, karısını boşayan kocaya bu durumu hakime bildirme zorunluluğu getirilmiştir. Ayrıca boşanma hakkı genişletilmiş ve kadının hakim kararıyla boşanması mümkün kılınmıştır. Evlenme ve boşanmada belirtilen usullere uyulmaması Ceza kanununda yapılan değişiklikle yaptırıma bağlanmıştır. Tüm bu düzenlemelerle aile hayatına açıklık getirilmiş, özel alan olarak kabul edilen ailenin kısmen de olsa devlet tarafından denetlenmesi mümkün kılınmıştır. Getirilen bu yeniliklerin ve yapılan değişikliklerin çağdaş anlamda yeterli olup olmadığı tartışılabilir olmakla birlikte, çağdaşlaşma yolunda atılan ilk adımlar olması bakımından katkısının büyük olduğu şüphesizdir.

İslam hukukuna büyük ölçüde bağlı kalan düzenlemeler getiren kararname sadece bir buçuk yıl yürürlükte kalabilmiş, yürürlükten kaldırılır kaldırılmaz derhal eski hükümlere geri dönmüştür. Bu sebeple HAK'ın Osmanlı Devleti'nde aile hukuku alanındaki görüşlerin ulaştığı son mertebe olduğunu söyleyebiliriz. Kararname bu özelliğiyle İslam hukuk tarihinde önemli bir yer tutmuş ve diğer ülke kanunlarına da yol göstermiştir. Ayrıca Cumhuriyet'in ilk yıllarında Türk Medeni Kanunu'nun kabulüyle aile hukuku alanında getirilen yeniliklere uygun bir zemin hazırlayarak, modernleşmenin habercisi olmuştur.

## KAYNAKÇA

- Akgündüz, Ahmet. "Osmanlı Hukuku Kanunnameler ve Şeriat". Köprü Dergisi. LXV, 1999.
- Akıntürk, Turgut ve Derya Ateş. *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku*. C. II, Ankara: Beta Yayınları, 2023.
- Akman, Ahmet. "Tanzimat Sonrası Osmanlı Usul Hukukundaki Gelişmeler", Manas Sosyal Araştırmalar Dergisi. C. 8, S. 1/1, 2019, ss. 441-460.
- Ansay, Sabri Şakir. *Eski Aile Hukukumuzda Bir Nazar*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1952.
- Asal, Ali. *Mehmet Zihni Efendi'nin El-Vücuhu'l-Milah Fi Fusuli'n-Nikah Adlı Eseriyle Hukuk-ı Aile Kararnamesinin Mukayesesi*. Erzurum, 2014, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi).
- Aydın, Mehmet Akif. *İslam-Osmanlı Aile Hukuku*. İstanbul: İFAV Yayınları, 1985.
- Bozkurt, Gülnihal. *Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi-Osmanlı Devleti'nden Türkiye Cumhuriyeti'ne Resepsiyon Süreci (1839 1939)*. Ankara, 2010.
- Cin, Halil. *Eski Hukukumuzda Boşanma*. Konya, 1988. (Boşanma)
- Cin, Halil. *İslam ve Osmanlı Hukukunda Evlenme*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1974. (Evlenme)
- Çeker, Orhan. *Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi*. Konya: Mehir Vakfı Yayınları, 1979.
- Dural, Mustafa ve Suat Sarı. *Türk Özel Hukuku Temel Kavramlar Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri*. C. I, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2022.
- Dural, Mustafa, Tufan Ögüz ve Mustafa Alper Gümüş. *Türk Özel Hukuku Aile Hukuku*. C. III, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2022.
- Durmuş, Ensar. *1917 Tarihli Hukuk-i Aile Kararnamesine Getirilen Eleştiriler*. Çanakkale OnSekiz Mart Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Çanakkale, 2017 (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi)
- Kocaoğlu, Burak ve Alev Duran. "Osmanlı Devleti'nde Ceza Yaşı ve Buluş Meselesi". Uluslararası Tarih ve Sosyal Araştırmalar Dergisi. 24 (2020): (s. 23-26).
- Koyuncu, Nuran ve Yasin Yılmaz. "Osmanlı'nın Son Yüzylında Hukuk Düşüncesinin Dönüşümü ve Dönemin Başlıca Tartışma Konulara". Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 26/2 (2018): (s. 77-109).
- Ortaylı, İlber. *İmparatorluğun En Uzun Yüzyılı*. Timaş Yayınları, İstanbul, 1995.
- Özdemir, Hayrunnisa. "Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nde Nişanlanma ve Evlenme". Kaide Dergisi. 1/1 (2023): (s. 60-79).
- Toprak, Zafer. "Yüzüncü Yılında Hukuk-i Aile Kararnamesi". Toplumsal Tarih Dergisi. 288 (2017): (s. 50-54).
- Tüzüner, Özlem. "Türk ve İslam Hukuku Bakış Açısından Evlenmenin Hukuki Niteliği Hakkında Bir İnceleme". Ankara Barosu Dergisi. 1 (2013): (s. 125-148).
- Üçok, Coşkun, Ahmet Mumcu ve Gülnihal Bozkurt. *Türk Hukuk Tarihi*, Ankara, 1996.
- Ünal, Mehmet. "Medeni Kanunun Kabulünden Önce Türk Aile Hukukuna İlişkin Düzenlemeler ve Özellikle 1917 Tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesi". Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 34/1 (1977): (s. 195-231).

Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet. *Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat*. İstanbul: Maarif Matbaası, 1940.

Yazıcı, Abdurrahman. "İslam Hukukunda Gayrimüslimlerin Özerkliği: Osmanlı Aile Hukuku Kararnamesi Örneği". <https://www.suleymaniyevakfi.org/wp-content/uploads/2009/12/---33.pdf> (Erişim: 24.10.2024).

Yurtseven, Yılmaz. "1917 Tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesi ve Osmanlı Aile Hukukuna Getirdiği Yenilikler". Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 11/1-2 (2003): (s. 199-250).

# YABANCILIK UNSURU İÇEREN KEFALET SÖZLEŞMELERİNE UYGULANACAK HUKUKUN TESPİTİ

Arş. Gör. Melek ATALIK

Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi,  
Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8874-4383>,  
[melekatalik@kku.edu.tr](mailto:melekatalik@kku.edu.tr)

Geliş Tarihi | Received: 21.12.2024 Kabul Tarihi | Accepted: 23.01.2025  
İntihal: Bu makale, en az iki hakem tarafından incelendi ve intihal içermediği teyit edildi.

Plagiarism: This article has been reviewed by at least two referees and scanned via a plagiarism software.



Bu eser [Creative Commons Alıntı-Gayri Ticari-Türetilemez 4.0 Uluslararası Lisansı](#) ile lisanslanmıştır.

This work is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License](#).

Atıf | Citation:

Atalık, Melek. "Yabancılık Unsuru İçeren Kefalet Sözleşmelerine Uygulanacak Hukukun Tespiti". Medeni Hukuk Dergisi. 2/1 (2025), s. 80-116.

## Yazar Beyanı

**Mali Destek:** Yazar, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır.

**Yazarların Katkıları:** Bu makale yazar tarafından tek başına hazırlanmıştır.

**Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı:** Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir.

**Etik Kurul Onayı Beyanı:** Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur.

**Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi:** Yazar, makalenin tüm süreçlerinde MHD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahriyat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde MHD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın MHD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir.

## Author's Declaration

**Financial Support:** The author has not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

**Author's Contributions:** This article was prepared by the author alone.

**The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest:** No conflict of interest or common interest has been declared by the author.

**The Declaration of Ethics Committee Approval:** The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

**The Declaration of Research and Publication Ethics:** The author declares that she complies with the scientific, ethical, and quotation rules of MHD in all processes of the paper and that she does not make any falsification of the data collected. In addition, she declares that Civil Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than Civil Law Review.

## **YABANCILIK UNSURU İÇEREN KEFALET SÖZLEŞMELERİNE UYGULANACAK HUKUKUN TESPİTİ**

### **ÖZ**

Türk Borçlar Kanunu'nda yapılan tanıma göre, kefalet sözleşmesi, kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşmedir. Kefalet sözleşmesinin amacı, asıl borçlunun borcunu ifa edememesi halinde alacaklının alacağını teminat altına almaktır. Kefalet sözleşmesi her ne kadar asıl sözleşmenin varlığına bağlı olup fer'i nitelikte olsa da asıl sözleşmeden bağımsız, farklı bir sözleşmedir. Dolayısıyla kefalet sözleşmesi asıl sözleşmeden bağımsız olarak yabancılik unsuru içerebilir. Yabancılik unsuru içeren kefalet sözleşmesine ilişkin bir uyuşmazlık kapsamında Türk mahkemelerine başvurulduğu takdirde hakim, Türk Borçlar Kanunu'ndaki kefalet sözleşmesine ilişkin maddi hukuk hükümlerini doğrudan uygulayamayacaktır. Bunun yerine kanunlar ihtilafı hukukumuzda sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuka ilişkin düzenlemelere başvurarak yetkili hukuku tespit edecektir.

Çalışmamızda öncelikle, Türk Borçlar Kanunu'ndaki kefalet sözleşmesine ilişkin düzenlemelere değineceğiz. Sonrasında ise Türk Milletlerarası Özel Hukuku kapsamında, yabancılik unsuru içeren kefalet sözleşmelerine ilişkin uyuşmazlıklarda olaya uygulanacak hukukun nasıl tespit edileceğini inceleyeceğiz.

**Anahtar Kelimeler:** Kefalet Sözleşmesi, Kefil, Yabancılik Unsuru, Hukuk Seçimi, Uygulanacak Hukuk.



## **DETERMINATION OF THE APPLICABLE LAW TO SURETYSHIP AGREEMENTS WITH FOREIGN ELEMENT**

### **ABSTRACT**

According to the definition in the Turkish Code of Obligations, a surety agreement is a contract in which the surety undertakes to be personally liable to the creditor for the consequences of the debtor's non-performance. The purpose of the suretyship agreement is to guarantee the creditor's receivables in case the principal debtor fails to fulfil its obligation. Although the suretyship agreement is dependent on the existence of the main contract and has a secondary nature, it is a different contract independent from the main contract. Therefore, the suretyship agreement may have an element of foreignness independent of the main contract. When an application is made to the Turkish courts within the scope of a dispute regarding a suretyship agreement that has a foreign element, the judge will not be able to apply the detailed regulations in our law of obligations regarding the suretyship agreement. Instead, the judge shall determine the competent foreign law by referring to the regulations on the law applicable to contractual debt relations in our conflict of laws system.

In this study, we will firstly address the regulations on suretyship agreements under the Turkish Code of Obligations. Afterwards, we will examine how to determine the applicable law in disputes regarding suretyship agreements with a foreign element within the scope of Turkish Private International Law.

**Keywords:** Surety Agreement, Surety, Foreign Element, Choice of Law, Applicable Law.

## GİRİŞ

Gelinen yüzyılda ülkeler arasındaki ulaşımın, iletişimin, ekonomik ve sosyal iş birliklerinin gelişmesi, uluslararası alanda özel hukuk ilişkilerini de olumlu anlamda etkilemiştir. Bunun bir sonucu olarak taraflardan birinin yabancı ülke vatandaşı olması, konusunun ya da ifa yerinin yabancı bir ülkede bulunması gibi yabancılık unsuru içeren sözleşmelerde artış meydana gelmiştir. Bu durum sözleşmeye bağlı borç ilişkilerinden biri olan kefalet sözleşmelerinde de gözlemlenmektedir.

Yabancılık unsuru içeren sözleşmelerin şekline veya esasına doğrudan Türk Borçlar Kanunu'ndaki düzenlemelerin uygulanacağına kabulü, milletlerarası özel hukuk hakkaniyetiyle bağdaşmaz. Bu durumlarda uygulanacak hukukun tespiti hakkında 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'a (MÖHUK)<sup>240</sup> başvurulmalıdır. MÖHUK'ta çeşitli sözleşme türleri bakımından özel düzenlemelere yer verildiği gibi özel bir düzenlemenin bulunmadığı haller için genel hüküm niteliğindeki "Sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde uygulanacak hukuk" başlığını taşıyan 24. madde düzenlenmiştir. Kefalet sözleşmelerine ilişkin MÖHUK'ta özel bir düzenleme yer almamaktadır. Bu sebeple yabancılık unsuru içeren kefalet sözleşmelerine ilişkin bir uyuşmazlıkla Türk hakiminin huzuruna gelindiği takdirde Türk hakimi, uyuşmazlığa uygulayacağı hukuku MÖHUK m. 24 kapsamında tespit edecektir.

MÖHUK m. 24'teki bağlama kuralı uygulandığında tespit edilen yetkili hukuk Türk hukuku olabileceği gibi yabancı bir hukuk da olabilir. Fakat Türk mahkemelerinin önüne gelen yabancılık unsuru içeren bir uyuşmazlıkta, yetkili hukukun Türk hukuku olarak tespit edilme ihtimalinin yüksekliği göz önünde bulundurulduğunda, konunun açıklanabilmesi açısından ilk olarak kefalet sözleşmesinin genel kapsamı Türk hukukuna göre ifade edilmiştir.

## V. TÜRK BORÇLAR KANUNU'NDA KEFALET SÖZLEŞMESİ

### L. Kefalet Sözleşmesinin Tanımı

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK)<sup>241</sup> m. 581'de yapılan tanıma göre; "Kefalet sözleşmesi, kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşmedir." Hükümden

<sup>240</sup> RG 12.12.2007, S. 26728.

<sup>241</sup> RG 04.02.2011, S. 27836.

anlaşıldığı üzere kefil, asıl borçlunun alacaklıya ifada bulunmaması üzerine doğan rizikoyu üstlenen kişidir.<sup>242</sup> Bunun için borcun geçerli ve devam ediyor olması gerekir.<sup>243</sup> Borcun ifa edilmemesinden dolayı asıl borçlunun malvarlığına başvurma hakkı bulunan alacaklının, kefalet sözleşmesi ile kefilin kişisel malvarlığına başvurmaya yönelik alacak hakkı da doğmaktadır.<sup>244</sup>

Kefalet sözleşmesinin tarafları alacaklı ve kefilen oluşmakta olup asıl borçlunun kefalet sözleşmesi ile bir bağı bulunmaz. Bu sebeple kefalet sözleşmesi, alacaklı ile asıl borçlu arasında var olan sözleşmeden bağımsız, ayrı bir sözleşmedir. Alacaklı kefil ile bir kefalet sözleşmesi meydana getirirken asıl borçlunun rızasını almak mecburiyetinde değildir.<sup>245</sup>

### **M. Kefalet Sözleşmesinin Hukuki Niteliği**

Kefil ile alacaklı arasında yapılan kefalet sözleşmesinin amacı, asıl borçlunun borcunu ifa edememesi halinde alacaklının alacağını teminat altına almaktır. Dolayısıyla kefalet sözleşmesinin hukuki sebebinin, alacağın teminatı olduğu söylenebilir.<sup>246</sup> Temel olarak kefalet sözleşmesinin hukuki niteliği, asıl borçlunun borcunu ifa etmemesi üzerine kefilin alacaklıya karşı kişisel olarak sorumlu olduğu bir borç sözleşmesidir. Bu yönüyle kefalet sözleşmesi tek tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir.<sup>247</sup>

Kefalet sözleşmesinin mevcut olabilmesi için geçerli bir asıl borcun var olması gerekir. Bu sebeple kefalet, doğmuş veya doğacak olan asıl borca bağlı,

<sup>242</sup> Ahmet Cemal Ruhi ve Canan Ruhi, *Türk Kefalet Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2018, s. 17; M. Turgut Öz, Ebru Ceylan, Murat Doğan, Şebnem Akipek Öcal, Hayrunnisa Özdemir, Kemal Şenocak, Emre Cumalıoğlu ve Selin Sert Sütçü, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2023, s. 845; Aydın Zevkliler ve K. Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 22. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi, 2024, s. 699; Seza Reisoğlu, *Türk Kefalet Hukuku* Ankara: 2013, s. 21; Fahrettin Aral ve Hasan Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 17. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2024, s. 565; Gülçin Elçin Grassinger, *Borçlar Kanunu'na Göre Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkanları*, İstanbul: Alfa Basım Yayım, 1996, s. 13; Burak Özen, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi*, 3. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014, s. 57.

<sup>243</sup> Öz, Ceylan, Doğan, Akipek Öcal, Özdemir, Şenocak, Cumalıoğlu ve Sert Sütçü, s. 845.

<sup>244</sup> Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 10. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınlar, 2022, s. 773 vd.; Elçin Grassinger, s. 13.

<sup>245</sup> Öz, Ceylan, Doğan, Akipek Öcal, Özdemir, Şenocak, Cumalıoğlu ve Sert Sütçü, s. 846; Seza Reisoğlu, *"Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları"*, AÜHFD, 19/1 (1962), s. 335; Merve Yılmaz, *"Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları"*, TAAD, 1/7 (2011), s. 70; Hasan Ayrancı, *"Şekil Şartına Uyulmadan Yapılan Kefalet Sözleşmesinde İfanın Sonuçları"*, AÜHFD, 53/2 (2004), s. 95-96.

<sup>246</sup> Zevkliler ve Gökyayla, s. 700; Reisoğlu, *Kefalet*, s. 21; Eren, s. 779.

<sup>247</sup> Öz, Ceylan, Doğan, Akipek Öcal, Özdemir, Şenocak, Cumalıoğlu ve Sert Sütçü, s. 847; Ayrancı, s. 96.

fer'i nitelikte bir borçtur.<sup>248</sup> Asıl borç bir sebeple geçersiz hale gelir veya sona ererse kefalet borcu da son bulur (TBK m. 131/I, m. 598/I).<sup>249</sup> Kefalet borcunun fer'i nitelikte olmasının birtakım sonuçları mevcuttur. En önemli sonuçlarından biri, kefile asıl borçlunun alacaklıya karşı olan sorumluluğundan daha ağır bir sorumluluk yüklenemeyecek olmasıdır.<sup>250</sup> Kefilin borcu asıl borçtan fazla olamaz. Ancak kefilin sorumluluğu asıl borçlunun sorumluluğundan daha hafif olabilir.<sup>251</sup> Kefalet sözleşmesinin fer'iliğinin bir diğer sonucu ise, asıl borç muaccel hale gelmeden kefalet borcunun da muaccel olamamasıdır.<sup>252</sup> Kural olarak, asıl borç için bir vade belirlenmişse, aksi taraflarca kararlaştırılmadığı müddetçe kefilin borcu da bu vade ile muaccel hale gelir.<sup>253</sup> TBK m. 590/III'e göre; "Asıl borcun muaccel olması, alacaklı veya borçlunun önceden süre içeren bildirimde bulunmasına bağlıysa, kefalet borcu için bu süre, bildirim kefile yapıldığı tarihte işlemeye başlar." Hükümde ifade edildiği üzere, kefalet sözleşmesinin fer'i niteliği gereği, asıl borçluya ihbar yapılmaksızın kefile yapılan ihbar geçersiz olacaktır.<sup>254</sup> Ayrıca kefalet borcu asıl borçtan bağımsız şekilde bir başkasına geçirilemeyecek ve kefalet sözleşmesine ilişkin bir uyuşmazlık çıktığı takdirde kefil yalnızca kefaleti değil asıl borcun varlığını da ispat edecektir.<sup>255</sup> Öte yandan kefil, asıl borçlunun aciz hali dışında sahip olduğu tüm def'ileri alacaklıya karşı ileri sürebilir.<sup>256</sup>

<sup>248</sup> Hüseyin Murat Develioğlu, *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2009, s. 112 vd.; Cevdet Yavuz, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, C. 2, İstanbul: Beta Yayınları, 2022, s. 1529-1531.

<sup>249</sup> Ruhi ve Ruhi, s. 17-18; Ayrancı, s. 96; Reisoğlu, Muteberlik Şartları, s. 329-330; Töre Günsay, "Kefalet Sözleşmesinin Feriliği İlkesi", DEÜHFD, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, 19/Özel Sayı (2017), s. 1083 vd.

<sup>250</sup> Ruhi ve Ruhi, s. 18; Zevkliler ve Gökyayla, s. 701; Reisoğlu, Muteberlik Şartları, s. 330-331; Günsay, s. 1092.

<sup>251</sup> Ruhi ve Ruhi, s. 18; Öz, Ceylan, Doğan, Akipek Öcal, Özdemir, Şenocak, Cumalıoğlu ve Sert Sütçü, s. 849.

<sup>252</sup> Ruhi ve Ruhi, s. 18; Öz, Ceylan, Doğan, Akipek Öcal, Özdemir, Şenocak, Cumalıoğlu ve Sert Sütçü, s. 850; Zevkliler ve Gökyayla, s. 701; Reisoğlu, Muteberlik Şartları, s. 331; Günsay, s. 1092.

<sup>253</sup> Bu kurala TBK m. 590/I ile istisna getirilmiştir. Hükme göre, asıl borç ilişkisinde asıl borçlunun iflası üzerine asıl borcun muaccel hale gelmiş olması, kefalet borcunun da muaccel hale gelmesine sebep olmaz. Kefalet borcu kefalet sözleşmesinde belirlenen vadenin gelmesi ile muaccel olur. Bkz. Öz, Ceylan, Doğan, Akipek Öcal, Özdemir, Şenocak, Cumalıoğlu ve Sert Sütçü, s. 850.

<sup>254</sup> Ruhi ve Ruhi, s. 18; Öz, Ceylan, Doğan, Akipek Öcal, Özdemir, Şenocak, Cumalıoğlu ve Sert Sütçü, s. 850.

<sup>255</sup> Reisoğlu, Muteberlik Şartları, s. 331; Ruhi ve Ruhi, s. 18; Yılmaz, s. 71.

<sup>256</sup> Ruhi ve Ruhi, s. 18; Yılmaz, s. 71; Günsay, s. 1094.

Kefalet sözleşmesi her ne kadar asıl sözleşmenin varlığına bağlı olup fer'i nitelikte olsa da asıl sözleşmeden bağımsız, farklı bir sözleşmedir.<sup>257</sup> Kefalet sözleşmesinin taraflarını kefil ile alacaklı oluşturur. Kefilin ifası ile asıl borç değil, kefalet borcu sona erer.<sup>258</sup> Bu durumda kefil, alacaklıya yasal halef olacak ve asıl borçlu borcunu kefile ödeyecektir (TBK m. 596/I). Kefalet sözleşmesi tali (ikincil) niteliktedir. Bunun anlamı, alacaklının alacağına ilişkin öncelikli olarak asıl borçluya başvurması gerektiği, asıl borçluya karşı yapılan takibin sonuçsuz kalması üzerine kefile başvurabileceğidir.<sup>259</sup> Kefalet sözleşmesi aynı zamanda ivazsız bir sözleşmedir.<sup>260</sup> Zira kefalet sözleşmesinde bir borç altına giren taraf kefiledir. Ancak alacaklının da kefile karşı edimde bulunmasına ilişkin anlaşma yapılmasında bir sakınca bulunmaz.<sup>261</sup> Bu durumda kefalet sözleşmesinin taraflarının, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelere ilişkin hükümlere tabi olacakları söylenebilir.<sup>262</sup>

Kefil, kefalet sözleşmesi ile alacaklıya karşı asıl borcun ifasını üstlenmemekte, asıl borcun ifa edilmemesinden dolayı alacaklının uğradığı zararı karşılamayı üstlenmektedir.<sup>263</sup> TBK m. 583/I'de kefilin sorumlu olacağı azami miktarın belirtilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Hükümden anlaşıldığı üzere, kefil, asıl borçlunun alacaklıya ifada bulunmamasından kaynaklanan alacaklının zararını para karşılığı olarak ödeyecektir. Dolayısıyla kefalet borcu bir para borcu niteliğini haizdir.<sup>264</sup>

## **N. Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları**

### **9. Geçerli Bir Asıl Borcun Varlığı**

Kefalet sözleşmesinin fer'i niteliği gereği, geçerli bir asıl borç bulunmadan kefalet sözleşmesinin geçerli olması mümkün değildir (TBK m.

<sup>257</sup> Öz, Ceylan, Doğan, Akipek Öcal, Özdemir, Şenocak, Cumalıoğlu ve Sert Sütçü, s. 852; Ruhi ve Ruhi, s. 19.

<sup>258</sup> Öz, Ceylan, Doğan, Akipek Öcal, Özdemir, Şenocak, Cumalıoğlu ve Sert Sütçü, s. 853; Ruhi ve Ruhi, s. 20.

<sup>259</sup> Zevkliler ve Gökyayla, s. 702; Reisoğlu, Muteberlik Şartları, s. 332-333.

<sup>260</sup> Ruhi ve Ruhi, s. 19; Reisoğlu, Muteberlik Şartları, s. 333.

<sup>261</sup> Öz, Ceylan, Doğan, Akipek Öcal, Özdemir, Şenocak, Cumalıoğlu ve Sert Sütçü, s. 855; Ruhi ve Ruhi, s. 19.

<sup>262</sup> Ruhi ve Ruhi, s. 19.

<sup>263</sup> Öz, Ceylan, Doğan, Akipek Öcal, Özdemir, Şenocak, Cumalıoğlu ve Sert Sütçü, s. 855-856.

<sup>264</sup> Ayrancı, s. 96; Necip Bilge, "Kefilin Mesuliyetinin Şümülü", AÜHFHD, 13/1-2 (1956), s. 96.

582/I). Asıl borç ilişkisinin sonradan geçerli hale gelmesi de kefalet sözleşmesini geçerli kılmaz.<sup>265</sup>

Asıl borcun hukuka ve ahlaka aykırılıktan, kişilik haklarını ihlalden, başlangıçtaki objektif imkânsızlık, ehliyetsizlik veya şekil eksikliğinden ve irade sakatlığı ya da muvazaa gibi sebeplerden dolayı geçersiz olması mümkündür<sup>266</sup>. Öte yandan TBK m. 582/I, c. 2'ye göre kefalet sözleşmesi, koşula bağlı olarak kurulabilir. Geciktirici koşula bağlı olarak kurulan kefalet sözleşmesi koşulun gerçekleşmesi ile hüküm ifade eder. Bozucu koşula bağlı olarak kurulan kefalet sözleşmelerinde ise, koşulun gerçekleşmesi ile kefalet sözleşmesi son bulacaktır.<sup>267</sup>

### 10. Geçerli Bir Kefalet Sözleşmesinin Varlığı

Geçerli bir kefalet sözleşmesi kurulması temel olarak TBK'da yer alan sözleşmelerin geçerlilik şartlarına tabidir. Bu kapsamda kefalet sözleşmesinin de geçerliliği ehliyete, şekle ve içerik olarak kanunda öngörülen şartlara uygun olarak düzenlenmesine ve irade sakatlığının bulunmamasına bağlıdır. Ayrıca hukuka ve ahlaka aykırılığın bulunmaması ve imkânsız olmaması da gerekir.

Tam ehliyetsizlerin ve sınırlı ehliyetsizlerin bizzat kefalet sözleşmesi yapmaları mümkün değildir (4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK)<sup>268</sup> m. 15, 16). Ayrıca TMK m. 449'da kefalet sözleşmesi, vesayet altındaki kişi adına vasi tarafından yapılması yasak işlemler arasında sayılmıştır. Dolayısıyla tam ehliyetsizler ve sınırlı ehliyetsizler adına yasal temsilcileri de kefil olamayacaktır.<sup>269</sup> Ancak sınırlı ehliyetsizlerin kefalet sözleşmesinde alacaklı taraf olarak yer almaları mümkündür.<sup>270</sup> TMK m. 429 gereği sınırlı ehliyetlilerin kefalet sözleşmesi akdedebilmeleri için yasal danışmanın izni gereklidir.<sup>271</sup> Belirli işleri görmek veya malvarlığını yönetmek için kendisine kayyım atanan kişilerin ise fiil ehliyetleri sınırlanmadığından dolayı bu kişiler bizzat kefalet sözleşmesi akdedebileceklerdir.<sup>272</sup>

<sup>265</sup> Öz, Ceylan, Doğan, Akipek Öcal, Özdemir, Şenocak, Cumaloğlu ve Sert Sütçü, s. 857; Ruhi ve Ruhi, s. 28.

<sup>266</sup> Reisoğlu, Muteberlik Şartları, s. 345; Aral ve Ayrancı, s. 575.

<sup>267</sup> Zevkliler ve Gökyayla, s. 708-709; Reisoğlu, Muteberlik Şartları, s. 347.

<sup>268</sup> RG 08.12.2001, S. 24607.

<sup>269</sup> Zevkliler ve Gökyayla, s. 710; Yılmaz, s. 75-76; Ruhi ve Ruhi, s. 36.

<sup>270</sup> Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, C. II, 3. Baskı, İstanbul: Vedat Yayıncılık, 2014, s. 341.

<sup>271</sup> Ruhi ve Ruhi, s. 37.

<sup>272</sup> Gümüş, s. 341, Reisoğlu, Muteberlik Şartları, s. 354.

Eşler bakımından kural olarak hukuki işlem özgürlüğü mevcut olsa da kanun koyucu bazı istisnai haller için eşlerin diğer eşin rızasını almadan hukuki işlem yapamayacağını öngörmüştür.<sup>273</sup> Bu istisnai hallerden biri de eşlerin kefil olabilmesidir. TBK m. 584/I’de düzenlendiği üzere; “Eşlerden biri mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı olmadıkça veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı doğmadıkça, ancak diğerinin yazılı rızasıyla kefil olabilir; bu rızanın sözleşmenin kurulmasından önce ya da en geç kurulması anında verilmiş olması şarttır.” Bu sebeple, haklarında ayrılık kararı bulunmayan ve yasal olarak ayrı yaşamayan eşlerin yapacakları kefalet sözleşmesinin geçerlilik şartlarından biri de diğer eşin rızasıdır. Diğer eşin rızası alınmaksızın yapılan kefalet sözleşmesi kesin hükümsüz olacaktır.<sup>274</sup>

Kefalet sözleşmesinin geçerli olabilmesi için kanunda öngörülen şekil şartlarının da gözetilmesi gerekmektedir. TBK m. 583’te kefalet sözleşmesinin şekline ilişkin düzenleme getirilmiştir. Hükmün ilk fıkrasına göre; “Kefalet sözleşmesi, yazılı şekilde yapılmadıkça ve kefilin sorumlu olacağı azamî miktar ile kefalet tarihi belirtilmedikçe geçerli olmaz. Kefilin, sorumlu olduğu azamî miktarı, kefalet tarihini ve müteselsil kefil olması durumunda, bu sıfatla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girdiğini kefalet sözleşmesinde kendi el yazısıyla belirtmesi şarttır.” Kefalet sözleşmesi için kanunda öngörülen şekle ilişkin şartlar geçerlilik şartıdır.<sup>275</sup> Bu sebeple, belirtilen şekle uyulmaksızın yapılan kefalet sözleşmeleri mutlak butlanla sakat olup, hakim bu durumu re’sen göz önünde bulunduracaktır.<sup>276</sup>

TBK m. 583/I’de yazılı şekilde yapılması gereken kefalet sözleşmesinde bazı unsurların mutlaka kefilin el yazısı ile yazılması öngörülmüştür. Bu unsurlardan biri olan kefilin sorumlu olacağı azamî miktarın kefalet sözleşmesinde el yazısı ile belirtilmesinin amacı, kefilin olası risklerden koruma düşüncesidir.<sup>277</sup> Söz konusu olan bu miktarın para cinsinden

<sup>273</sup> Ruhi ve Ruhi, s. 39; Öz, Ceylan, Doğan, Akipek Öcal, Özdemir, Şenocak, Cumalıoğlu ve Sert Sütçü, s. 865.

<sup>274</sup> Zevkliler ve Gökyayla, s. 717; Arif Burhanettin Kocaman ve Kübra Kaya, “Kefalet Sözleşmesinde Eşin Rızası” İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 6/1 (2020), s. 20.

<sup>275</sup> Ruhi ve Ruhi, s. 28; Reisoğlu, *Kefalet*, s. 72; Elçin Grassinger, s. 98; Zevkliler ve Gökyayla, s. 712; Ayrancı, s. 98.

<sup>276</sup> Ruhi ve Ruhi, s. 28-29.

<sup>277</sup> Yargıtay HGK, E. 2004/13-761, K. 2004/708, T. 15.12.2004: “Borçlar Kanunu, kefaleti 483. ve ardından gelen maddelerinde ayrıntılı bir biçimde düzenlemiş; birçok sözleşme türüne ilişkin düzenlemelerinden farklı olarak, 484. maddede, kefalet sözleşmesinin geçerliliğini yazılı olma koşuluna bağlamış; biçime ilişkin bu koşula içerik yönünden başka bir koşul daha eklemiş; sözleşmenin geçerli olabilmesi için kefilin sorumlu olacağı miktarın sözleşmede açıkça gösterilmesini zorunlu saymıştır...Kefalet sözleşmesi yönünden, geçerliliğin, şekle ilişkin koşula ek olarak, içerikle ilgili başka

gösterilmesi şarttır. Para cinsinin yabancı bir para cinsi olması mümkündür.<sup>278</sup> Kefalet sözleşmesinin kurulmasında sonra yapılan ve kefilin durumunu ağırlaştırarak değiştiren değişikliklerin de TBK m. 583/I'de öngörülen şekil şartlarına uyularak yapılması gerekir. Aksi halde bu değişiklikler hüküm doğurmaz (TBK m. 583/III).

## O. Kefalet Sözleşmesinin Türleri

Kefalet sözleşmesinin türleri TBK m. 585-588 arasında düzenleme alanı bulmuştur. Kanunda kefalet sözleşmesinin türleri; adi kefalet, müteselsil kefalet, birlikte kefalet, kefile kefalet ve rücu kefalet olarak sayılmıştır. Ancak kefalet sözleşmesinin türleri kanunda sayılanlarla sınırlı değildir. Kanunda sayılan kefalet türleri dışında da kefalet sözleşmesi meydana getirmek mümkündür.<sup>279</sup>

Adi kefalet, TBK m. 585'te asıl kefalet türü olarak düzenlenmiştir. Kefalet sözleşmesinin müteselsil kefalet türünde yapıldığı belirtilmemişse adi kefalet türünde olduğu kabul edilir.<sup>280</sup> Adi kefalette alacaklı alacağına ilişkin kural olarak asıl borçluya karşı takip işlemlerine başvurmalıdır (TBK m. 585). TBK m. 586'ya göre, kefilin müteselsil kefil olduğuna ilişkin ya da bu anlama gelen herhangi bir ifadenin kefalet sözleşmesine yazılması halinde müteselsil kefalet söz konusu olur.<sup>281</sup> Müteselsil kefalette alacaklı, adi kefaletin aksine doğrudan kefile başvurabilecektir. Ancak alacaklının doğrudan kefile başvurabilmesi için asıl borçlunun, ifada gecikmiş olması ve ihtarin sonuçsuz kalması veya açıkça ödeme güçsüzlüğü içinde olması aranmıştır (TBK m. 586/I). Kefalet sözleşmesinde kefil ve alacaklı olmak üzere iki taraf bulunmasına rağmen, kefil tarafında birden çok kişinin bulunması halinde birlikte kefalet söz konusu olur.<sup>282</sup> Birlikte kefaletin mümkün olabilmesi için aranan temel şart, kefillerin birbirlerinden haberdar olarak bir yükümlülük

---

*bir koşula daha (kefilin sorumlu olacağı miktarın açıkça gösterilmesi koşuluna) bağlamasındaki amacın; kendisine ait olmayan bir borç için sorumluluk altına giren, hatta, müteselsil kefaletin söz konusu olduğu durumlarda asıl borçludan bağımsız olarak tek başına doğrudan doğruya takip edilebilmesi bile olanaklı bulunan kefil, mümkün mertebe korumak olduğu da kuşkusuzdur.*" <https://legalbank.net/> (Erişim: 18.12.2024).

<sup>278</sup> Ayrancı, s. 102; Reisoğlu, Muteberlik Şartları, s. 384; Elçin Grassinger, s. 109; Gümüş, s. 358.

<sup>279</sup> Ruhi ve Ruhi, s. 43.

<sup>280</sup> Ruhi ve Ruhi, s. 43; Özen, s. 277; Reisoğlu, *Kefalet*, s. 160; Aral ve Ayrancı, s. 581; Zevkililer ve Gökyayla, s. 719.

<sup>281</sup> Aral ve Ayrancı, s. 585; Eren, s. 790.

<sup>282</sup> Ruhi ve Ruhi, s. 58; Öz, Ceylan, Doğan, Akipek Öcal, Özdemir, Şenocak, Cumalıoğlu ve Sert Sütçü, s. 872.



altına girmiş olmalarıdır (TBK m. 587/I).<sup>283</sup> TBK m. 588/I'de düzenlenen kefile kefalet için; “Alacaklıya, kefilin borcu için güvence veren kefile kefil, kefil ile birlikte, adi kefil gibi sorumludur.” denilerek kefile kefilin sorumluluğunun kapsamı belirlenmiştir. Kefile kefalet sözleşmesi de tıpkı normal kefalet sözleşmesinde olduğu gibi alacaklı ile kefile kefil arasında yapılır.<sup>284</sup> Rücua kefil ise TBK m. 588/II'de; “kefilin borçludan rücu alacağı için güvence veren kefil” olarak tanımlanmıştır.

## **P. Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi**

### **1. Kefalet Sözleşmesinin Asıl Borca Bağlı Olarak Sona Ermesi**

Kefalet sözleşmesinin fer'iliği gereği asıl sözleşmenin sona erdiği her hal, kefalet sözleşmesinin de sona ermesine yol açacaktır (TBK m. 131/I, m. 598/I). Kefalet sözleşmesi asıl borcun ifa edilmesi yahut alacaklının asıl borçluyu ibra etmesi ile sona erer.<sup>285</sup> Borcun imkânsız hale gelmesi sebebiyle asıl borcun ifa edilememesi halinde de kefalet sözleşmesi son bulacaktır (TBK m. 136/I). Burada söz konusu olan imkânsızlık objektif imkânsızlık halidir. Borcun ifasının, asıl borçludan kaynaklanan bir sebeple sübjektif olarak imkânsız hale gelmesi durumunda kefilin sorumluluğu bundan etkilenmeyecektir.<sup>286</sup>

Kefalet sözleşmesinin bir başka sona erme hali, alacaklı ve borçlunun sıfatlarının birleşmesidir (TBK m. 135/I).<sup>287</sup> Alacaklı ve borçlu sıfatı, tek mirasçısı alacaklı olan borçlunun ölmesi veya tek mirasçısı borçlu olan alacaklının ölmesi ya da borçlunun alacağı devralması gibi durumlarda söz konusu olacaktır.<sup>288</sup> Alacaklı ve borçlu, aralarında yeni bir borç ilişkisi kurmak suretiyle mevcut borç ilişkisini sona erdirebilirler.<sup>289</sup> Bu durumda da mevcut borç ilişkisine bağlı kefalet sözleşmesi yeni borç ilişkisinin kurulmasıyla sona erecektir.

<sup>283</sup> Özen, s. 337; Zevkliler ve Gökyayla, s. 725.

<sup>284</sup> Ruhi ve Ruhi, s. 64.

<sup>285</sup> Onur Şahin, “Kefalet ve Bağımsız Garanti Sözleşmelerinin Sona Erme Halleri”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 29/126 (2016), s. 314; Özen, s. 541-542; Reisoğlu, *Kefalet*, s. 289.

<sup>286</sup> Reisoğlu, *Kefalet*, s. 284; Öz, Ceylan, Doğan, Akipek Öcal, Özdemir, Şenocak, Cumaloğlu ve Sert Sütçü, s. 875; Şahin, s. 316-317.

<sup>287</sup> Öz, Ceylan, Doğan, Akipek Öcal, Özdemir, Şenocak, Cumaloğlu ve Sert Sütçü, s. 875; Şahin, s. 316; Özen, s. 545; Reisoğlu, *Kefalet*, s. 286.

<sup>288</sup> Reisoğlu, *Kefalet*, s. 286; Şahin, s. 316.

<sup>289</sup> Özen, s. 543; Reisoğlu, *Kefalet*, s. 287; Aral ve Ayrancı, s. 607.

## 2. Kefalet Sözleşmesinin Kendine Özgü Sebeplerle Sona Ermesi

Kefalet sözleşmesi belirli bir süreye tabi olarak kurulduğu takdirde sürenin sona ermesiyle kefilin sorumluluğunun da sona ereceği taraflarca açıkça kararlaştırılmışsa, sürenin bitiminde kefalet sözleşmesi de son bulur.<sup>290</sup> Kefalet sözleşmesinin ne kadar süre devam edeceği, açık veya örtülü olarak belirlenebilir.<sup>291</sup> Belirlenen süre bir hak düşürücü süredir.<sup>292</sup> TBK m. 600'de "Sürelî kefalette kefil, sürenin sonunda borcundan kurtulur." denilmiştir. Kefalet sözleşmesinde taraflar süreyi serbestçe kararlaştırabilirler. Ancak gerçek kişiler bakımından azami süre TBK m. 598/III'e göre on yıl ile sınırlandırılmıştır. Kefalet sözleşmesinin kurulması ile başlayan bu on yıllık sürenin sonunda kefalet ilişkisi, kendiliğinden ortadan kalkacaktır.<sup>293</sup>

Taraflarca süre belirlenmediği hallerde belirsiz süreli kefalet sözleşmesinden söz edilecektir. Belirsiz süreli kefalet sözleşmesinin her zaman, tek taraflı olarak sona erdirilmesi mümkün değildir. Ancak kanunda kefile, alacaklıya karşı ileri sürebileceği birtakım imkanlar düzenlenmiştir.<sup>294</sup> TBK m. 601/I'e göre; "Sürelî olmayan kefalette kefil, asıl borç muaccel olunca, adi kefalette her zaman ve müteselsil kefalette ise, kanunun öngördüğü hâllerde, alacaklıdan, bir ay içinde borçluya karşı dava ve takip haklarını kullanmasını, varsa rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takibe geçmesini ve ara vermeden takibe devam etmesini isteyebilir." Ayrıca hükmün ikinci fıkrasında, "Borç, alacaklının borçluya yapacağı bildirim sonucunda muaccel olacaksa kefil, kefalet sözleşmesinin kurulduğu tarihten bir yıl sonra alacaklıdan, bu bildirim yapmasını ve borç bu suretle muaccel olunca, yukarıdaki fıkra hükümleri uyarınca takip ve dava haklarını kullanmasını isteyebilir." denilmiştir. Kefilin bu talepleri alacaklı tarafından yerine getirilmediği takdirde kefilin borcu sona erer (TBK m. 601/III).

TBK m. 599'da kefalet sözleşmesinden dönme hakkı düzenlenmiştir. Buna göre; "Gelecekte doğacak bir borca kefalette, borçlunun borcun doğumundan önceki mali durumu, kefalet sözleşmesinin yapılmasından sonra önemli ölçüde bozulmuşsa veya mali durumunun, kefalet sırasında kefilin iyiniyetle varsaydığından çok daha kötü olduğu ortaya çıkmışsa, kefil alacaklıya yazılı bir bildirimde bulunarak, borç doğmadığı sürece her zaman kefalet sözleşmesinden dönebilir." Kefalet

<sup>290</sup> Özen, s. 552; Reisoğlu, *Kefalet*, s. 297 vd.; Zevkliler ve Gökyayla, s. 741; Gümüş, s. 436-437.

<sup>291</sup> Öz, Ceylan, Doğan, Akipek Öcal, Özdemir, Şenocak, Cumalıoğlu ve Sert Sütçü, s. 877.

<sup>292</sup> Özen, s. 552.

<sup>293</sup> Özen, s. 553; Gümüş, s. 437; Öz, Ceylan, Doğan, Akipek Öcal, Özdemir, Şenocak, Cumalıoğlu ve Sert Sütçü, s. 879.

<sup>294</sup> Gümüş, s. 441 vd.; Özen, s. 559 vd., Reisoğlu, *Kefalet*, s. 301 vd.

sözleşmesinden dönmeye ilişkin bu düzenleme emredici niteliktedir. Kefil tarafından sözleşmeden dönüldüğü takdirde, alacaklının kefalete güvenmesi sebebiyle uğradığı zararın tazmini gerekir (TBK m. 599/II).

TBK m. 602'ye göre; “Çalışanlara süreli olmayan kefalette kefil, her üç yılda bir, ertesi yılın sonunda geçerli olmak üzere sözleşmeyi feshettiğini bildirebilir.” Çalışanlar için belirli süreli bir kefalet sözleşmesi yapılmışsa bu sözleşmenin sona ermesi hakkında TBK m. 600 hükmü etkili olacaktır. Ancak çalışanlar için belirsiz süreli kefalet söz konusu olduğu hallerde kanun koyucu, TBK m. 602 ile kefile, şekle tabi olmayan bir fesih hakkı tanımıştır.<sup>295</sup>

## **VI. KEFALET SÖZLEŞMESİNE UYGULANACAK HUKUK**

### **E. Genel Olarak**

Türk Borçlar Kanunu kapsamında kefalet sözleşmesinin ne anlama geldiğine, hukuki niteliğine, geçerlilik şartlarına, türlerine ve hangi hallerde sona ereceğine yukarıda değindikten sonra çalışmamızın bu bölümünde, kanunlar ihtilafı hukuku açısından yabancılık unsuru içeren kefalet sözleşmelerine uygulanacak hukukun tespiti meselesini ele almaya çalışacağız.

### **F. Yabancılık Unsuru**

Hakim, önüne gelen uyuşmazlığa konu hukuki olay veya ilişkide yabancılık unsuru ile karşılaştığı takdirde uyuşmazlığı çözüme kavuşturacak yetkili hukukun tespiti için kanunlar ihtilafı hükümlerine başvurur<sup>296</sup>. Doktrinde yabancılık unsuru, herhangi bir hukuki olay veya ilişkiyi birden fazla hukuk düzeniyle irtibatlı hale getiren unsur olarak tanımlanmaktadır.<sup>297</sup> Sözleşmeler açısından birden fazla hukuk düzeniyle irtibat, taraflardan en az birinin yabancı bir ülke vatandaşı olması veya yerleşim yerinin ya da mutad

<sup>295</sup> Gümüş, s. 462.

<sup>296</sup> Nuray Ekşi, “Yabancılık Unsuru Taşıyan Akitler ve Bu Akitlerin AT Roma Konvansiyonu’na Göre Anlamı”, MHB, 12/1-2 (1992), s. 2.

<sup>297</sup> Ergin Nomer, *Devletler Hususi Hukuku*, 23. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları, 2021, s. 5; Aysel Çelik ve B. Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 18. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları, 2024, s. 5, 13 dn. 3; Cemal Şanlı, Emre Esen ve İnci Ataman Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 11. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları, 2024, s. 5; Vahit Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 10. Baskı, Ankara: Savaş Yayınları, 2024, s. 6; Ziya Akıncı, *Milletlerarası Özel Hukuk*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2020, s. 4-5; Gülin Güngör, *Türk Milletlerarası Özel Hukuku*, 3. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2022, s. 11; Sibel Özel, Mustafa Erkan, Hatice Selin Pürselim ve Hüseyin Akif Karaca, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 3. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2024, s. 9; Mesut Aygün, “Yabancılık Unsurunun Mahiyeti ve Yargılamadaki Rolü”, DEÜHFD, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, 16/Özel Sayı (2014), s. 1029.

meskeninin yabancı bir ülkede bulunması, uyumsuzluk konusu şeyin yabancı bir ülkede bulunması, sözleşmenin yabancı bir ülkede yapılması veya yabancı ülkede ifa edilmesi gibi hallerde söz konusu olabilmektedir.<sup>298</sup> Öte yandan, objektif açıdan yabancılık unsuru içermeyen sözleşmeler için yabancı bir hukukun seçilmesinin, o sözleşmeyi yabancılık unsuru içerir hale getirip getirmeyeceği doktrinde tartışmalıdır. Bizim de katıldığımız görüşe göre, objektif açıdan tüm unsurları tek bir hukuk düzenine bağlı olan bir sözleşmeye uygulanmak üzere yabancı hukukun seçilmesi o sözleşmeye yabancılık unsuru bahşetmez.<sup>299</sup> Zira, MÖHUK m. 1 uyarınca bu kanun, halihazırda yabancılık unsuru içeren özel hukuk işlem ve ilişkileriyle sınırlandırılmıştır<sup>300</sup>. Aksi halde Türk hukukunda sözleşmeler için öngörülmuş olan emredici hükümlerin bertaraf edilmesi tehlikesi ortaya çıkabilir<sup>301</sup>. Buna karşılık bazı yazarlarca, sözleşmeden doğan borç ilişkisine uygulanmak üzere yabancı bir hukukun seçilmesi için o sözleşmenin yabancılık unsuru içermesine gerek olmadığı da savunulmuştur.<sup>302</sup> Bu görüşe

<sup>298</sup> Gülören Tekinalp, *Milletlerarası Özel Hukuk-Bağlama ve Usul Hukuku Kuralları*, 13. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2020, s. 20; Akıncı, s. 5; Güngör, s. 11-12; Nomer, s. 5; Ekşi, s. 3.

<sup>299</sup> Doğan, s. 7-8, dn. 12, 401-402; Güngör, s. 12; Aygün, *Yabancılık Unsuru*, s. 1037; Hacı Can ve Ekin Tuna, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 5. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2021, s. 60-66; Hatice Özdemir Kocasakal, "Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları", MHB, 30/1-2 (2010), s. 32-34; Berk Demirkol, *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2011, s. 48 vd.; Zeynep Derya Tarman, "5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) Uyarınca Yabancılık Unsuru Taşıyan Akdi Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi", BATIDER, 26/1 (2010), s. 146; Gamze Aydoğdu, *Milletlerarası Özel Hukukta Hukuk Seçimi Anlaşmaları*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2023, s. 66 vd. Konuya ilişkin olarak Yargıtay bir kararında; "...somut olayda iki Türk şirketinin Türkiye'de yaptığı ve aktin ifa yeri de Türkiye'de olan sözleşmeye dayalı borç ilişkisinde, İngiliz Kanunlarının (anlaşmazlık halinde) uygulanacağı biçimindeki anlaşmanın yabancılık unsuru olarak sayılamayacağından yetki itirazının da reddine ilişkin mahkeme kararının yerinde bulunmasına" hükmetmiştir. Karar için bkz. Yargıtay 12. HD, E. 2009/22608, K. 2010/5354, T. 04.03.2010 <https://karararama.yargitay.gov.tr> (Erişim: 03.01.2025).

<sup>300</sup> Doğan, s. 7-8, dn. 12, 401-402; Aygün, *Yabancılık Unsuru*, s. 1037; Can ve Tuna, s.60-66; Özdemir Kocasakal, s. 32-34; Aydoğdu, s. 66 vd.

<sup>301</sup> Özdemir Kocasakal, s. 34; Aygün, *Yabancılık Unsuru*, s. 1037; Demirkol; 49-50.

<sup>302</sup> Nomer, s. 324; Çelikel ve Erdem, s. 388; Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe, s. 343; Ekşi, s. 7. Yargıtay konuya ilişkin bir kararında "Yabancı hukukun uygulanması ve tarafların bu konuda sözleşmeye hüküm koymaları için sözleşmenin yabancılık unsuru içermesi koşulu bulunmamaktadır." şeklinde bir ifade kullanmış olsa da burada yabancılık unsuru hukuk seçimi haricinde zaten mevcuttur. Zira karara konu olan olayda sigorta sözleşmesinin tarafları Türk olmasına rağmen davacılar (lehtar) yabancıdır. Karar için bkz. Yargıtay 11. HD, E. 2006/8585, K. 2006/12877, T. 07.12.2006 <https://www.lexpera.com.tr> (Erişim: 02.01.2025). Yargıtay'ın benzer bir tutumu hakkında bkz. Yargıtay 15. HD, E. 2016/3365, K. 2016/4525, T. 03.11.2016: "Yasanın bu hükmü, özel hukuk sözleşmelerinde tarafların, hakimnin hukukunda (lex fori) kamu düzenine açıkça aykırılık içermeyen hükümlerin serbestçe konulabileceğine ilişkin ilkeye de uygundur. Yabancı hukukun uygulanması ve tarafların bu konuda sözleşmeye hüküm koymaları için sözleşmenin yabancılık unsuru içermesi koşulu da bulunmamaktadır. O halde mahkemece uyumsuzlukta... Hukuku'nun uygulanacağına ilişkin sözleşme hükmünün tarafları bağlayacağı gözetilerek davalıya bu konudaki ispat yükünü yerine

göre, MÖHUK m. 24/1'de uygulanacak hukukun seçimine yönelik bir sınırlama getirilmemiştir. Dolayısıyla seçilen yabancı hukuk o sözleşmeye yabancılık unsuru kazandırır.<sup>303</sup> Ayrıca bu yazarlar, yabancılık unsurunun yalnızca objektif mahiyet taşıması gerektiği yönünde bir düzenlemede bulunulmadığını düşünmektedirler.<sup>304</sup> Öte yandan, bir tarafın diğer tarafa ekonomik olarak aşırı derecede üstünlük sağlayacağı bir hukuk seçiminde bulunulmasının milletlerarası özel hukuk alanında himaye edilmeyeceğini, yabancı hukukun uygulanmasında işletilen kamu düzeni mekanizmasının buna engel olacağını ifade etmişlerdir.<sup>305</sup> Son dönemde savunulan bir yaklaşıma göre de özellikle sözleşmeden doğan borç ilişkileri klasik anlamda yabancılık unsurunun varlığı için aranan koşulları içermeseler bile milletlerarası ticari menfaatlerle ilişkileri mevcutsa yabancılık unsurunu sağladıkları kabul edilmektedir.<sup>306</sup>

Kefalet sözleşmeleri söz konusu olduğunda, herhangi bir sözleşmeye yabancılık unsuru kazandıran her durumun bu sözleşmeler için de aynı sonuca sebebiyet vereceği söylenebilir. Bu kapsamda kefalet sözleşmesinin taraflarını oluşturan alacaklı veya kefilin yabancı bir ülke vatandaşı olması veya yerleşim yerinin ya da mutad meskeninin yabancı bir ülkede bulunması, kefalet sözleşmesinin yabancı bir ülkede yapılması veya yabancı ülkede ifa edilmesi gibi haller kefalet sözleşmesinin de yabancılık unsuru içerdiğini gösterir. Öte yandan kefalet sözleşmesinin doğası gereği var olan bazı hallerin kefalet sözleşmeleri için yabancılık unsurunun oluşmasına sebep olup olmayacağına değinmek gerekir. Öncelikle, asıl borçlunun yabancı bir ülke vatandaşı olması ya da yerleşim yerinin veya mutad meskeninin yabancı bir ülkede bulunması durumunun kefalet sözleşmesine yabancılık unsuru kazandırdığı söylenebilecek midir? Bu durumda asıl sözleşmenin yabancılık unsuru içerdiğinde şüphe yoktur. Ancak kanaatimizce, asıl borçlunun yabancı bir ülke vatandaşı olması tek başına kefalet sözleşmesine yabancılık unsuru kazandırmaz. Zira kefalet sözleşmesinin tarafları alacaklı ve kefilen

---

*getirmesi için fırsat verilmesi, Milletler Arası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanun'un 5nci maddesi gereğince uygulanacak hukukta Türk kamu düzenine aykırı düzenlemeler tespit edildiği takdirde sadece o hükümlerle sınırlı olarak Türk Hukuku'ndaki düzenlemenin gözetilmesi suretiyle hüküm kurulması gerekir iken, uygulanacak hukuk yönünden davalının itirazının değerlendirilmeksizin işin esası hakkında hüküm kurulmuş olması doğru görülmemiş, kararın bu nedenle taraflar yararına bozulması gerekmiştir. (.....)" <https://www.lexpera.com.tr> (Erişim: 02.01.2025).*

<sup>303</sup> Nomer, s. 324; Çelikel ve Erdem, s. 389; Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe, s. 342; Ekşi, s. 7.

<sup>304</sup> Nomer, s. 324; Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe, s. 343; Ekşi, s. 7.

<sup>305</sup> Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe, s. 344.

<sup>306</sup> Doğan, s. 6-7; Ali Gümrah Toker, "Yabancı Unsurlu Teminat Mektubu Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk", DEÜHFD, 12/Özel Sayı (2010), s. 994-995.

oluşmakta olup asıl borçlunun kefalet sözleşmesi ile bir bağı yoktur. Asıl sözleşmenin konusunu oluşturan şeyin yabancı bir ülkede bulunması, asıl sözleşmenin yabancı bir ülkede yapılması veya yabancı ülkede ifa edilmesi gibi sebeplerle asıl sözleşmenin yabancılık unsuru içerdiği durumlarda, kefalet sözleşmesinin de yabancılık unsuru kazanıp kazanmayacağı akla gelen meselelerden bir diğeridir. Kanaatimizce, bu durumlarda da kefalet sözleşmesinin yabancılık unsuru kazanmayacağını kabul etmek gerekir. Her ne kadar kefalet sözleşmesi asıl sözleşmenin varlığına bağlı olup fer'i nitelikte olsa da asıl sözleşmeden bağımsız, farklı bir sözleşmedir. Netice itibariyle asıl sözleşmenin yabancılık unsuru içermesi kefalet sözleşmesine de yabancılık unsuru kazandırmaz.

Kefalet sözleşmesinin yabancı bir dilde kaleme alınması, başka hiçbir unsur açısından yabancı bir hukuk düzeniyle irtibatın söz konusu olmadığı halde tek başına yabancılık unsuru oluşturmaz. Bu duruma örnek teşkil edebilecek 09.03.2010 tarihli bir Yargıtay kararında da karara konu olan kambiyo senedinin İngilizce kaleme alınması tek başına kanunlar ihtilafı kurallarına başvurulması için yeterli görülmemiştir<sup>307</sup>. Kefilin, asıl borçlunun alacaklıya ifada bulunmamasından kaynaklanan alacaklının zararını para karşılığı olarak ödeyeceğinden yukarıda bahsedilmişti. Kefalet borcunun yabancı bir para cinsi olarak ödenmesine karar verilmesi halinde de kanaatimizce yine kefalet sözleşmesinin yabancılık unsuru içerdiğinden bahsedilemez. Bunun için yukarıda belirtilen durumlar gibi yabancılık unsuru yaratacak daha kuvvetli bir sebebin bulunması gerekir<sup>308</sup>.

Netice itibariyle yabancılık unsuru içeren kefalet sözleşmelerine ilişkin bir uyumsuzluk söz konusu olduğunda Türk hukukundaki maddi hukuk kurallarının doğrudan uygulanması doğru değildir. Zira yabancılık unsuru içeren her hukuki olay veya ilişkide olduğu gibi kefaletle ilişkin meselelerde de yabancılık unsurunun varlığının tespit edilmesi halinde, 5718 sayılı MÖHUK m. 1'e başvurularak uygulanacak hukuk belirlenecek veya varsa Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası anlaşma hükümleri tatbik edilecektir.<sup>309</sup>

<sup>307</sup> Yargıtay 12. HD. E. 2009/23883, K. 2010/5503, T. 09.03.2010, <https://legalbank.net/> (Erişim: 03.01.2025). Mesut Aygün, "Güncel Gelişmelerin Işığında Çekten Doğan Yabancı Unsurlu Uyuşmazlıklara Uygulanacak Hukukun Tespiti", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 61/3 (2012), s. 931.

<sup>308</sup> Aynı yönde bkz. Demirkol; 79-80. Konuya ilişkin bir örnek olarak; bir kambiyo senedinin yabancı para üzerinden düzenlenmiş olmasının tek başına yabancılık unsuru yaratmayacağı hakkında bkz. Aygün, Çek, s. 931.

<sup>309</sup> Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe, s. 328.

## **G. Vasıflandırma**

Yabancılık unsuru içeren kefalet sözleşmesine ilişkin bir uyuşmazlığın hakim önüne gelmesi durumunda, uyuşmazlığın çözüme kavuşturulması amacıyla uygulanacak hukukun tespit edilebilmesi için her şeyden önce, söz konusu uyuşmazlığın kefalet sözleşmesinden doğduğunun saptanması gerekmektedir. Hakim, davaya konu olan uyuşmazlıkta öncelikle bağlama konusunu hukuki olarak belirler, sonrasında ise bağlama noktasına bakarak uyuşmazlığa uygulayacağı hukuka başvurur. Kanunlar ihtilafı hukukunda vasıflandırma (*qualification, classification, characterization*) olarak adlandırılan bu müessese, bir hukuki olay ya da ilişkinin hukuki karakterinin tespiti olarak tanımlanabilir.<sup>310</sup> Ancak yabancılık unsuru içeren herhangi bir olay ya da ilişkinin bağlantılı olduğu farklı hukuk düzenlerinde bu olay ya da ilişkiye atfedilen hukuki nitelik değişebilmektedir. Bu durum vasıflandırma ihtilafı olarak adlandırılır.<sup>311</sup>

Birçok hukuk düzeninde, kefalet sözleşmesine ilişkin farklı düzenlemeler mevcuttur. Bu durum, hakim önüne gelen yabancılık unsuru içeren bir uyuşmazlığın, kefalet sözleşmesine ilişkin bir mesele olup olmadığına yahut geçerli bir kefalet sözleşmesi için aranan şartların şekle mi yoksa esasa mı ilişkin olduğuna yönelik yapılacak vasıflandırmada ihtilafların doğmasına sebebiyet verebilir. Konuyu bir örnekle somutlaştırmak gerekirse, kefalet sözleşmesi için aranan eşin rızasının sözleşmenin şeklini mi yoksa esasını mı ilgilendiren bir şart olduğu uygulanacak hukukun değişmesine sebep olabilecektir. Evli bir kimsenin bir borca kefil olabilmesi için eşinin rıza göstermesi gerekliliği, farklı hukuk sistemlerinde de kefalet sözleşmesinin şartları arasında düzenlenmiştir. Örneğin Fransız ve İsviçre hukuklarında benzer yönde düzenlemeler yer

<sup>310</sup> Doğan, s. 222; Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca, s. 87.

<sup>311</sup> Nomer, s. 96 vd.; Çelikel ve Erdem, s. 80; Doğan, s. 222; Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe, s. 58-60; Milletlerarası özel hukuk alanında vasıflandırmayla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Ernest G. Lorenzen, "The Qualification, Classification, or Characterization Problem in the Conflict of Laws", The Yale Law Journal, 50 (1941-1940), s. 743-761, <https://www.ppm.mateuszpilich.edh.pl/lorenzen.pdf> (Erişim: 20.12.2024); Veronique Allarousse, "A Comparative Approach to the Conflict of Characterization in Private International Law", Case Western Reserve Journal of International Law, 23/3 (1991), s. 479-516, <https://scholarlycommons.law.case.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1651&context=jil> (Erişim: 20.12.2024).



almaktadır (Fransız Medeni Kanunu<sup>312</sup> m. 1415, İsviçre Borçlar Kanunu<sup>313</sup> m. 494/I). Fransız hukukunda kefilin evli olması durumunda diğer eşin rızasına ilişkin bir hüküm getirilmiştir. Hükme göre diğer eşin rıza vermesi halinde kefil olan eş yasal mal rejimine dahil tüm malvarlığı ile sorumlu olacaktır. Ancak diğer eşin rıza vermemesi kefalet sözleşmesini geçersiz kılmamakta bu durumda kefil olan eş yalnızca kendi kişisel malvarlığı ile sorumlu olmaktadır.<sup>314</sup> Dolayısıyla kefalet sözleşmesinde eşin rızası, Fransız hukukunda bir geçerlilik şartı olmayıp kefilin sorumluluğunun kapsamını belirleyen bir unsur niteliğindedir. İsviçre hukukunda ise eşin rızası bir geçerlilik şartı olarak ele alınmış ancak şekle ilişkin bir şart olarak görülmemiş, aile ekonomisini korumak amacıyla kefilin ehliyetinin sınırlandırılmasını sağlayan bir şart olarak kabul edilmiştir.<sup>315</sup> Alman hukukunda evli kişilerin kefil olabilmesi için eşinin rıza göstermesi bir şart olarak dahi aranmamıştır.<sup>316</sup>

Türk hukukunda kefalet sözleşmesi için aranan eşin rızasının bir geçerlilik şartı olduğu yönünde tereddüt bulunmamaktadır (TBK m. 584/I). Buna göre evli bir kişinin kefil olmak istemesi halinde eşinin yazılı rızasının alınmaması kefalet sözleşmesini kesin olarak geçersiz kılar. Ancak bu şartın şekle ilişkin bir şart mı olduğu yoksa ehliyetle ilişkin bir sınırlama mı olduğu doktrinde tartışmalıdır. Baskın görüş, söz konusu şartın ehliyetle ilişkin bir sınırlama olduğu yönündedir.<sup>317</sup> Ancak Yargıtay'ın TBK m. 584/I'de aranan

---

<sup>312</sup> Fransız Medeni Kanunu'nun metni için bkz. <https://www.legifrance.gouv.fr/download/pdf/legiOrKali?id=LEGITEXT000006070721.pdf&size=1,3%20Mo&pathToFile=/LEGI/TEXT/00/00/06/07/07/21/LEGITEXT000006070721/LEGITEXT000006070721.pdf&title=Code%20civi> l.

<sup>313</sup> İsviçre Borçlar Kanunu'nun metni için bkz. [https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/27/317\\_321\\_377/en](https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/27/317_321_377/en).

<sup>314</sup> Schoder, s. 37 ve Hauschild, s. 85. (Naklen: Türker Yalçınduran, "Kefalet Sözleşmesinde Eşin Rızasına ve Bu Rızanın Türk Borçlar Kanunu'nun 603. Maddesi Gereğince Gerçek Kişilerin Taraf Olduğu Kişisel Güvence Verilmesine İlişkin Diğer Sözleşmelerde de Bulunmasına Dair Türk Borçlar Kanunu'nda Yapılan Düzenlemenin Değerlendirilmesi", İÜHFİM, 74/1 (2016), s. 472, dn. 47.)

<sup>315</sup> Serkan Ayan, *Kefalet Sözleşmesi*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2018, s. 115; Ece Baş, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartlarına İlişkin Bazı Yenilikler", İÜHFİM, 70/2 (2012), s. 117.

<sup>316</sup> Asuman Sarı İyim, *Alman Hukuku Kıyası ile Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları*, İKÜSBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul: 2015, s. 34.

<sup>317</sup> Ayan, s. 115; Baş, s. 117-118; Oğuzhan Çelebi, *Kefalet Sözleşmesi ve Eşin Rızası*, Ankara: Seçkin Yayınları, 2022, s. 206; Kocaman ve Kaya, s. 8. Reisoğlu ise geçerli bir kefalet sözleşmesi için aranan eşin rızasını şekil şartı olarak ele almıştır. Bkz. Reisoğlu, *Kefalet*, s. 89 vd.



eşin rızasına ilişkin hükme uyulmamasını kefalet sözleşmesinin geçerliliği için öngörülen şekil şartlarına aykırılık olarak kabul ettiği kararı mevcuttur.<sup>318</sup>

Hakim, önüne gelen yabancılık unsuru içeren bir uyuşmazlıkta öncelikle vasıflandırmanın hangi hukuka göre yapılacağı konusunda karar vermelidir. Bu konuda doktrin farklı görüşler geliştirmiştir. Bir görüş, yabancılık unsuru içeren bir olay ya da ilişkiyi vasıflandırırken hakimin hukukuna (*lex fori*) başvurulması gerektiğini savunmaktadır.<sup>319</sup> Bir başka görüşe göre, söz konusu olay ya da ilişkinin esasına uygulanacak hukuka (*lex causae*) başvurulmalıdır.<sup>320</sup> Doktrinde ilk olarak, hakimin konuyu kendi hukukuna (*lex fori*) göre vasıflandırması akabinde ise, hukuki olay ya da ilişkinin esasına uygulanacak hukuka (*lex causae*) başvurulması şeklinde iki aşamalı bir uygulamayı (*Two-fold theory*) benimseyenler de mevcuttur.<sup>321</sup> Son olarak, bu yöntemleri yetersiz bulan bir başka görüş ise vasıflandırmanın mukayeseli hukuk verileri ile elde edilecek prensiplere göre yapılması gerektiğini savunmuştur.<sup>322</sup> Vasıflandırma yapılırken başvurulacak hukukun ne olacağının tespiti önemlidir. Zira seçilen hukuka göre uyuşmazlığın şekline ve esasına uygulanacak hukuk değişebilecektir. Yukarıda değindiğimiz eşin rızasına ilişkin farklı ülke düzenlemelerinden yola çıkacak olursak, hakim önüne gelen hukuki işlemdeki uyuşmazlığın kefalet sözleşmesinde eşin rızasına ilişkin bir uyuşmazlık olduğunu Fransız hukukuna göre vasıflandırırsa eşin rızasının bulunmaması bir geçerlilik şartı olarak değerlendirilmeyecektir. Öte yandan hakim İsviçre hukukuna göre vasıflandıracak olursa, eşin rızasının bulunmaması halinde kefalet sözleşmesinin geçerliliğini, kanunların ihtilafı hükümlerine başvurarak

<sup>318</sup> Karar için bkz. Yargıtay 12. HD, E. 2017/4099, K. 2017/9461, T. 15.06.2017: "...icra kefaleti taahhüdünü içeren bölümün, kefilin kendi el yazısı ile yazılmadığı ve kefilin eşinin yazılı rızasını içermediği görülmekte olup, bu haliyle, kefalet tutanağının, kefaletin şeklini düzenleyen Türk Borçlar Kanunu'nun 583. ve 584. maddelerinde belirtilen şartlarda düzenlenmediği anlaşılmaktadır." <https://karararama.yargitay.gov.tr> (Erişim: 10.01.2025).

<sup>319</sup> 1981 yılında Alman hukukçu *Franz Kahn* tarafından savunulan bu görüşe göre vasıflandırma ihtilaflarının çözümü için hâkimin hukukunun maddi hukuk hükümlerine başvurulacaktır. (Naklen: Ronald Harry Graveson, *The Conflict of Law*, London: Sweet & Maxwell, 1948, s. 39-40). Ayrıca bkz. Çelikel ve Erdem, s. 85.

<sup>320</sup> İlk olarak Alman hukukçu *Martin Wolff* ve Fransız Hukukçu *Clunet Despagne* tarafından ortaya konulan bir görüştür. (Naklen: Graveson, s. 42). Ayrıca bkz. Çelikel ve Erdem, s. 86.

<sup>321</sup> İlk olarak *Robertson* tarafından ileri sürülmüştür. (Naklen: Arthur Henry Robertson, *Characterization in the conflict of laws*, Harvard: Harvard University Press, 1940, s. 118 vd.). Ayrıca bkz. Graveson, s. 41; Çelikel ve Erdem, s. 89-90.

<sup>322</sup> Bu görüş ilk olarak *Rabel* ve *Beckett* tarafından ileri sürülmüştür. (Naklen: Ernst Rabel, *The Conflict of Laws: A Comparative Study*, Vol. 1, Ann Arbor: The University of Michigan Press, 1945, s. 49 vd.). Ayrıca bkz. Graveson, s. 40; Shivani Singh, "Characterization of an International Conflict in Private International Law: The Concept and the Complications", *International Journal of Research in Engineering, IT and Social Sciences*, 8/4 (2018), s. 21.

uygulanacak yetkili hukuka göre tespit edecektir. Bir Türk hakimi vasıflandırmada *lex fori*ye başvuracak olursa Türk hukukunda kefalet sözleşmeleri için aranan eşin rızası şartının şekle mi yoksa kefalet sözleşmesi yapabilme ehliyetine mi ilişkin olduğu tartışması kapsamında uygulanacak hukuku tespit edecektir.

Türk kanunlar ihtilafı hukukunda hakimin önüne gelen yabancılık unsuru içeren bir olay veya ilişkinin hangi yöntem kullanılarak vasıflandırılacağına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Doktrinde ağırlıklı olarak, uyuşmazlığın konusu olan olay ya da ilişkinin vasıflandırılmasında hakimin hukukuna (*lex fori*) başvurulması gerektiği kabul edilmektedir.<sup>323</sup> Ancak *lex fori* vasıflandırması her zaman hakkaniyetli sonuçlar vermeyebileceğinden vasıflandırmaya ilişkin farklı görüşler ve yeni yaklaşımlar da oluşmuştur.<sup>324</sup> Öte yandan kefalet sözleşmesinin tarafları MÖHUK m. 24/I kapsamında sözleşmeye uygulanacak hukuku seçebilirler. Kanunun tanıdığı bu imkân çerçevesinde taraflar kefalet sözleşmesine uygulanacak hukuku seçtikleri takdirde vasıflandırma da *lex causae*'ya tabi olacaktır. Başka bir ifadeyle, sözleşmenin esasına uygulanmak üzere tarafların seçtiği hukuk, vasıflandırmada da yetkili olacaktır.<sup>325</sup>

## H. Yabancılık Unsuru İçeren Kefalet Sözleşmelerinin Şekline Uygulanacak Hukuk

Kanunlar ihtilafı alanında hukuki işlemin şeklinden bahsedilirken aksi açıkça belirtilmemişse, geçerlilik şekli anlaşılır.<sup>326</sup> MÖHUK'ta hukuki işlemlerin şekline ilişkin olarak düzenlenen 7. maddedeki hüküm genel bir düzenleme niteliğindedir. Yabancılık unsuru içeren bir hukuki işlemin

<sup>323</sup> Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe, s. 60; Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca, s. 93; Can ve Tuna, s. 186.

<sup>324</sup> Çelikel ve Erdem vasıflandırma konusunda esnek davranılarak her olayın ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmişlerdir. Bu yazarlara göre hâkim katı bir şekilde kendi maddi hukuk kurallarına bağlı kalmamalı, milletlerarası özel hukuk adaletinin sağlanması amacıyla da göz önünde bulundurulmalıdır. Milletlerarası özel hukuka ve tarafların menfaatlerine ve hakkaniyete uygun düştüğü ölçüde *lex causae*'ya göre vasıflandırma da tercih edilebilmelidir. Bu durumda yazarlar hâkimin hukuki olay ve ilişki ile bağlantılı olan ülke hukuklarını mukayeseli hukuk kuralları çerçevesinde inceleyerek en uygun hukuka göre vasıflandırma yapması gerektiğini ifade etmişlerdir. Bkz. Çelikel ve Erdem, s. 92-93. Doğan, vasıflandırmada asıl olanın *lex fori*'ye başvurmak olduğu ancak milletlerarası özel hukuk adaletine ve menfaatlerine aykırılık doğarsa, uyuşmazlıkla ilişkili olan ülke hukukları arasında karşılaştırma yapılarak en uygun olana göre vasıflandırma yapılması gerektiğini savunmuştur. Bkz. Doğan, s. 226. Nomer, esnek bir yaklaşımla, her hukuki olay için yöntemlerin ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiğini savunmuştur. Bkz. Nomer, s. 103-104.

<sup>325</sup> Çelikel ve Erdem, s. 94; Tokar, s. 1010.

<sup>326</sup> Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe, s. 117.

şekline uygulanacak hukuk hakkında MÖHUK'ta özel bir düzenleme mevcutsa öncelikle bu düzenleme ile yetkili kılınan hukuk uygulanacak, aksi halde MÖHUK m. 7'ye başvurulacaktır.<sup>327</sup>

MÖHUK m. 7'ye göre; “*Hukukî işlemler, yapıldıkları ülke hukukunun veya o hukukî işlemin esası hakkında yetkili olan hukukun maddî hukuk hükümlerinin öngördüğü şekle uygun olarak yapılabilir.*” Hükümden de anlaşılacağı üzere, hukuki işlemlerin şekline uygulanacak hukuk hakkında *locus regit actum* (hukuki işlemin yapıldığı yer) kuralı esas alınmıştır.<sup>328</sup> Ancak hukuki işlemler, *lex causae*'ya yani esasa uygulanacak hukuka göre yapıldıkları takdirde de geçerli olacaktır.

Yukarıda ayrıntılı olarak incelendiği gibi Türk hukukunda kefalet sözleşmesinin şeklen geçerli olabilmesi, yazılı şekilde yapılmasına, kefilin sorumlu olacağı miktar ile kefalet tarihinin kefilin el yazısıyla belirtilmesine bağlıdır (TBK m. 583/I). Ancak yabancılık unsuru içeren kefalet sözleşmelerinin Türk hukukundaki geçerlilik şartlarına göre yapılmış olması söz konusu kefalet sözleşmesinin doğrudan geçerli olacağı anlamına gelmeyebilir. MÖHUK'ta kefalet sözleşmelerinin geçerlilik şekline uygulanacak hukuk konusunda özel bir düzenleme bulunmadığından dolayı MÖHUK m. 7'ye başvurulacaktır. Bu kapsamda, yabancılık unsuru içeren kefalet sözleşmesinin geçerlilik şeklini sağlayıp sağlamadığı, yapıldığı ülke hukukunun veya kefalet sözleşmesinin esası hakkında yetkili hukukun maddi hukuk hükümlerine göre tespit edilecektir. Taraflar kefalet sözleşmesinin esasına uygulanmak üzere hukuk seçiminde bulunmuşlarsa, kefalet sözleşmesi bu hukukun maddi hukuk hükümlerine uygun şekilde yapıldığı takdirde de geçerli olacaktır.<sup>329</sup>

## **İ. Yabancılık Unsuru İçeren Kefalet Sözleşmelerinin Esasına Uygulanacak Hukuk**

### **6. Genel Olarak**

MÖHUK m. 24 hükmü sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde uygulanacak hukuku tespit etmeye yarayan genel nitelikte bir düzenlemedir.<sup>330</sup> Türk hakimi, önüne gelen uyuşmazlıkta yabancılık unsuruna rastlarsa, vasıflandırma neticesinde uyuşmazlığın sözleşmeden

<sup>327</sup> Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe, s. 118.

<sup>328</sup> Çelikel ve Erdem, s. 197; Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca, s. 186-187; Nomer, s. 208; Reisoğlu, *Kefalet*, s. 311.

<sup>329</sup> Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca, s. 187; Nomer, s. 210.

<sup>330</sup> Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe, s. 329; Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca, s. 404.

doğın bir borç ilişkisine ait olduğuna kanaat getirdikten sonra MÖHUK m. 24'e göre uyuşmazlığın çözümü için uygulayacağı hukuku belirleyecektir. MÖHUK'ta önemlerinden dolayı özel olarak düzenlenmiş bazı sözleşme tipleri mevcuttur. Bunlar; taşınmazlara ilişkin sözleşmeler (MÖHUK m. 25), tüketici sözleşmeleri (MÖHUK m. 26), iş sözleşmeleri (MÖHUK m. 27), fikri mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmeler (MÖHUK m. 28) ve eşyanın taşınmasına ilişkin sözleşmelerdir (MÖHUK m. 29).

Sayılan sözleşmeler için uygulanacak hukuk, hakkındaki özel düzenlemeye göre tespit edilir. Ancak satım sözleşmesi, bağışlama, kullandırma sözleşmeleri, eser sözleşmesi, yayın sözleşmesi, vekalet sözleşmesi gibi MÖHUK'ta özel olarak düzenlenmeyen diğer tüm sözleşmeler m. 24'e tabidir.<sup>331</sup> Kefalet sözleşmesine uygulanacak hukukun tespiti bakımından MÖHUK'ta özel bir düzenleme yer olmadığından dolayı hakim, önüne gelen yabancılık unsuru içeren kefalet sözleşmesine ilişkin uyuşmazlıkta MÖHUK m. 24'e başvuracaktır.<sup>332</sup>

"Sözleşmeden doğın borç ilişkilerine uygulanacak hukuk" başlığını taşıyan MÖHUK m. 24 hükmü, sözleşme statüsünün belirlenmesinde iki ayrı bağlama kuralı öngörmüştür. Öncelikle ilk üç fıkrada, sözleşmeye uygulanacak hukuku seçme imkânı getirerek " tarafların seçtiği hukuku" bağlama kuralı olarak düzenlemiştir. Son fıkrada ise, tarafların hukuk seçiminde bulunmadığı hallerde "objektif olarak tespit edilen hukukun" uygulanacağına yönelik bir bağlama kuralı getirmiştir.<sup>333</sup>

## **7. Yabancılık Unsuru İçeren Kefalet Sözleşmesine Tarafların Seçtiği Hukukun Uygulanması**

Maddi hukukta var olan irade serbestisi ilkesi, milletlerarası özel hukuk alanında sözleşmelere uygulanacak hukukun taraflarca seçilmesi şeklinde kendini göstermektedir.<sup>334</sup> TBK kapsamında taraflar, sözleşmelerin içeriğine, kapsamına veya hangi hallerde sona ereceğine ilişkin olarak kanunun çizdiği

<sup>331</sup> Bu sözleşmelere uygulanacak hukukun tespiti hakkında bkz. Tekinalp, s. 306-330.

<sup>332</sup> Tekinalp, s. 316-317; Çelikel ve Erdem, s. 402.

<sup>333</sup> Toker, s. 1022.

<sup>334</sup> Çelikel ve Erdem, s. 384-385; Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe, s. 330; Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca, s. 406; Toker, s. 1023-1024; Aslı Bayata Canyaş, AB ve Türk Hukuku Uyarınca Sözleşmeye Uygulanacak Hukuka İlişkin Genel Kural, Ankara: Adalet Yayınevi, 2012, s. 51-52; Arzu Alibaba, *Milletlerarası Unsurlu Sözleşmelerde Hukuk Seçimi ve Sınırlandırılması*, AÜSBÜ, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara: 2006, s. 23; Tarman, s. 146; Gülin Güngör, *Temel Milletlerarası Özel Hukuk Metinlerinin Sözleşmeden Doğın Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Konusunda Yakınlık Yaklaşımı*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2007, s. 189.

sınırlar<sup>335</sup> dahilinde serbestçe karar verebilmektedirler. Milletlerarası özel hukuk alanımızda da taraflar kanunda öngörülen sınırlara uyarak hukuk seçiminde bulunabilirler.

Tarafların aralarında yapacakları sözleşmeye ilişkin ileride çıkabilecek tüm uyuşmazlıkları öngördükleri ve bu uyuşmazlıkların doğmasını engelleyen unsurlar belirledikleri eksiksiz bir sözleşme yapmaları mümkün değildir. Ancak her sözleşmenin genel hukuki çerçevesini çizen ve meşruiyetini sağlayan, taraflar açısından bağlayıcılık yaratacak bir hukuk sistemine ihtiyacı vardır.<sup>336</sup> Tarafların aralarındaki sözleşmeye uygulanmak üzere hukuk seçiminde bulunması bu ihtiyacı karşılamaktadır. Hukuk seçiminde bulunmuş olması, sözleşmeye ilişkin bir uyuşmazlık kapsamında mahkemeye başvurulduğunda hakim için de kolaylık sağlar. Zira bir hukuk seçimi yoksa hakim, kendi kanunlar ihtilafı kurallarına göre uyuşmazlığa uygulanacak hukuku tespit edecektir. Ancak hakimin tespit ettiği hukukun sözleşmeye veya tarafların menfaatlerine uygun düşmemesi muhtemeldir.<sup>337</sup>

Kefalet sözleşmesinin tarafları olan alacaklı ve kefil aralarındaki sözleşme ilişkisine uygulanacak olan hukuku MÖHUK m. 24/I'e göre seçebilirler. Seçilen hukuk, kefalet sözleşmesinin taraflarının ehliyetine<sup>338</sup> ve sözleşmenin şekline<sup>339</sup> ilişkin konular hariç olmak üzere sözleşmenin tamamı üzerinde etki doğurur.<sup>340</sup> MÖHUK m. 24/I'de; *"Sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların açık olarak seçtikleri hukuka tâbidir. Sözleşme hükümlerinden veya hâlin şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılabilen hukuk seçimi de geçerlidir."* hükmüne yer verilmiştir. Hükümde ifade edildiği üzere hukuk seçimi açık olarak yapılmalı ya da tarafların seçtikleri hukuk konusunda

<sup>335</sup> TBK m. 27: *"Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür."*

<sup>336</sup> Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe, s. 332.

<sup>337</sup> Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe, s. 333; Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca, s. 409-410; Toker, s. 1024-1025.

<sup>338</sup> Sözleşmenin tarafını oluşturan gerçek ve tüzel kişilerin ehliyetine MÖHUK m 9 hükmü uygulanır. MÖHUK m. 9: *"(1) Hak ve fiil ehliyeti ilgilinin millî hukukuna tâbidir. (2) Millî hukukuna göre ehliyetsiz olan bir kişi, işlemin yapıldığı ülke hukukuna göre ehil işe yaptığı hukukî işlemle bağlıdır. Aile ve miras hukuku ile başka bir ülkedeki taşınmazlar üzerindeki aynî haklara ilişkin işlemler bu hükmün dışındadır. (3) Kişinin millî hukukuna göre kazandığı erginlik, vatandaşlığının değişmesi ile sona ermez. (4) Tüzel kişilerin veya kişi veya mal topluluklarının hak ve fiil ehliyetleri, statülerindeki idare merkezi hukukuna tâbidir. Ancak fiilî idare merkezinin Türkiye'de olması hâlinde Türk hukuku uygulanabilir. (5) Statüsü bulunmayan tüzel kişiler ile tüzel kişiliği bulunmayan kişi veya mal topluluklarının ehliyeti, fiilî idare merkezi hukukuna tâbidir."*

<sup>339</sup> Yabancılık unsuru içeren kefalet sözleşmelerinin şekline uygulanacak hukuk için bkz. II/C.

<sup>340</sup> Nomer, s. 325; Reisoğlu, *Kefalet*, s. 312.

tereddüt bulunmamalıdır. Tarafların uygulanacak hukuku açık olarak seçmeleri, bu yöndeki karşılıklı ve birbirlerine uygun iradelerini sözlü veya yazılı olarak beyan etmeleri ile gerçekleşir.<sup>341</sup> Hükümde hukuk seçiminin açık olarak yapılması ile mutlaka yazılı olarak yapılması kastedilmemiştir. Hukuk seçimi sözlü olarak da yapılabilir. Ancak iradenin hukuk seçimine ilişkin olduğunun anlaşılabilmesi için sözlü beyan yeterli olmalı bu beyan dışında başkaca bir unsura başvurulmak zorunda kalınmamalıdır.<sup>342</sup> Öte yandan yalnızca yabancı bir hukukun seçilmesi yeterli olmayıp, tarafların aralarındaki sözleşmesel ilişkiyi seçtikleri hukuka tabi kıldıklarının da tereddüde yer vermeyecek şekilde anlaşılması gerekir.<sup>343</sup>

MÖHUK m. 24/I hükmünün ikinci cümlesinde taraflara örtülü bir hukuk seçiminde bulunabilme imkanı da öngörülmüştür.<sup>344</sup> Bunun için yine tarafların bu yönde iradelerinin bulunmasının yanında hukuk seçiminin sözleşme hükümlerinden veya hâlin şartlarından anlaşılması ve bu konuda tereddüt oluşmaması gerekir.<sup>345</sup> Hangi hukuk sisteminin seçildiği açıkça ifade edilmemişse seçilen hukuk, tarafların aralarında daha önceden yapmış oldukları ve hukuk seçiminde buldukları benzer sözleşmeye atıfta bulunmaları veya sürekli olarak belirli bir hukuk sitemine tabi olan standart bir sözleşme tipini kullanmaları gibi durumlar tahlil edilerek tespit edilebilir.<sup>346</sup> Ancak bu hususların hiçbiri tek başına tarafların tereddüde yer bırakmayacak şekilde örtülü hukuk seçiminde bulunduğuna kanıt teşkil etmez. Birden fazla unsur bir arada değerlendirildiğinde tarafların tek bir hukukun yetkili olmasını arzuladıkları anlaşılıyorsa örtülü bir hukuk

<sup>341</sup> Demirkol, s. 140-141;

<sup>342</sup> Demirkol, s. 141-142;

<sup>343</sup> Demirkol, s. 142;

<sup>344</sup> Demirkol, s. 153 vd.; Bayata Canary, s. 53, 66.

<sup>345</sup> Demirkol, s. 153-154.

<sup>346</sup> Nomer, s. 327-328; Doğan, s. 404; Özdemir Kocasakal, s. 45; Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca, s. 416. Yargıtay 11. HD, E. 2019/83, K. 2020/3914 sayılı ve 07.10.2020 tarihli bir kararında seçilen hukukun tespitine yönelik aldığı bir kararında; Bölge Adliye Mahkemesi'nin "kefalet sözleşmesi Alman Hukuku'na tabi olarak düzenlenmiş ise de taraflar uyumsuzluk halinde uygulanacak hukukun belirlenmediği, davacının davasını açarken hukuki sebep olarak Türk kanun maddelerine dayandığı, davalının ise davaya karşı verdiği cevap dilekçesinde 818 sayılı TBK'nun olaya uygulanmasını talep ve kabul ettiği göz önüne alındığında davanın her iki tarafının TBK'nun dolayısıyla Türk Hukuku'nun uygulanmasında mutabık oldukları" yönündeki kararına karşı "taraflarca sözleşmede açık bir hukuk seçimi yapılmadığı anlaşılmış olup, bu nedenle yabancılık unsuru bulunan sözleşmeye Alman Hukuku'nun uygulanıp uygulanamayacağına 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun kapsamında tartışılmadan Türk Hukuku'nun uygulanması suretiyle sonuca varılması doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir." şeklinde hüküm kurmuştur <https://karararama.yargitay.gov.tr> (Erişim: 21.12.2024).

seçiminin varlığından bahsedilecektir.<sup>347</sup> Aksi takdirde tarafların sözleşmeyi belli bir hukuka tabi kılmak istedikleri değil belli bir hukuk sisteminin öngördüğü kuralları sözleşme hükmü olarak kabul ettikleri düşünülür.<sup>348</sup> Hukuk seçiminin taraflarca tereddüte yer bırakmayacak ve yoruma ihtiyaç duymayacak şekilde yapılması gerektiğinden, taraflar bir hukuk seçimi yapsalardı hangi hukuku seçerlerdi şeklindeki bir yaklaşımla farazi hukuk seçiminin kabulü mümkün değildir.<sup>349</sup>

Bir kefalet sözleşmesinin tarafları olan alacaklı ve kefil açık bir şekilde sözleşmenin tabi olacağı hukuku seçebilecekleri gibi örtülü bir hukuk seçiminde de bulunabilirler. Ancak örtülü hukuk seçiminin varlığı konusunda yukarıda yapılan açıklamalar kefalet sözleşmeleri için de geçerlidir. Burada asıl sözleşmenin tabi olacağı hukukun alacaklı ve asıl borçlu tarafından seçilmesi halinin kefalet sözleşmesi için bir örtülü hukuk seçimi oluşturup oluşturmayacağı akla gelebilir. Ancak daha önce de değinildiği üzere, asıl sözleşme ile kefalet sözleşmesinin tarafları farklıdır. Kefalet sözleşmesi her ne kadar asıl sözleşmenin varlığına bağlı olup fer'i nitelikte olsa da asıl sözleşmeden bağımsız, farklı bir sözleşmedir. Dolayısıyla asıl sözleşmenin belli bir hukuka tabi oluşu tek başına kefalet sözleşmesinin de bu hukuka tabi olacağı yönünde tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılabilen bir husus teşkil etmez. Öte yandan alacaklı ve kefilin aralarında akdettikleri kefalet sözleşmesini asıl sözleşmenin tabi olduğu hukuka açık veya örtülü olarak tabi kılabilmeleri mümkündür. Örtülü hukuk seçimi açısından ancak, sözleşmeye dair diğer irtibatlar da asıl sözleşmenin tabi olduğu hukuku işaret ediyorsa o ülke hukukunun seçildiği düşünülebilir.

MÖHUK m. 24/II'e göre; *"Taraflar, seçilen hukukun sözleşmenin tamamına veya bir kısmına uygulanacağını kararlaştırabilirler."* Hükme göre kefalet sözleşmesinde alacaklı ve kefil de kısmi bir hukuk seçimi yapabilecektir. Ancak kısmi hukuk seçimi yalnızca sözleşmenin hukuki ve ekonomik bakımdan bölünebilir olduğu durumlarda söz konusu olup, seçilen hukuk sözleşmenin uygulanmasında çelişkiler yaratmamalıdır.<sup>350</sup> Sözleşmede tarafların hukuk seçimini ne zaman yapabileceği MÖHUK m. 24/III'te düzenlenmiştir. Buna göre; *"Hukuk seçimi taraflarca her zaman yapılabilir veya*

<sup>347</sup> Bayata Canyaş, s. 67-68; Alibaba, s. 71; Tarman, s. 150.

<sup>348</sup> Bayata Canyaş, s. 67-68. Tarafların sözleşmesel ilişkilerine uygulanmak üzere hukuk seçiminde bulduklarını gösteren somut emareler hakkında bkz. Demirkol, s. 161-166.

<sup>349</sup> Doğan, 403; Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe, s. 334-335; Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca, s. 416; Demirkol, s. 160; Tarman, s. 149; Bayata Canyaş, s. 72.

<sup>350</sup> Doğan, 406; Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe, s. 335; Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca, s. 419; Alibaba, s. 138, 198; Tarman, s. 151; Bayata Canyaş, s. 69-70.



değiştirilebilir. Sözleşmenin kurulmasından sonraki hukuk seçimi, üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak kaydıyla, geriye etkili olarak geçerlidir.” Kefalet sözleşmesinde de taraflar gerek sözleşmenin kurulması esnasında gerekse de sözleşme kurulduktan sonra sözleşmeye uygulanmasını istedikleri hukuku seçebileceklerdir. Ayrıca tarafların aralarında uyuşmazlık çıktıktan sonra yargılama esnasında dahi hukuk seçimi yapabilmeleri veya seçtikleri hukuku değiştirebilmeleri mümkündür.<sup>351</sup> Bu seçim veya değişiklik üçüncü kişilerin haklarına zeval vermemek şartıyla geçmişe etki edecektir.

MÖHUK m. 2/IV uyarınca; “Uygulanacak hukuku seçme imkânı verilen hâllerde, taraflarca aksi açıkça kararlaştırılmadıkça seçilen hukukun maddî hukuk hükümleri uygulanır.” Bu düzenleme ile sözleşmenin taraflarının hukuk seçiminde bulunması halinde atf teorisinin uygulanmayacağı, seçilen hukukun kanunlar ihtilafı kurallarına başvurulmadan doğrudan maddi hukuk hükümlerinin uygulanacağı ifade edilmiştir. Zira MÖHUK m. 2/III’te atf teorisi yalnızca kişiler hukuku ve aile hukuku alanında kabul edilmiştir. MÖHUK m. 2/IV’teki düzenlemenin amacı, tarafların, seçtikleri hukukun kanunlar ihtilafı kurallarını da yetkili kılabilmelerine imkân tanımaktır.<sup>352</sup> Bu nedenle, taraflar aksini kararlaştırmadığı müddetçe kefalet sözleşmesine uygulanacak hukukun maddi hukuk hükümleri dikkate alınmalıdır.

Taraflarca hukuk seçimi yapıldıktan sonra seçilen hukuk siteminde meydana gelen değişiklikler tarafların hak ve borçlarını etkileyebilmektedir.<sup>353</sup> Eğer seçilen hukuk sisteminde bu değişiklikler geçmişe etkili değilse tarafların aralarındaki sözleşme kurulduğu tarihteki hükümlere tabi olacaktır.<sup>354</sup> Ancak seçilen hukuk sisteminde sözleşmenin kurulmasından sonra meydana gelen değişiklikler geçmişe etkili ise sözleşme, tarafların öngörmediği hükümlere tabi olma tehlikesi altındadır.<sup>355</sup> Bu durumda taraflar, aralarındaki sözleşmenin kurulduğu anda yürürlükte bulunan hukuka tabi olacağını açıkça kararlaştırmalıdır.<sup>356</sup> Ancak seçilen hukuk sisteminde gerçekleşen ve geçmişe etkili olan değişiklikler kamu düzenini ilgilendiriyorsa tarafların aksi yönde yapacağı anlaşma hüküm ifade

<sup>351</sup> Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca, s. 422; Doğan, s. 408-409; Alibaba, s. 125, 196; Tarman, s. 150.

<sup>352</sup> Çelikel ve Erdem, s. 389-390; Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe, s. 337.

<sup>353</sup> Çelikel ve Erdem, s. 404; Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe, s. 341; Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca, s. 421.

<sup>354</sup> Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe, s. 341;

<sup>355</sup> Çelikel ve Erdem, s. 404; Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe, s. 341; Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca, s. 421.

<sup>356</sup> Çelikel ve Erdem, s. 404; Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe, s. 341; Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca, s. 421; Alibaba, s. 173, 219.



etmeyecektir.<sup>357</sup> Tarafların kefalet sözleşmelerine uygulanacak hukuk olarak kararlaştırdıkları hukukta zamanla bir değişiklik meydana gelmişse buna ilişkin olarak da aynı sonuçlara varmak gerekir.

## **8. Yabancılık Unsuru İçeren Kefalet Sözleşmesine Objektif Olarak Tespit Edilen Hukukun Uygulanması**

### *a. Kural: Karakteristik Edim Borçlusunun Hukuku*

Sözleşmeden doğan borç ilişkisinde taraflar uygulanacak hukuku açık veya örtülü olarak seçmemişlerse, uyumsuzluğa uygulanacak hukuk MÖHUK m. 24/IV hükmü gereğince objektif bağlama kurallarına göre tespit edilir. Hükme göre; *“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.”*

Kanun koyucu, tarafların aralarındaki sözleşmeden doğan borç ilişkisine uygulanacak hukuku seçmedikleri hallerde, sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan hukuku temel bağlama noktası olarak belirlemiştir.<sup>358</sup> Bunun yanında MÖHUK m. 24/IV hükmünün ilk cümlesinde ifade edilen en sıkı ilişkili hukukun neye göre belirleneceğini maddenin devamında öngörmüştür. MÖHUK m. 24/IV, c. 2’de sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukuk kural olarak karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni, işyeri ya da yerleşim yeridir. Hükümde, karakteristik edim borçlusunun hukukunun tespitinde sözleşmenin ticari veya mesleki faaliyetler gereği kurulmuş olup olmamasına göre ikili bir ayrıma gidilmiştir.<sup>359</sup> Eğer sözleşme ticari ve mesleki bir faaliyet sonucu kurulmuşsa sözleşme ile en sıkı ilişki içinde bulunan hukuk, karakteristik edim borçlusunun işyeri hukukudur. Karakteristik edim borçlusunun işyerinin bulunmadığı hallerde sözleşme ile en sıkı ilişki içinde bulunan hukuk ise karakteristik edim borçlusunun yerleşim yeri hukuku olacaktır. Karakteristik edim borçlusunun birden çok işyeri mevcutsa yetkili hukuk, sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri hukukudur. İkinci ihtimal olarak, sözleşme ticari ve mesleki bir faaliyet

<sup>357</sup> Çelikel ve Erdem, s. 404; Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe, s. 341; Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca, s. 421.

<sup>358</sup> Çelikel ve Erdem, s. 406; Nomer, s. 333; Doğan, s. 410; Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe, s. 351; Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca, s. 426; Demirkol, s. 271; Bayata Canaryş, s. 153.

<sup>359</sup> Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe, s. 352; Bayata Canaryş, s. 163.

sonucu kurulmamışsa sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan hukuk, karakteristik edim borçlusunun, sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad meskeni hukukudur.

Hakimin önüne gelen, borç ilişkisinden doğan bir uyumsuzluğa en sıkı ilişkili hukuk olarak karakteristik edim borçlusunun hukukunu uygulayabilmesi için öncelikle, sözleşmenin ticari ve mesleki bir faaliyet sonucu kurulup kurulmadığını tespit etmesi gerekmektedir. Hakimin bu tespiti bir vasıflandırma meselesi olup, sözleşmenin ticari ve mesleki bir faaliyet sonucu kurulup kurulmadığı doktrindeki baskın görüş doğrultusunda hakimin hukuku olan Türk hukukuna göre belirlenecektir.<sup>360</sup> Türk hukukunda ticari faaliyetin tanımı, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK)<sup>361</sup> 3. maddesinde yer almaktadır. Buna göre; *"Bu Kanunda düzenlenen hususlarla bir ticari işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve fiiller"* ticari iş ya da faaliyet olarak kabul edilecektir. Ayrıca 19. maddede; *"Bir tacirin borçlarının ticari olması asıldır."* denilerek ticari iş karinesine yer verilmiştir. Bu düzenlemeler kapsamında yabancılik unsuru içeren bir sözleşme meydana getirilmişse hakim sözleşmenin ticari ve mesleki bir faaliyet sonucu kurulduğuna kanaat getirecektir. Ancak m. 19'un devamında; *"gerçek kişi olan bir tacir, işlemi yaptığı anda bunun ticari işletmesiyle ilgili olmadığını diğer tarafa açıkça bildirdiği veya işin ticari sayılmasına durum elverişli olmadığı takdirde borç adi sayılır."* hükmüne yer verilmiştir. Dolayısıyla gerçek kişi tacirler, bu hüküm kapsamında, yaptıkları sözleşmeleri ticari ve mesleki faaliyet kapsamından çıkarabilirler. Bu durumda karakteristik edim borçlusu olan gerçek kişi tacirin, sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad meskeni hukuku sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukuk olarak uygulanabilecektir.<sup>362</sup>

Hakim, sözleşmeden doğan borç ilişkisinin ticari ve mesleki bir faaliyet sonucu kurulup kurulmadığını belirledikten sonra, bir de o sözleşmede karakteristik edim borçlusunun hangi taraf olduğunu tespit etmesi gerekir. Hukukumuzda karakteristik edimin ne olduğu düzenlenmemiş olsa da doktrinde bir tanım yapılmıştır. Bu tanıma göre karakteristik edim, o sözleşmeye adını veren, sözleşmeyi karakterize eden, diğer edime karşı daha

<sup>360</sup> Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe, s. 353; Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca, s. 433.

<sup>361</sup> RG 14.02.2011, S. 27846.

<sup>362</sup> Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe, s. 353. Karakteristik edim borçlusunun mutad meskeninin onun hayat ilişkilerinin merkezi olduğu dolayısıyla ifa edeceği borcun hazırlıklarını da burada yapma olasılığının oldukça yüksek olması sebebiyle MÖHUK m. 24/IV'te mutad meskene yapılan atfın yerinde olduğuna dair bkz. Demirkol, s. 280-282.

riskli kalan edimdir.<sup>363</sup> Kefalet sözleşmesinde karakteristik edim kefilin edimidir.<sup>364</sup> Şu hâlde kefalet sözleşmesinde alacaklı ve kefil tarafından sözleşmeye uygulanacak bir hukuk seçiminde bulunulmamışsa, sözleşmeden doğan ilişkiye karakteristik edim borçlusu olan kefilin, sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad meskeni hukuku uygulanır. Eğer kefalet sözleşmesi ticari veya mesleki faaliyetler gereği kurulmuşsa kefilin işyeri, bulunmadığı takdirde yerleşim yeri hukuku, kefilin birden çok işyeri varsa söz konusu sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri hukuku yetkili olacaktır.

*b. İstisna: Daha Sıkı İlişkili Hukuk*

MÖHUK m. 24/IV'ün son cümlesinde; *"hâlin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşme, bu hukuka tâbi olur."* denilerek bir istisnai hükme yer verilmiştir. Hakim kural olarak sözleşmeye uygulayacağı en sıkı ilişkili hukukun tespitinde m. 24/IV, c. 2 gereğince karakteristik edim borçlusunun hukukuna başvuracaktır. Ancak karakteristik edim borçlusunun hukuku yerine sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması da muhtemeldir.<sup>365</sup> Hakim daha sıkı ilişkili bir hukukun mevcut olup olmadığını tespit edebilmek için somut olayı analiz edecek ve ifa yeri, teslim yeri, sözleşme konusu malların bulunduğu yer, tarafların vatandaşlıkları, kullanılan dil gibi her türlü esası gözetecektir.<sup>366</sup> Ancak bu tespit yapılırken yalnızca sözleşme ile uygulanacak hukukun arasındaki bağlantı sayısına yani niceliğe bakılmamalı aynı zamanda bu bağlantıların niteliği de göz önünde bulundurulmalıdır.<sup>367</sup> Hakim daha sıkı ilişkili hukuku tespit ettikten sonra bu hukuku uyuşmazlığa uygulamak zorunda olup bu konuda takdir yetkisi bulunmamaktadır.<sup>368</sup>

Sözleşme ile daha sıkı ilişkili bir hukukun varlığı, karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni, işyeri ya da yerleşim yerinin yeterli bağlantıya sahip olmaması halinde aranır. Bu durumla en sık, kefalet sözleşmeleri gibi

<sup>363</sup> Nomer, s. 335; Tekinalp, s. 289; Doğan, s. 413; Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe, s. 354; Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca, s. 428-429; Fügen Sargın, "Karakteristik Edim Teorisine Eleştirel Bir Yaklaşım", AÜHFHD, 50/2 (2001), s. 77.

<sup>364</sup> Tekinalp, s. 316; Nomer, s. 336; Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe, s. 354.

<sup>365</sup> Doğan, s. 413; Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe, s. 357; Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca, s. 436; Demirkol, s. 290. 5718 sayılı MÖHUK'un kabulünden önce, Türk milletlerarası özel hukukunda karakteristik edim teorisinin subjektif ve suni yapısından dolayı terk edilmesi gerektiğine ilişkin eleştirel bir görüş için bkz. Sargın, s. 77-90.

<sup>366</sup> Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe, s. 358; Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca, s. 436; Bayata Canyaş, s. 179.

<sup>367</sup> Bayata Canyaş, s. 178-179.

<sup>368</sup> Bayata Canyaş, s. 180; Güngör, Yakınlık Yaklaşımı, s. 235-236.

bir sözleşmenin başka bir sözleşmeye bağlı olduğu durumlarda karşılaşılmaktadır.<sup>369</sup> Ancak bir kefalet sözleşmesinin, bağlı olduğu asıl sözleşmenin hukuku ile daha sıkı ilişkili olduğunun tespiti genel bir değerlendirme ile yapılamaz. Bu durumda hakim yine somut olayı inceleyerek karar vermelidir.<sup>370</sup>

### 9. Yabancılık Unsuru İçeren Kefalet Sözleşmesinden Doğan İlişkinin Varlığı ve Maddi Geçerliliğine Uygulanacak Hukuk

Henüz sözleşmenin kurulmadığı bir aşamada tarafların irade beyanlarının sözleşmenin kurulması yönünde olup olmadığı hususunda bir tereddüt mevcutsa, sözleşmeden doğan ilişkinin varlığı ve maddi geçerliliğine, sözleşme geçerli bir şekilde kurulmuş olsaydı hangi hukuk uygulanacaksa o hukuk uygulanacaktır.<sup>371</sup> Bu durum MÖHUK m. 32'de ayrıca düzenlenmiştir. Hükme göre; *“Sözleşmeden doğan ilişkinin veya bir hükmünün varlığı ve maddî geçerliliği, sözleşmenin geçerli olması hâlinde hangi hukuk uygulanacaksa o hukuka tâbidir.”*

MÖHUK m. 32'nin ikinci fıkrasında istisna bir düzenlemeye yer verilmiş olup; *“Taraflardan birinin davranışına hüküm tanınmanın, uygulanacak hukuka tâbi kılınmasının hakkaniyete uygun olmayacağı hâlin şartlarından anlaşılırsa, irade beyanının varlığına, rızası olmadığını iddia eden tarafın mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuku uygulanır.”* denilmiştir. Örneğin kefalet sözleşmesinde taraflardan birinin sözleşmenin kurulması aşamasında sözleşmeye eklenecek olan genel işlem şartlarına karşı susması, sözleşmeye uygulanacak hukuka göre bu işlemi kabul anlamı taşıyor olsun. Bu işleme karşı bir irade beyanının olmadığını iddia eden susan taraf, bu durumu iyiniyetli bir şekilde bilmiyorsa ve bilebilecek durumda da değilse; bu hükmün varlığı ve maddi geçerliliğinin tespitine susan tarafın mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuku uygulanacaktır.<sup>372</sup>

<sup>369</sup> Frank Vischer, *Droit Internationale Prive*, Fribourg: Editions Universitaires Fribourg Suisse, 1974, s. 190 vd.; Demirkol, s. 304. Ayrıca bkz. 17 Haziran 2008 Tarihli Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma I Tüzüğü Dibacısı 20. Paragraf: *“Sözleşmenin Madde 4(1) veya (2)'de belirtilen ülkeden başka bir ülkeyle açıkça daha yakından bağlantılı olduğu hallerde, kaçış klozu diğer ülkenin hukukunun uygulanacağını öngörmelidir. Bu ülkenin belirlenmesi için, diğer hususların yanı sıra, söz konusu sözleşmenin başka bir sözleşme veya sözleşmelerle çok yakın bir ilişkisi olup olmadığı dikkate alınmalıdır.”* Regulation (EC) No. 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome I), O.J. L 177/6, 4 Temmuz, 2008. <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:177:0006:0016:en:PDF> (Erişim: 12.01.2025).

<sup>370</sup> Demirkol, s. 304.

<sup>371</sup> Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe, s. 382.

<sup>372</sup> Doğan, s. 281; Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca, s. 482.

## **10. Yabancılık Unsuru İçeren Kefalet Sözleşmesine Doğrudan Uygulanan Kuralların Etkisi**

Doğrudan uygulanan kurallar, yabancılık unsuru içeren bir uyuşmazlık hakkında kanunlar ihtilafı kurallarına başvuru olarak tayin edilen yetkili yabancı hukukun uygulanmasını engelleyen müdahaleci kurallardandır. Bu kapsamda doğrudan uygulanan kurallar; devletlerin ekonomik, sosyal ve siyasal alanda izlediği politikaların yabancılık unsuru içersin ya da içermesin tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanmasının zorunlu olduğu kurallar olarak ifade edilebilir.<sup>373</sup> Her türlü hukuki ilişki ve işlem için uygulama alanı bulan ve genel bir düzenleme niteliğine sahip olan MÖHUK m. 6'ya göre; *“Yetkili yabancı hukukun uygulandığı durumlarda, düzenleme amacı ve uygulama alanı bakımından Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının kapsamına giren hâllerde o kural uygulanır.”*

MÖHUK'ta yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklara uygulanacak yetkili yabancı hukukun doğrudan uygulanan kurallarına da başvurulacağına ilişkin bir hüküm yer almamaktadır. Öte yandan yetkili yabancı hukukun uygulanması ile bu hukukun emredici, tamamlayıcı, tanımlayıcı ve yorumlayıcı kurallarının bir bütün halinde uygulanması kastedildiğinden, Kanunda açık bir düzenleme olmamasına rağmen bu hukukun doğrudan uygulanan kuralları da dikkate alınacaktır.<sup>374</sup> Bunun dışında MÖHUK m. 31'de yalnızca sözleşmelerden doğan borç ilişkilerine özgü olarak, sözleşmeyle sıkı ilişki içinde olan üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarına da etki tanınabileceği açıkça düzenlenmiştir. Söz konusu hüküm; *“Sözleşmeden doğan ilişkinin tâbi olduğu hukuk uygulanırken, sözleşmeyle sıkı ilişkili olduğu takdirde üçüncü bir devletin hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınabilir. Söz konusu kurallara etki tanımak ve uygulayıp uygulamamak konusunda bu kuralların amacı, niteliği, muhtevası ve sonuçları dikkate alınır.”* şeklinde ele alınmıştır.

<sup>373</sup> Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca, s. 483. Kavramın gelişim evresi ve farklı dillerde nasıl adlandırıldığı hakkında bkz. Belkis Vural Çelenk, *Application of Third Country Overriding Mandatory Rules-Analytical Comparison of Swiss, Turkish and EU Law*, Zürich: Schultess, 2018, s. 4-14. Phocion Francescakis, “Conflicts de Lois (Principes Generaux)”, *Enc. Dalloz. Droit International, C. I*, 471-497, s. 480. (Naklen: Hatice Özdemir Kocasakal, *Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri*, İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 2001, s. 8). Mehmet Köseoğlu, “Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 31. Maddesi: Sözleşme ile Sıkı İlişkili Üçüncü Bir Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarına Etki Tanınması”, *MHB*, 28/1-2 (2011), s. 150; Tarman, s. 164-165.

<sup>374</sup> Çelikel ve Erdem, s. 162-163; Doğan, s. 284-285; Köseoğlu, s. 157.

Bu kapsamda, yabancılık unsuru içeren bir kefalet sözleşmesine ilişkin uyuşmazlıkta, hakimın hukukunun (*lex fori*) ve sözleşmeye uygulanacak hukukun (*lex causae*) doğrudan uygulanan kurallarının dışında, sözleşmeyle sıkı ilişkili olan üçüncü bir devlet hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına bu kuralların amacı, niteliği, muhtevası ve sonuçları dikkate alınarak etki tanınabilmesi mümkündür.<sup>375</sup> Örneğin kefalet borcu bir para borcu niteliğini haiz olduğundan, konusu para olan borcun ülke parasıyla ödeneceğine ilişkin TBK m. 99/I hükmü bir doğrudan uygulanan kural olarak kefalet sözleşmesine uygulanacak hukuka etki eder. Bu kapsamda kefalet sözleşmesinin tarafları ödemenin yabancı bir para birimiyle yapılmasını kararlaştırmamışlarsa ödeme Türk parasıyla yapılır. Öte yandan kanaatimizce, asıl borç ilişkisinin bir doğrudan uygulanan kuralın kapsamına girmesi halinde bu borç ilişkisine bağlı kefalet sözleşmesinin de aynı kurallardan etkileneceğinden söz edilemez. Örneğin, asıl borcun konusu kültürel varlıklarımızın yurt dışına çıkarılmasına ilişkinse, 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu<sup>376</sup> m. 32 devreye girerek yurt dışına çıkarma yasağı uygulanacaktır. Ancak bu doğrudan uygulanan kuralın hem para borcu niteliğini haiz olan hem de ayrı bir sözleşme olan kefalet ilişkisine de etki edeceği söylenemez.

### **11. Kefalet Sözleşmesinde İfanın Gerçekleştirilme Biçimi ve Tedbirlere Uygulanacak Hukuk**

MÖHUK m. 33'te; "*İfa sırasında gerçekleştirilen fiil ve işlemler ile malların korunmasına ilişkin tedbirler konusunda bu işlem veya fiillerin yapıldığı veya tedbirin alındığı ülke hukuku dikkate alınır.*" düzenlemesine yer verilmiştir. Bu hüküm sözleşmeye uygulanacak hukukun yetkisini ortadan kaldırmamaktadır. Aksine yabancı bir ülkede ifanın gerçekleştirilme biçimi, ifaya konu olan malların korunması veya gözetimi ve de bunlara ilişkin alınacak tedbirler hakkında, gerekli hallerde bu işlem veya fiillerin yapıldığı veya tedbirin alındığı ülke hukukunun da dikkate alınacağı öngörülmektedir.<sup>377</sup> Öte yandan ifa yükümlülüğünün kapsamına ve ifa etmemenin sonuçlarına sözleşmeye uygulanacak olan hukuk uygulanmaya devam edecektir.<sup>378</sup>

<sup>375</sup> Doğa Elçin, "*Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk Hukukunda Sözleşmeyle İrtibatlı Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları*", Prof. Dr. Ata Sakmar'a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 10/1 (2011), s. 345.

<sup>376</sup> RG 23.07.1983, S. 18113.

<sup>377</sup> Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe, s. 383.

<sup>378</sup> Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca, s. 486; Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe, s. 383-384.

Yabancılık unsuru içeren bir kefalet sözleşmesi söz konusu olduğunda kefilin alacaklıya yapacağı ifade, paranın hazır edilme şekli, dövizle ödenip ödenemeyeceği gibi hususlar hakkında kefalet sözleşmesine uygulanacak hukuk ile ifanın gerçekleştirildiği yer hukuku arasında bir çelişkinin ortaya çıkması mümkündür. Bu durumda ortaya çıkan çelişkili durumun giderilmesi için sözleşmeye uygulanacak hukukun yanında ifanın gerçekleştirildiği yer hukuku da hakim tarafından dikkate alınır.<sup>379</sup>

## SONUÇ

Bir Türk hakiminin önüne gelen kefalet sözleşmesine ilişkin uyuşmazlıkta yabancılık unsuruna rastlamak mümkündür. Bu durumda hakim, yabancılık unsuru içeren kefalet sözleşmesine ilişkin uyuşmazlığın çözümü için TBK'da yer alan maddi hukuk hükümlerine değil, sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuku tespit etmek amacıyla kanunlar ihtilafı kurallarına başvurmalıdır. Ancak her şeyden önce, söz konusu uyuşmazlığın kefalet sözleşmesine ilişkin bir mesele olup olmadığının saptanması gerekir. Kanunlar ihtilafı hukukunda vasıflandırma olarak adlandırılan bu müessesenin hangi hukuka göre yapılacağı konusunda doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Ağırlıklı olarak, uyuşmazlığın konusu olan olay ya da ilişkinin vasıflandırılmasında hakimın hukukuna (*lex fori*) başvurulması gerektiği kabul edilmektedir. Türk doktrinindeki kaynaklar incelendiğinde sözleşmeden doğan borç ilişkilerinin vasıflandırılmasında da genel olarak *lex fori* prensibinin benimsendiği görülür. Öte yandan kefalet sözleşmesinin tarafları MÖHUK m. 24/I kapsamında sözleşmeye uygulanacak hukuku seçebilirler. Kanunun tanıdığı bu imkân çerçevesinde taraflar kefalet sözleşmesine uygulanacak hukuku seçtikleri takdirde vasıflandırma da sözleşmenin esasına uygulanacak hukuka tabi olacaktır.

MÖHUK'ta kefalet sözleşmelerinin geçerlilik şekline uygulanacak hukuk konusunda özel bir düzenleme bulunmadığından dolayı MÖHUK m. 7'ye göre uygulanacak hukuk, yapıldığı ülke hukukunun veya kefalet sözleşmesinin esası hakkında yetkili hukukun maddi hukuk hükümlerine göre tespit edilecektir. Taraflar kefalet sözleşmesinin esasına uygulanmak üzere hukuk seçiminde bulunmuşlarsa, kefalet sözleşmesi bu hukukun maddi hukuk hükümlerine uygun şekilde yapıldığı takdirde de geçerli olacaktır.

<sup>379</sup> Çelikel ve Erdem, s. 467; Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca, s. 487.



Kefalet sözleşmesine uygulanacak hukukun tespiti bakımından MÖHUK'ta özel bir düzenleme yer olmadığından dolayı hakim, önüne gelen yabancılık unsuru içeren kefalet sözleşmesine ilişkin uyuşmazlıkta MÖHUK m. 24'e başvuracaktır. Bu kapsamda kefalet sözleşmesinin tarafları olan alacaklı ve kefil öncelikle aralarındaki sözleşme ilişkisine uygulanacak olan hukuku seçebilirler. Seçilen hukuk, kefalet sözleşmesinin taraflarının ehliyetine ve sözleşmenin şekline ilişkin konular hariç olmak üzere sözleşmenin tamamı üzerinde etki doğurur. Sözleşmeden doğan borç ilişkisinde taraflar, uygulanacak hukuku açık veya örtülü şekilde belirlememişlerse, uyuşmazlığa uygulanacak hukuk objektif bağlama kurallarına göre tespit edilir. Kanun koyucu, tarafların aralarındaki sözleşmeden doğan borç ilişkisine uygulanacak hukuku seçmedikleri hallerde, sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan hukuku bağlama noktası olarak belirlemiştir. Sözleşme ticari ve mesleki bir faaliyet sonucu kurulmuşsa sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan hukuk, karakteristik edim borçlusunu olan kefilin, sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad meskeni hukukudur. Eğer sözleşme ticari ve mesleki bir faaliyet sonucu kurulmuşsa sözleşme ile en sıkı ilişki içinde bulunan hukuk, kefilin işyeri hukuku, bulunmadığı hallerde yerleşim yeri hukuku olacaktır. Kefilin birden çok iş yeri mevcutsa yetkili hukuk, sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri hukuku olacaktır. Ancak hakim daha sıkı ilişkili bir hukukun mevcudiyetini tespit ederse, sözleşme bu hukuka tabi olacaktır. Kefalet sözleşmesi gibi bir sözleşmenin varlığının başka bir sözleşmeye bağlı olduğu durumlarda, karakteristik edim borçlusunun hukuku dışında asıl sözleşmenin hukuku ile daha sıkı bir ilişkinin bulunması muhtemeldir. Hakim, kefalet sözleşmesinin asıl borç ilişkisine uygulanacak olan hukukla daha sıkı bir ilişkisinin bulunup bulunmadığına somut olayın tüm şartlarını inceleyerek karar vermelidir.



## KAYNAKÇA

- Akıncı, Ziya. *Milletlerarası Özel Hukuk*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2020.
- Alibaba, Arzu. *Milletlerarası Unsurlu Sözleşmelerde Hukuk Seçimi ve Sınırlandırılması*. AÜSBÜ. Yayınlanmamış Doktora Tezi. Ankara: 2006.
- Allarousse, Veronique. "A Comparative Approach to the Conflict of Characterization in Private International Law". *Case Western Reserve Journal of International Law*. 23/3 (1991): (ss. 479-516).
- Aral Fahrettin ve Hasan Ayrancı. *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*. 17. Baskı. Ankara: Yetkin Yayınları, 2024.
- Ayan, Serkan. *Kefalet Sözleşmesi*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2018.
- Aydoğdu, Gamze. *Milletlerarası Özel Hukukta Hukuk Seçimi Anlaşmaları*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2023.
- Aygün, Mesut. "Güncel Gelişmelerin Işığında Çekten Doğan Yabancı Unsurlu Uyuşmazlıklara Uygulanacak Hukukun Tespiti". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 61/3 (2012): (ss. 925-972). (Çek)
- Aygün, Mesut. "Yabancılık Unsurunun Mahiyeti ve Yargılamadaki Rolü". *DEÜHFD*. Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan. 16/Özel Sayı (2014): (ss. 1025-1066). (Yabancılık Unsuru)
- Ayrancı, Hasan. "Şekil Şartına Uyulmadan Yapılan Kefalet Sözleşmesinde İfanın Sonuçları". *AÜHFD*. 53/2 (2004): (ss. 95-120).
- Baş, Ece. "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartlarına İlişkin Bazı Yenilikler". *İÜHFM*. 70/2 (2012): (ss. 115-144).
- Bayata Canyaş, Aslı. *AB ve Türk Hukuku Uyarınca Sözleşmeye Uygulanacak Hukuka İlişkin Genel Kural*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2012.
- Bilge, Necip. "Kefilin Mesuliyetinin Şümulü". *AÜHFD*. 13/1-2 (1956): (ss. 86-171).
- Can, Hacı ve Ekin Tuna. *Milletlerarası Özel Hukuk*. 5. Baskı. Ankara: Adalet Yayınevi, 2021.
- Çelebi, Oğuzhan. *Kefalet Sözleşmesi ve Eşin Rızası*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2022
- Çelikel, Aysel ve B. Bahadır Erdem. *Milletlerarası Özel Hukuk*. 18. Baskı. İstanbul: Beta Yayınları, 2024.
- Demirkol, Berk. *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2011.
- Develioğlu, Hüseyin Murat. *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2009.
- Doğan, Vahit. *Milletlerarası Özel Hukuk*. 10. Baskı. Ankara: Savaş Yayınları, 2024.
- Ekşi, Nuray. "Yabancılık Unsuru Taşıyan Akitler ve Bu Akitlerin AT Roma Konvansiyonu'na Göre Anlamı". *MHB*. 12/1-2 (1992): (ss. 1-10).
- Elçin, Doğa. "Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk Hukukunda Sözleşmeyle İrtibatlı Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları". Prof. Dr. Ata Sakmar'a Armağan. *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 10/1 (2011): (ss. 329-354).
- Elçin Grassinger, Gülçin. *Borçlar Kanunu'na Göre Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkanları*. İstanbul: Alfa Basım Yayım, 1996.

- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. 10. Baskı. Ankara: Yetkin Yayınlar, 2022.
- Graveson, Ronald Harry. *The Conflict of Law*. London: Sweet & Maxwell, 1948.
- Gümüş, Mustafa Alper. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, C. II. 3. Baskı. İstanbul: Vedat Yayıncılık, 2014.
- Güngör, Gülin. *Temel Milletlerarası Özel Hukuk Metinlerinin Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Konusunda Yakınlık Yaklaşımı*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2007. (Yakınlık Yaklaşımı)
- Güngör, Gülin. *Türk Milletlerarası Özel Hukuku*. 3. Baskı. Ankara: Yetkin Yayınları, 2022.
- Günsay, Töre. "Kefalet Sözleşmesinin Feriliği İlkesi". DEÜHFD. Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan. 19/Özel Sayı (2017): (ss. 1079-1101).
- Kocaman, Arif Burhanettin ve Kübra Kaya. "Kefalet Sözleşmesinde Eşin Rızası" İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 6/1 (2020): (ss. 1-29).
- Köseoğlu, Mehmet. "Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 31. Maddesi: Sözleşme ile Sıkı İlişkili Üçüncü Bir Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarına Etki Tanınması". MHB. 28/1-2 (2011): (ss. 147-172).
- Lorenzen, Ernest G. "The Qualification, Classification, or Characterization Problem in the Conflict of Laws". The Yale Law Journal. 50 (1941-1940): (ss. 743-761).
- Nomer, Ergin. *Devletler Hususi Hukuku*. 23. Baskı. İstanbul: Beta Yayınları, 2021.
- Öz, M. Turgut, Ebru Ceylan, Murat Doğan, Şebnem Akipek Öcal, Hayrunnisa Özdemir, Kemal Şenocak, Emre Cumalıoğlu ve Selin Sert Sütçü. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2023.
- Özdemir Kocasakal, Hatice. "Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları". MHB. 30/1-2 (2010): (ss. 27-88).
- Özdemir Kocasakal, Hatice. *Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri*. İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 2001. (DUK)
- Özel, Sibel, Mustafa Erkan, Hatice Selin Pürselim ve Hüseyin Akif Karaca. *Milletlerarası Özel Hukuk*. 3. Baskı. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2024.
- Özen, Burak. *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi*, 3. Baskı. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014.
- Rabel, Ernst. *The Conflict of Laws: A Comparative Study*. Vol. 1. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 1945.
- Reisoğlu, Seza. "Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları". AÜHFD. 19/1 (1962): (ss. 327-392). (Muteberlik Şartları)
- Reisoğlu, Seza. *Türk Kefalet Hukuku*. Ankara: 2013. (Kefalet)
- Robertson, Arthur Henry. *Characterization in the conflict of laws*. Harvard: Harvard University Press, 1940.
- Ruhi, Ahmet Cemal ve Canan Ruhi. *Türk Kefalet Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2018.
- Sargın, Fügen. "Karakteristik Edim Teorisine Eleştirel Bir Yaklaşım". AÜHFD. 50/2 (2001): (ss. 37-95).
- Sarı İyim, Asuman. *Alman Hukuku Kıyası ile Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları*. İKÜSBE. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. İstanbul: 2015.

- Singh, Shivani. "Characterization of an International Conflict in Private International Law: The Concept and the Complications". *International Journal of Research in Engineering, IT and Social Sciences*. 8/4 (2018): (ss. 18-25).
- Şahin, Onur. "Kefalet ve Bağımsız Garanti Sözleşmelerinin Sona Erme Halleri". *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*. 29/126 (2016): (ss. 311-338).
- Şanlı, Cemal, Emre Esen ve İnci Ataman Figanmeşe. *Milletlerarası Özel Hukuk*. 11. Baskı. İstanbul: Beta Yayınları, 2024.
- Tarman, Zeynep Derya. "5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) Uyarınca Yabancılık Unsuru Taşıyan Akdi Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi". *BATIDER*. 26/1 (2010): (ss. 143-171).
- Tekinalp, Gülören. *Milletlerarası Özel Hukuk-Bağlama ve Usul Hukuku Kuralları*. 13. Baskı. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2020.
- Toker, Ali Gümrah. "Yabancı Unsurlu Teminat Mektubu Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk". *DEÜHFD*. 12/Özel Sayı (2010): (ss. 991-1052).
- Vischer, Frank. *Droit Internationale Prive*. Fribourg: Editions Universitaires Fribourg Suisse, 1974.
- Vural Çelenk, Belkis. *Application of Third Country Overriding Mandatory Rules-Analytical Comparison of Swiss, Turkish and EU Law*. Zürich: Schultess, 2018.
- Yalçınduran, Türker. "Kefalet Sözleşmesinde Eşin Rızasına ve Bu Rızanın Türk Borçlar Kanunu'nun 603. Maddesi Gereğince Gerçek Kişilerin Taraf Olduğu Kişisel Güvence Verilmesine İlişkin Diğer Sözleşmelerde de Bulunmasına Dair Türk Borçlar Kanunu'nda Yapılan Düzenlemenin Değerlendirilmesi". *İÜHFM*. 74/1 (2016): (ss. 461-486).
- Yavuz, Cevdet. *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. C. 2. İstanbul: Beta Yayınları, 2022.
- Yılmaz, Merve. "Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları". *TAAD*. C. 1, S. 7, Y. 2011: (s. 67-92).
- Zevkliler, Aydın ve K. Emre Gökyayla. *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*. 22. Baskı. Ankara: Turhan Kitabevi, 2024.
- <https://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:177:0006:0016:en:PDF>.
- <https://legalbank.net/>
- [https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/27/317\\_321\\_377/en](https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/27/317_321_377/en).
- <https://www.lexpera.com.tr>
- <https://www.ppm.mateuszpilich.edh.pl/lorenzen.pdf>
- <https://www.legifrance.gouv.fr/download/pdf/legiOrKali?id=LEGITEXT000006070721.pdf&size=1,3%20Mo&pathToFile=/LEGI/TEXT/00/00/06/07/07/21/LEGITEXT000006070721/LEGITEXT000006070721.pdf&title=Code%20civil>.
- <https://scholarlycommons.law.case.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1651&context=jil>
- <https://karararama.yargitay.gov.tr>

# STOKSUZ SATIŞ SÖZLEŞMELERİNDE MAL TEDARİKÇİSİNİN AYIPTAN DOĞAN SORUMLULUĞU

Dr. Gözde ÇAĞLAYAN AYGÜN - Merve Hilal YILDIRIM ÇIRKAN

Anadolu Üniversitesi Hukuk  
Fakültesi,  
Medeni Hukuk Anabilim Dalı

Anadolu Üniversitesi Sosyal  
Bilimler Enstitüsü,  
Özel Hukuk Anabilim Dalı Tezli  
Yüksek Lisans Öğrencisi

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5099-0178>,  
[gozdecaglayanaygun@anadolu.edu.tr](mailto:gozdecaglayanaygun@anadolu.edu.tr)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5430-5913>,  
[av.mervehilalyildirim@gmail.com](mailto:av.mervehilalyildirim@gmail.com)

Geliş Tarihi | Received: 27.12.2024

Kabul Tarihi | Accepted: 25.01.2025

İntihal: Bu makale, en az iki hakem tarafından incelendi ve intihal içermediği teyit edildi.

Plagiarism: This article has been reviewed by at least two referees and scanned via a plagiarism software.



Bu eser [Creative Commons Alıntı-Gayri Ticari-Türetilemez 4.0 Uluslararası Lisansı](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/) ile lisanslanmıştır.

This work is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/).

Atıf | Citation:

Çağlayan Aygün, Gözde ve Merve Hilal Yıldırım Çırkan. "Stoksuz Satış Sözleşmelerinde Mal Tedarikçisinin Ayıptan Doğan Sorumluluğu". Medeni Hukuk Dergisi. 2/1 (2025), s. 117-156.

## Yazar Beyanı

**Mali Destek:** Yazar, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır.

**Yazarların Katkıları:** Bu makale yazar tarafından tek başına hazırlanmıştır.

**Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı:** Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir.

**Etik Kurul Onayı Beyanı:** Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur.

**Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi:** Yazar, makalenin tüm süreçlerinde MHD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde MHD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın MHD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir.

## Author's Declaration

**Financial Support:** The author has not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

**Author's Contributions:** This article was prepared by the author alone.

**The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest:** No conflict of interest or common interest has been declared by the author.

**The Declaration of Ethics Committee Approval:** The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

**The Declaration of Research and Publication Ethics:** The author declares that she complies with the scientific, ethical, and quotation rules of MHD in all processes of the paper and that she does not make any falsification of the data collected. In addition, she declares that Civil Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than Civil Law Review.

## **STOKSUZ SATIŞ SÖZLEŞMELERİNDE MAL TEDARİKÇİSİNİN AYIPTAN DOĞAN SORUMLULUĞU**

### **ÖZ**

Stoksuz satış sözleşmeleri doğası gereği, müşteri, perakendeci ve tedarikçi arasında üç ayaklı bir hukuki ilişkiyi içermektedir. Stoksuz satış sözleşmelerinde genellikle perakendeci (*dropshipper*) yeniden satış gayesiyle hareket etmektedir. Böyle bir durumda, tedarikçi ve perakendeci arasındaki hukuki ilişki bir ticari satış sözleşmesine dönüşürken, ürünü sadece sipariş eden müşteri bakımından ise bir tüketici işlemi söz konusu olmaktadır. Stoksuz satış sözleşmelerinin ilki tedarikçi ile perakendeci arasında gerçekleşmektedir. Hukuki ilişkinin ikinci sözleşmesi ise ise perakendeci ile müşteri arasında gerçekleşmektedir. Stoksuz satış modelinde birbirinden bağımsız ancak birbirinden ayrılmaması gereken iki sözleşme vardır. Bu sözleşmede tedarikçi önemli bir yer tutmaktadır. Stoksuz satış sözleşmelerinde tedarikçi, en basit tanımıyla, perakendeci adına müşteriye ürünü teslim borcu altına giren kişidir. Tedarikçinin stoksuz satış sözleşmesi kapsamında birtakım hak ve yükümlülükleri bulunmaktadır. Stoksuz satışta tedarikçi yalnızca perakendeci ile arasında satış sözleşmesi bulunan ve aralarındaki sözleşme gereği teslimin başkasına ve stoksuz satıcının adresinden başka bir adreste yapma yükümlülüğü olan bir kişi olarak değerlendirilebilir. Bu durumda müşterinin doğrudan tedarikçiden ifa talep hakkı yoktur. Tedarikçinin de sadece stoksuz satıcı olan perakendeciye karşı sorumluluğu vardır. Bu sorumluluklardan en önemlisi ise tedarikçinin ayıba karşı tekeffül borcudur.

**Anahtar Kelimeler:** Stoksuz Satış, Müşteri, Perakendeci, Tedarikçi, Ayıptan Sorumluluk.

## **LIABILITY OF THE GOODS SUPPLIER ARISING FROM DEFECTS IN STOCKLESS SALES CONTRACTS**

### **ABSTRACT**

By their nature, dropshipping contracts involve a three-legged legal relationship between the supplier, seller and buyer. Generally dropshipping agreements include seller for the purpose of resale. In such a case, the legal relationship between the supplier and the seller turns into a commercial sales contract, while a consumer transaction occurs for the buyer who only orders the product. Dropshipping contracts consist of two independent contracts. Firstly between the supplier and the seller, and secondly between the seller and the buyer/consumer. Which are independent but should not be separated from each other. The supplier has an important place in this contract. In dropshipping contracts, the supplier, in its simplest definition, is the person who undertakes to deliver the product to the buyer on behalf of the seller. The supplier has certain rights and obligations within the scope of the dropshipping contract. In non-stock sales, we can also think of the supplier as a person who has a sales contract with the seller and who, by the contract between them, is obliged to deliver to someone else and at an address other than the address of the drop shipper. In this case, the buyer does not have the right to demand direct performance from the supplier, and the supplier's liability will only be to the drop shipper. One of these obligations is the responsibility of the supplier due to defective goods.

**Keywords:** Dropshipping, Buyer, Seller, Supplier, Liability for Defect.

## **GİRİŞ**

Stoksuz satış modeli, stok yönetimi maliyetlerini azaltmanın yanında müşteri taleplerine daha hızlı yanıt veren ve elektronik ticarete son yıllarda oldukça popüler hale gelen bir satış modeli olmuştur.

Stoksuz satışta, tarafların hak ve yükümlülüklerini belirleyen sözleşmeler kısaca stoksuz satış sözleşmeleri olarak adlandırılmaktadır. Bu sözleşmelerin içeriğinde genel olarak satıcının üreticiden veya tedarikçiden malzeme temin etme süreleri ile ürünlerin teslimatına ilişkin hükümler ve garanti koşulları yer alır. Fakat bu satış modelinde lojistik ve zamanlama konuları önemli yer tutar. Stoksuz satış, avantajları yanında bazı riskleri de taşımaktadır. Örneğin, tedarikçi, ürünleri temin etmekte sorun yaşarsa satıcı, müşterilerine zamanında ürün sağlayamadığı için müşterilerinin güvenini kaybedebilir. Bu nedenle sözleşmelerin hem içeriği bakımından detaylı olması hem de ilişkinin tüm taraflarının haklarını ve yükümlülüklerini iyi değerlendirmesi önemlidir.

Stoksuz satış modelinin taraflarından biri olan tedarikçi, stoksuz satış modelinin temel unsurudur. Tedarikçi, satıcıyı, üretme, saklama(depo), stoklama, paketleme, gönderme ve sorumluluğundan kurtaran taraftadır.

Stoksuz satış sistemi çerçevesinde, iki farklı hukuki işlem mevcuttur. İlk hukuki işlem tedarikçi ile perakendeci arasında; ikincisi ise perakendeci ile müşteri arasında gerçekleşir. Bu durumda tedarikçi ile perakendeci arasında bir satış sözleşmesi mevcuttur. Tedarikçi, bu satış sözleşmesinin satıcı tarafında yer almaktadır ve TBK m. 207 vd. uyarınca satıcının sahip olduğu tüm haklara sahiptir. Buna göre; tedarikçi kendisine göre müşteri konumunda olan perakendeciden malın bedelinin eksiksiz, zamanında ödenmesini, malın yasaya uygun şekilde teslim alınmasını ve cayma halinde malın muhafazasının doğru şekilde yapılarak ürün iadesinde gerekli özenin gösterilmesini talep etmek hakkına sahiptir.

Satıcının sahip olduğu haklarla donatılan tedarikçi elbette aynı zamanda satıcı için öngörülen yükümlülüklerle bağlıdır. Dolayısıyla tedarikçi, stoksuz satış sözleşmesine konu olan şeyin ayıplı olmasından sorumlu tutulmaktadır. Bu sorumluluktan bahsedebilmek bazı koşulların oluşması gerekmektedir.

## VII. STOKSUZ SATIŞ MODELİ

### Q. Stoksuz Satış Modelinin Tanımı

Hızla gelişen teknoloji, insanların hızlı yaşama ihtiyacı, ürünlere hemen ulaşma arzusu gibi sebeplerle, alıcıların tüketim alışkanlıklarının elektronik pazar yerlerine yöneldiği görülmektedir. Bunun sonucunda ise e-ticaret çok daha hızlı gelişme göstermektedir<sup>380</sup>.

Tedarik zinciri ve tedarik zincirinin yönetimi (*supply chain management*) 1990'lı yıllarda daha büyük önem kazanmaya başlamış, buna paralel olarak endüstrinin hızla gelişmesi, bulunan yeni bilgi teknolojileri, bilgisayarların donanımsal maliyetlerinin düşmesi, ülkeler arasında ortak iletişim standartlarının benimsenmesi ile uluslararası lojistikte meydana gelen gelişmeler sonucunda üretim ve tedarik konusu yeniden şekillenmiştir<sup>381</sup>. Doktrinde yer alan bir görüşe göre; tedarik zincirinin bugün için en önemli kaynağının elektronik satışlardır ve stoksuz satış e-ticaretin en önemli alt dallarındandır<sup>382</sup>.

İngilizce "*dropshipping*", Almanca "*Streckengeschäft*" olarak adlandırılan stoksuz satış modeli, Rekabet Kurumu tarafından verilen bir kararda "XML bayiliği" ismiyle nitelendirilmiştir<sup>383</sup>. Rekabet kurumu bu nitelendirmesini, stoksuz satış yapan perakendecinin (*dropshipper*), tedarikçi tarafından sistemde çevrimiçi olarak sağlanan ürünlere ilişkin stok durumu vb. verileri gösteren "XML" uzantılı bir veri tabanını kullanması ve ilgili bu verilerin, tedarikçi tarafından "Excel" dosya formatında "XML" uzantılı bir şekilde satıcıya aktarılmasından ötürü yapmıştır<sup>384</sup>. Stoksuz satış sözleşmesi, literatürde aracısız satış sözleşmesi, ürün karşılama hizmetleri, yeniden satış, sipariş karşılama, nakliye yerine getirme hizmetleri, tedarik zinciri çözümleri vb. şeklinde de ifade edilmektedir<sup>385</sup>. Rekabet Kurumunun XML bayiliği şeklindeki tespiti yanlış olmamakla birlikte, "stoksuz satış sözleşmesi"

<sup>380</sup> Gulbakhor Yuldasheva ve Ulugbeg Bakhodir, "E-Commerce And Its Future Development", Eurasian Journal of Law, Finance and Applied Sciences, V. 3. 83-92. s. 83.

<sup>381</sup> Nihal Kartaltepe Behram ve Emil Kazımov Rahib, "Dropshipping - Stoksuz Satış Modeli", Azerbaycan Sumgayit Devlet Üniversitesi Konferans Notları. 460-462. S. 460.

<sup>382</sup> Bora Göktaş, "Dropshipping Faaliyetlerine Yönelik Tüketici Tutumları: Bayburt Üniversitesi Bir Uygulama", Euroasia Journal of Social Science & Humanities, V. 6. I. 4, s. 2.

<sup>383</sup> Rekabet Kurumu, 19-11/125-5, 07.03.2019

<sup>384</sup> Savaş Çetinkaya, "XML E-Ticaret Bayilik Nedir, Nasıl Alınır?". XML E-Ticaret Bayilik Nedir, Nasıl Alınır? | IdeaSoft. (erişim: 18.04.2023)

<sup>385</sup> Kara Bloomer, "Intellectual Property In E-Commerce Retail Arbitrage: An Analysis Of The Legality Of Using Intellectual Property In Drop-Shipping", Brigham Young University Law Review, 47/5 (2022), s. 1620.



ifadesi, “XML bayiliği” ifadesine göre kavramı daha kapsamlı ifade ettiğinden çalışmamızda bu kullanım tercih edilmiştir<sup>386</sup>.

Bununla birlikte stoksuz satış modeli hukuki anlamda öğretilde henüz tam anlamıyla tanımlanmış değildir. Stoksuz satış modeli isminden de anlaşıldığı üzere perakendecinin stok tutmasına gerek olmaksızın, ürünlerin tedarikçi firmadan doğrudan müşteriye ulaştırılmasının konu edildiği satış modelidir<sup>387</sup>. Başka bir deyişle stoksuz satış, perakendeci tarafından malların üçüncü taraf tedarikçiden satın alınarak, yine perakendeci eline bu mal hiç geçmeksizin tedarikçi tarafından malın doğrudan online alışveriş yapan müşteriye gönderilmesi şeklinde gerçekleşen perakende satış modelidir<sup>388</sup>. Dolayısıyla stoksuz satışta, perakendecinin ürünleri depolamadan, siparişin kendisine ulaşması akabinde sipariş detaylarını tedarikçi ile paylaştığı ve üretim, depolama işlerini üçüncü bir kişi olan tedarikçiye yaptırmak şartıyla müşterinin siparişini kabul ettiği bir e-ticaret modelidir<sup>389</sup>. Bu bakımdan stoksuz satış yapan (*dropshipper*) işletmeler sattıkları ürünü hiç görmeden müşteri ile tedarikçiyi buluşturmaktadır. Bununla birlikte müşteri bir ürünü teslim aldığı anda tedarikçiyi değil perakendecinin markasını değerlendirmektedir<sup>390</sup>. Kanaatimizce, perakendeci bakımından bu durum ekonomik olarak avantaj oluştursa da tedarikçinin kötü ifada bulunması durumunda, kendisi için büyük dezavantaj da oluşturabilecektir.

Stoksuz satış yapan perakendeci (*dropshipper*) tedarikçiden depolama maliyetlerinden kaçınılması ve nakliye maliyetlerinin düşürülmesi şeklinde

<sup>386</sup> Peter Schlechtriem, “Subsequent Performance And Delivery Deadlines – Avoidance Of CISG Sales Contracts Due To Non-Conformity Of The Goods”. Pace International Law Review. 1 (2006), s. 83-98; Hasan Karşoğlu, “Stoksuz Satış Yapan İşletmelerin (Dropshipping) Hukuki Niteliği ve Stoksuz Satış İşlemlerinde TTK’nın 1530’uncu maddesinin Uygulanabilirliği Sorunu”, İstanbul: Aristo Yayınevi, 1. Baskı, 2022, s. 20; Peter Schlechtriem ve Ingeborg Schwenzer, “Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods”, Art. 1, Nr. 18; J Von Staudinger ve Ulric Magnus, (2012) Art. 1, Nr. 18.

<sup>387</sup> Karşoğlu, s. 21; Kartaltepe Behram ve Rahib, s. 460.

<sup>388</sup> Hakkı Ay ve Adnan Söylemez, “Covid-19 Salgın Döneminde Dünyada Ve Türkiye’de E-Ticaret, Küreselleşme Çağında Kalkınma Ve Yeni Ekonomi”, İstanbul: Orion Yayınevi, Editör: Arslan, İ.Akçacı, T.; Bozgeyik, 2022, s. 76.

<sup>389</sup> <https://www.worldwidebrands.com/dropshipping/what-is-dropshipping/>; <https://www.dotecon.com/assets/images/DotEcon-Ecommerce-Final-Report.pdf>. (erişim: 21.02.2024); Tamer Budak, “Dijital Ekonominin Vergilendirilmesi”, Ankara: Turhan Kitabevi, 1. Baskı, 2018. s. 39; United States District Court Eastern District of Michigan, 22-10414- Muma v. Happy Smiles, LLC et al, [https://www.govinfo.gov/content/pkg/USCOURTS-mied-4\\_22-cv-10414/pdf/USCOURTS-mied-4\\_22-cv-10414-0.pdf](https://www.govinfo.gov/content/pkg/USCOURTS-mied-4_22-cv-10414/pdf/USCOURTS-mied-4_22-cv-10414-0.pdf). (erişim: 23.02.2024); <https://satis.amazon.com.tr/ogrenin/amazon-terimleri-sozlugu/stoksuz-satis-dropshipping> (erişim: 18.04.2023).

<sup>390</sup> Gökteş, s. 2; Siyu Shi, “Wholesale Or Drop-Shipping: Contract Choices Of The Online Retailer And The Manufacturer In A Dual-Channel Supply Chain”, International Journal Of Production Economics, (2020), s. 226.

gerçekleşen bir tasarruf potansiyeli satın almaktadır<sup>391</sup>. Bununla birlikte tedarikçi de ismini duyurma çabası olmaksızın ve müşteri çevresi edinmek için vermesi gereken uzun ve masraflı çabayı vermeksizin, müşteri çevresi hâlihazırda var olan ve perakende satış hususunda uzman bir perakendeciden yararlanmaktadır<sup>392</sup>.

Perakendeciler(dropshipper) tedarikçinin ürünlerini kendi online satış platformları yahut elektronik pazar yerleri aracılığıyla pazarlayarak, buralardan satmış olduğu ürünlerden kâr elde etmektedir. Sürecin başlangıcında, müşteri perakendecinin e-ticaret platformunda listelediği ürünü satın alma talebi oluşturarak bu talebi perakendeciye iletir. Bu talep perakendeciye ulaştığı andan hemen sonra (bazen yazılımlarla hemen) perakendeci ürün talebini müşterinin adres ve kişisel bilgileri ile tedarikçiye iletir<sup>393</sup>. Tedarikçi bu aşamada ürünü perakendeci ile anlaştığı şekilde ambalajlar ve gönderim şekli bakımından anlaşıldığı üzere ürünü müşteriye kargo yaparak ürün gönderme maliyeti perakendeciye fatura eder<sup>394</sup>. Bu sebeple stoksuz satış modelinde tedarikçinin üstlenmesi gereken en önemli sorumluluk ürünlerin sorunsuz ve hızlı bir şekilde dağıtılmasını sağlamaktadır<sup>395</sup>.

Stoksuz satış yapan perakendeciler, kendi pazar yerlerinde satış yapmakta fakat çoğunlukla elektronik pazar yerlerini satış için tercih etmektedir hatta istatistiklere göre E- ticaret yapan işletmelerin sayısı 548.688 iken bunlardan kendi sitesinde satış yapanların sayısı 15.651 elektronik pazaryerlerinde satış yapanların sayısı ise 533.019'dur<sup>396</sup>. Bu durumun birçok nedeni vardır. Bunlardan ilki elektronik pazaryeri olarak adlandırılan (örneğin Walmart) sitelerin satın alınmak istenen ürüne daha hızlı erişim sağlayan ara yüzlerinin olmasıdır<sup>397</sup>. Bir diğer faydası; stoksuz satış modelinde elektronik pazar yerleri, fiziksel olarak düzenlenmesi gereken rafların aksine, yüz milyonlarca ürünü büyük bir envantere görüntüleme

<sup>391</sup> Ay ve Söylemez, s. 76.

<sup>392</sup> J. Park ve M. Kim, "An empirical study on the relationship Between Dropshipping And Customer Loyalty", Journal Of Business Research, (2019) V. 102, s. 299-308; Y. Yao ve Y. Liu, "Research On Dropshipping Supply Chain Coordination Based On Multiagent", Journal Of Intelligent Manufacturing, (2019), s. 2099-2109.

<sup>393</sup> M. Wethekam ve Breen Schiller, "Drop Shipments in the Digital Age", Journal of State Taxation. 33/4 (2015), s. 29.

<sup>394</sup> Pamela Dolle, "Drop Shipments: Convenient, Complicated, Confusing", Journal of State Taxation. (2008), s. 17.

<sup>395</sup> Karlıoğlu, s. 21.

<sup>396</sup> <https://www.eticaret.gov.tr/istatistikler>. (erişim: 18.04.2024).

<sup>397</sup> Şerafettin Ekici, "Escrow Sözleşmesi". İstanbul: On İki Levha Yayınları, 1. Baskı, 2022, s. 15.

imkânı sunması ve ortalama bir sanal mağaza yaklaşık 100.000 farklı malı listeleyebilmesidir<sup>398</sup>. Elektronik pazaryerlerinden alışveriş yapmanın müşteri bakımından da avantajları bulunmaktadır. Elektronik pazaryerlerinin *Escrow* sözleşmeleri<sup>399</sup> ile müşteriyi koruması veya 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da (TKHK) düzenlendiği gibi hizmet sağlayıcı olarak müşteriye karşı sorumluluğunun olması bu avantajlara örnek gösterilebilir<sup>400</sup>.

Stoksuz satış sisteminde perakendecinin karşısına çıkabilecek iki temel sorun vardır. Bunlardan ilki, sipariş edilen ürünün sözleşmenin başında vaat edilen programa uygunluğu yani tam ve eksiksiz ifa edilip edilemeyeceğidir. Diğer sorun ise göndericinin teslimat işlemlerinin özellikle lojistik açısından ne kadar güvenilir olduğudur. Tedarikçi ürünü doğru bir şekilde paketlemeli, siparişi herhangi bir hata yapmadan teslim etmeli, siparişleri takip etmeli, talimat vermeli ve sipariş yerine getirme bilgisini e-göndericisine bildirmelidir. Stoksuz satış bir tam zamanında tedarik sözleşmesi olduğundan, siparişin ifa zamanına uygun gönderilmesi önemlidir<sup>401</sup>.

E-Ticaret, elektronik ticaretin elektronik ifadesinin “e” olarak kısaltılması ile perakende sektörünün internetteki görünümüne verilen kısa isimdir. Modern hayat ve buna bağlı olarak ekonomi dijitalleştiği için tüm ülkelerden tüketiciler tüketime bağlı işlemlerini elektronik pazar yerleri aracılığıyla gerçekleştirmektedir<sup>402</sup>. Teknolojinin gelişmesiyle ve bununla birlikte dünyanın globalleşmesinin bir neticesi olarak perakende alışverişin şekli değişmiş ve tüketiciler e-ticaret platformlarında ihtiyaçlarına karşılık bulmaya başlamışlardır. Özellikle 2019 yılının sonlarında başlayan Covid-19 virüsü salgını sonrası e-ticaret hacminde çok büyük bir sıçrama yaşanmıştır<sup>403</sup>. Stoksuz satış modelinin yaygınlaşması doğası gereği internet satışlarının yaygınlaştığı döneme dayanmaktadır<sup>404</sup>.

Stoksuz satış modelinin tarihçesine baktığımızda, stoksuz satışın başlangıcının aslında Covid-19 salgını öncesine dayanmakta olduğunu fakat

---

<sup>398</sup> Wethekam, s. 27.

<sup>399</sup> Ekici, s. 18.

<sup>400</sup> M. Hilal Çırkan, “Stoksuz Satış Sözleşmeleri”, Ankara: Yetkin Yayınevi, 1. Baskı, 2024, s. 27.

<sup>401</sup> Orhan Baytekin ve Bilal İspir, “E-ticaret İşleminde Dropshipping Olayı ve Vergilendirilmesi”, Vergi Raporu Dergisi, 6 (2014), s. 45.

<sup>402</sup> Kartaltepe Behram ve Kazımov Rahib, s. 461.

<sup>403</sup> Yuldasheva ve Bakhodir, s. 90.

<sup>404</sup> Azah Jahari, “Online Dropship For Business Transaction In Malaysia: Views From Muslim Scholars”, International Journal Of Islamic Business, (IJIB) 1/1 (2016), s. 15.

Covid-19 salgını akabinde kazanç darboğazına giren özellikle mikro yatırımcıların, e-ticarete risksiz ve düşük sermaye ile adım atmasını sağlayan<sup>405</sup> bir yol olarak daha sık karşımıza çıkmaya başladığını görmekteyiz<sup>406</sup>. Bu nedenle Covid-19 pandemisi döneminde ve sonrasında stoksuz satış hacmi e-ticarette kendine daha büyük pay ayırmıştır. Bütün bunların neticesinde, artan pazar payının hızına bu satış modeli bakımından yapılması gereken hukuki çalışmalar yetişememiş, yerli ve yabancı doktrinde bu alanda hukuki çalışma ihtiyacı devam etmektedir.

## R. Stoksuz Satış Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

Stoksuz satış sözleşmelerinde birbirinden bağımsız tam iki tarafa borç yükleyen (Synallagmatic) iki farklı sözleşme mevcut olup, ilk sözleşmede perakendeci ile tedarikçi ikinci sözleşmede ise perakendeci ile müşteri arasında edimlerin ikamesi borcu doğmaktadır<sup>407</sup>. Tedarikçinin edimi malı perakendeci ile anlaştığı zamanda ve özelliklerde müşteriye eksiksiz teslim etmek iken perakendeci de bu sözleşme ilişkisinde tedarikçiye zamanında para ödeme borcu altına girmektedir. İkinci sözleşmede ise perakendeci müşteriye karşı satıma konu şeyin eksiksiz ve zamanında teslimi borcu altındayken müşteride perakendeciye karşı zamanında para ödeme borcu altındadır. Özellikle tüketicinin müşteri tarafında yer aldığı bir stoksuz satış modelinde, tedarikçi ile perakendeci arasında bir satış sözleşmesi, perakendeci ile tüketici arasında bir tüketici satım sözleşmesi ve bazı durumlarda tüketici lehine tedarikçiye yükümlülük yükleyen başka bir edim ilişkisi söz konusu olabilecektir<sup>408</sup>.

Tedarikçi, çevrimiçi toptan pazar yerlerinde (Alibaba, Amazon, Trendyol, Temu vb.) ürettiği yahut tedarik ettiği ürünler hakkında toptan fiyatlarıyla bilgi vererek, ilk ödemedi sonra malların hemen teslim edilmesini garanti etmektedir. Perakendeci ise malların açıklamasını ve görüntüsünü üreticinin web sitesinden kopyalarak (XML modeli) ve bunları kendi ürünü olarak nispeten daha yüksek bir fiyata aracı (Amazon, Walmart, Hepsiburada, Trendyol vb.) elektronik pazar yerlerine yahut kendine ait elektronik pazar yerinde satışa sunmaktadır. Müşteri, ürünü perakendecinin listeleme yaptığı elektronik pazar yerinden sipariş vererek, ürünün ücretini

<sup>405</sup> Bloomer, s. 1623; Emily West, "Buy Now: How Amazon Branded Convenience and Normalized Monopoly", Amerika Birleşik Devletleri: MIT Press, 2022. s. 40.

<sup>406</sup> <https://worlddef.net/e-ticaret/turkiye-en-cok-pazartesileri-online-alisverisyapiyor/> (erişim: 18.04.2024).

<sup>407</sup> Karşoğlu, s. 7; Çırkan, s. 32.

<sup>408</sup> Karşoğlu, s. 16.

sisteme elektronik ve peşin olarak ödemektedir. Perakendeci, satın alım sonrası tedarikçiyle iletişime geçerek satın alınan ürünün özellikleri, müşterinin teslimat adresi gibi bilgileri aktarmaktadır<sup>409</sup>. Tedarikçi ürünü, perakendeci ile arasındaki hukuki ilişki gereğince, müşterinin adresine gerekli özeni göstererek ve gereken önlemleri alarak göndermek ve gönderinin müşteri tarafından teslim alınmasından sonra, taşıyıcı tarafından sistem üzerinden teslimat bilgileri teyit edilmektedir. Elektronik pazaryeri, teslimat sonrasında ürün bedelinden kendi komisyonunu mahsup ederek geri kalan miktarı perakendeciye ödemekte, bu ödemeyi alan perakendeci ise tedarikçi ile arasında ki sözleşmeye göre kendi kazancını mahsup ettikten sonra geri kalan bedeli tedarikçiye aktarmaktadır<sup>410</sup>.

Stoksuz satış modelinde perakendeci ile müşterinin arasındaki işlemin genellikle tüketici işlemi olduğu ve uluslararası satış sözleşmesine konu olduğu görülmektedir. Sözleşme taraflarından birisinin tüketici olduğu hallerde öncelikle 5718 sayılı Milletlerarası Özel hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK)'un 26. maddesi uygulama alanı bulabilecektir. Sözleşmede müşterinin tüketici sıfatı olmadığı durumlarda sözleşmeye uygun düştüğü ölçüde Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) uygulanabilecek iken, CISG'in uygulama alanı bulunmayan hallerde ise MÖHUK 24. maddesi uygulanacaktır. Perakendecinin ülke içi satın alımlarda, bir bayi olmadığını düşünerek hareket ettiğimizde, yani bağımsız olarak yeniden satış yapıyor olması durumunda tedarikçi ile perakendecinin arasındaki hukuki durum Türk Borçlar Kanunu (TBK) bakımından normal bir satış akdi gibi değerlendirilebileceği gibi üçüncü kişi lehine sözleşme olarak da nitelendirilebilecektir<sup>411</sup>.

Stoksuz satış sözleşmeleri üst bir başlık olarak mülkiyeti devir borcu içeren sözleşmenin alt türü olan satış sözleşmesine bir örnek olarak gösterilebilir. Stoksuz satış sözleşmesi sözleşme taraflarına karşılıklı ve aynı anda ifade bulunma yükümlülüğü yüklediği için tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelere örnek teşkil eder. Stoksuz satış, perakendeci ile nihai müşteri arasındaki çoklu satış sözleşmeleri olan (*Kettenhandel*) zincir ticaret örneklerindedir. Bu zincir çerçevesinde, mallar kararlaştırıldığı gibi doğrudan üretici tarafından nihai müşteriye teslim edilse bile, mülkiyet devri

<sup>409</sup> [https://tr.wikipedia.org/wiki/Stoksuz\\_sat%C4%B1%C5%9F](https://tr.wikipedia.org/wiki/Stoksuz_sat%C4%B1%C5%9F). (erişim: 18.04.2024).

<sup>410</sup> Kartaltepe Behram ve Kazımov Rahib, s. 461.

<sup>411</sup> Çırkan, s. 53.

düzenli olarak gerçekleşir. Stoksuz satış sözleşmesi hukuki nitelendirme olarak Alman öğretisinde, borcun yüklenilmesi, üçüncü kişi lehine sözleşme ve havale ile kavramları ile açıklansa da ülkemizde bu konuda henüz yeterince çalışma mevcut değildir<sup>412</sup>. Sözleşme tarafların işyerlerinin farklı devletlerde bulunması halinde stoksuz satış sözleşmesinin hukuki nitelendirmesi bakımından CISG 31. maddede yer alan gönderme borcu içeren sözleşmelerden olduğu<sup>413</sup>, taraf işyerlerinin her ikisinin de Türkiye’de olması halinde ise sözleşmenin niteliği CISG’de olduğu gibi TBK’da gönderme borcu içeren bir satış sözleşmesinden söz edilebileceği söylenebilecektir.

Stoksuz satış sözleşmeleri bakımından bugüne kadar ülkeler arasında yeknesak bir düzenleme yapılmamıştır. Stoksuz satış ile ilgili bazı ülkeler kendi iç mevzuatlarında düzenlemelere yer vermişse de öğretilerde genel bir düzenlemenin gerekliliğinin hissedildiği ortadadır<sup>414</sup>. Bu bakımdan stoksuz satış ile bağlantılı olarak sözleşmeler, şirketler, rekabet, fikri mülkiyet, vergi ve uluslararası hukuk alanlarında gerekli düzenlemeler yapılmasının yerinde olacağı düşünülmektedir<sup>415</sup>.

#### S. Sözleşmenin Tarafları ve Kurulması

Stoksuz satış modelinde, satılanı devir borcu altına giren kişiye sözleşmenin türüne göre perakendeci/tedarikçi, satın alınan malın bedelinin ödenmesi borcu altına giren kişiye de yine sözleşmenin türüne göre perakendeci/müşteri denilmektedir. Bu modelde, üç köşeli bir ilişki olduğunu görürüz. Bu ilişkide ilk görünümü tedarikçi ile perakendeci arasındaki hukuki ilişki, ikinci görünümü müşteri ile perakendeci arasındaki hukuki ilişki ve son olarak bazı hallerde tedarikçi ile müşteri arasındaki hukuki oluşturmaktadır. Bazı kaynaklarda bu üçlü ilişki, toptancı ile bayi arasında bir satış sözleşmesi, toptancı ile üretici arasında bir başka satış

<sup>412</sup> Achilles, HGB s. 267.

<sup>413</sup> Özge Yenice, “TBK ve Viyana Satış Konvansiyonu Hükümleri Işığında Gönderme Satışı”, İstanbul: Oniki Levha Yayınevi, 2015, s. 37; Zafer Zeytin, “Milletlerarası Satış Sözleşmesi (CISG) Hukuku”. Ankara: Seçkin Yayınları, 3. Baskı, 2019. s. 245.

<sup>414</sup> Zeytin, 246.

<sup>415</sup> Yuldasheva ve Bakhodir, s. 91; Andreas Rühmkorf, “Global Supply Chain Governance: The Search For What Works”, Deakin Law Review, 23 (2018), s. 63.

sözleşmesi ve üreticinin bayiye<sup>416</sup> malı teslimiyle her iki sözleşmeden kaynaklanan borcun ifa edildiği bir sözleşme ilişkisi olarak tanımlanmıştır<sup>417</sup>.

## **11. Stoksuz Satış Modelinin Tarafları**

### *c. Müşteri*

Müşteri, stoksuz satışa konu olan ürünü perakendecinin listelediği pazar yerinden sipariş etmek suretiyle, perakendeciye satın alınan ürünün bedelini ödeme ve satın alınan teslim alma borcu altına giren sözleşme tarafıdır<sup>418</sup>. Stoksuz satışta müşteri, bazen bir bayi (burada ikinci satış- öğretide yeniden satış olarak geçmektedir- söz konusu olabilmektedir) olabilirken bazen de doğrudan tüketicinin kendisi olabilmektedir. Burada müşterinin hukuki statüsü yeniden satım maksadı taşıyıp taşımasına göre belirlenecektir. Yeniden satım maksadıyla hareket etmeyen müşteri bu sözleşmede tüketici sıfatına sahip olacaktır<sup>419</sup>.

### *d. Perakendeci*

Stoksuz satış sisteminde, stoksuz satış modeliyle çalışan işletmeler (perakendeci) yapılan satış sözleşmesinin doğrudan tarafıdır<sup>420</sup>. Stoksuz satış modelinde tedarik zinciri, ilişkinin doğası gereği tedarikçi ile başlamaktadır. Tedarikçi ile müşteri arasında bir aracı mevcuttur ve bu aracı stoksuz satışı gerçekleştirecek olan perakendecidir. Tedarikçinin temel amacı ürünlerini en az maliyetle üretmek ve bir an önce dağıtmak olduğundan, ürünlerin sergilenmesi, marka değeri ve pazarlama konularıyla vakit kaybetmek istemez. Bunun için de tedarikçilerin aracı işletmelere ihtiyaçları vardır<sup>421</sup>.

Stoksuz satış yapan perakendeci (*dropshipper*) müşterinin doğrudan muhatabıdır. Perakendeci kendi ad ve hesabına bu ürünlerin satışını yapmaktadır. Tüm bu sorumluluklar düşünüldüğünde stoksuz satış yapan

---

<sup>416</sup> Karşoğlu, s.41.

<sup>417</sup> Bertram Turner, "Supply-Chain Legal Pluralism: Normativity As Constitutive Of Chain Infrastructure in The Moroccan Argan Oil Supply Chain", The Journal Of Legal Pluralism And Unofficial Law, 48 /3 (2016), s. 386.

<sup>418</sup> Fikret Eren, "Borçlar Hukuku Özel Hükümler", Ankara: Legem Yayınevi, 12. Baskı, 2024, s. 27.

<sup>419</sup> Çırkan, s. 65; Karşoğlu, s. 20.

<sup>420</sup> Karşoğlu, s. 20.

<sup>421</sup> Karşoğlu, s. 41; Karşoğlu'na göre; "Stoksuz satışa ilişkin sorunların çözümü bakımından üç ayrı model oluşturulduğundan bahsedilmektedir." denilmiştir.



işletmeler, stoklama masrafına katlanmak istemediği için tedarikçi firmadan ürünleri toplu olarak satın almamaktadır<sup>422</sup>.

Gerek öneri gerekse öneriye davetin perakendeci tarafından gerçekleştirildiği düşünüldüğünde, stoksuz satışın en aktif tarafının perakendeci olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır<sup>423</sup>. Perakendeci, ürünleri tedarikçi ile arasındaki sözleşme ilişkisine göre elektronik pazar yerlerinde listeleterek müşterinin bu ürünlere ulaşmasını sağlamaktadır. Yine perakendeci müşterinin satın aldığı ürünlerle ilgili ortaya çıkabilecek gereği gibi ifa etmeme gibi hukuki sorunların doğrudan muhatabıdır<sup>424</sup>.

Öğretide yer alan bir görüşe göre; “müşterinin yeniden satım maksadıyla alım yaptığı durumlarda perakendecinin bayi olduğu”<sup>425</sup> savunulmakta olsa da kanaatimizce yenide satım maksadı tek başına bayilik sıfatını taşımaya yetmediğinden her durum için bunu doğru kabul edememekteyiz. Fakat perakendecinin 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) anlamında bayilik unsurlarını karşılaması ve bayi olarak nitelendirilmesi halinde sözleşmesel sorumluluğu değişeceğinden bu ihtimalden de bahsetmekte fayda görmekteyiz. Perakendecinin bayi olması durumunda, perakendeci tedarikçiye karşı, sözleşmenin doğası gereği müşteri hizmetleri sunma, tedarikçinin menfaatlerini koruma, bilgi verme, rekabet etmeme ve sır saklama yükümlülüğü altında olacaktır<sup>426</sup>. Buna karşın bayilik ilişkisinin varlığı halinde, tedarikçinin bayi olan perakendeciye karşı sipariş tesliminin sürekli ve düzenli yapılması, bayii desteği verme yükümlülüğü olacağı açıktır.

Bazı durumlarda stoksuz satış yönteminde, birden fazla perakende işlem ve perakendeci olabilmektedir. Bu üçlü ilişkiye dördüncü hatta beşinci kişi de dahil olabilmektedir. Tedarikçinin ürünü yolladığı ilk perakendeci, ikinci perakendeci adına yahut bağımsız hareket eden bir kişi olabilir. Ancak bu kurgu uygulamada çok sık rastlanan bir stoksuz satış modeli değildir ancak bu şekilde bir perakendeci zinciri olması halinde, müşteri ile arasında haklar ve borçlar bakımından irtibat bulunan perakendeci son perakendeci olacaktır.

Perakendecinin hukuki statüsüne baktığımızda, gerek tedarikçi ile olan sözleşmesel ilişkisi gerek müşteri karşısında güttüğü ticari amaç göz önünde

---

<sup>422</sup> Karşlıoğlu, s. 15; Shi, s. 301.

<sup>423</sup> Park ve Kim, s. 2102; Dolle, s. 17.

<sup>424</sup> Wethekam ve Schiller, s. 29.

<sup>425</sup> Karşlıoğlu, s. 20.

<sup>426</sup> Göктаş, s. 3.



bulundurulduğunda TTK 12. maddeye göre tacir olarak değerlendirilecektir<sup>427</sup>.

e. Tedarikçi

Tedarikçi, stoksuz satışın ana unsurudur. Tedarikçi çoğunlukla mal üretimi yaparak birden çok stoksuz satış modeliyle çalışan işletmeye veya farklı ticari işletmelere ürün tedarik etmekte, perakendeciyi üretme, saklama ve gönderme sorumluluğundan kurtarmaktadır. Tedarikçinin müşteriye karşı sorumluluğu TBK ve TKHK olarak ayrı mevzuatlara göre değerlendirilmelidir. TBK'ya göre tedarikçinin borçlar hukukuna hâkim olan ilkelere "borcun nisbiliği" ilkesi gereğince müşteriye karşı doğrudan bir sorumluluğu olmamakla birlikte<sup>428</sup> stoksuz satış sözleşmesinin, tam üçüncü kişi yararına sözleşme olarak kabul edilmesi halinde, borç ilişkilerinin nisbiliği bakımından istisna oluşturacağı düşünülmektedir<sup>429</sup>. Tedarikçinin müşteriye ve perakendeciyi TKHK ve ilgili mevzuatlardan kaynaklanan sorumlulukları ise ilerleyen başlıklar altında ele alınmıştır.

Stoksuz satış bir e-ticaret modeli olduğundan, potansiyel müşteriler herhangi bir arabirimi, yer ve zaman kısıtlaması olmaksızın ürünü sipariş edebilirler<sup>430</sup>. Tüketici, tedarikçi firma ile stoksuz satış modeliyle çalışan işletmeler arasındaki ilişkiyi biliyor olsun ya da olmasın doğacak tüm uyumsuzluk ve taleplerde stoksuz satış modeliyle çalışan işletmeler ile muhatap olmaktadır. Bu sebeple stoksuz satış modeliyle çalışan tedarikçiler, ticari faaliyette sadece bir aracı rolünde değildir. Nadirde olsa tedarikçi ile perakendecinin arasındaki sözleşme gereği ürün iadeleri müşteri tarafından doğrudan tedarikçiye de yapılabilmektedir ama bu durumda tedarikçinin müşteriye karşı ileri sürebileceği bir hakkın olmadığı ifade edilmektedir<sup>431</sup>.

<sup>427</sup> Cemile Demir Gökyayla, "Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri", 2. Baskı, İstanbul; Vedat Kitapçılık, 2013, s. 126; Haluk Tandoğan, "Borçlar Hukuku Özel Hükümler. Özel Borç İlişkileri, Kendisine Özgü Olan Sözleşmeler, Satış ve Çeşitleri, Trampa, Bağışlama", C. 1, 6. Baskı, İstanbul; Vedat Kitapçılık, 2008, s. 43.

<sup>428</sup> Murat Aydoğdu ve Nalan Kahveci, "Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Sözleşmeler Hukuku", Ankara: Adalet Yayınevi, 6. Baskı, 2023, s. 158; Eren, s. 212; Ahmet Kılıçoğlu, "Borçlar Hukuku Genel Hükümler", Ankara: Turhan Kitabevi, 28. Baskı, 2024, s. 737.

<sup>429</sup> Derya Ateş, "Sözleşme İlişkisinin Kurulmasında ve Borç İlişkisinde Üçüncü Kişi", TBB Dergisi, 151 (2020), s. 352.

<sup>430</sup> Kartaltepe Behram ve Kazımov Rahib, s. 461.

<sup>431</sup> Rell Snyder, "E-Commerce And Supply Chain Management Proceedings Of ASBBS", ASBBS Annual Conference: Las Vegas, 20 / 1 (2013), s. 267. İlgili esere göre "Stoksuz satış sözleşmelerinde üçüncü kişi yararına bir sözleşmenin varlığının kabul edilmesi halinde bu durum söz konusu olabilecektir."

## 12. Stoksuz Satış Sözleşmesinin Kurulması

Stoksuz satış sözleşmesi birkaç adımdan oluşur. İlk adımında tedarikçinin, tedarik sözleşmesine taraf olmayı kabul etmesi yer alır ve yapılan anlaşma gereği tedarikçi satıcıya ürünün dijital fotoğrafını ya da bir numunesini gönderir<sup>432</sup>. Bu bilgilere ek olarak tedarikçi ürünün boyutları, materyali, bedenleri, renkleri gibi teknik özellikleri satıcıya sağlar. İkinci adımda satıcı tedarikçiden aldığı bilgiler doğrultusunda, teknik özellikler ve ürünün dijital fotoğrafı ile XML formatında elektronik pazaryerinde ürünü listeler. Üçüncü adımda alıcı listelenen bu ürünü almakla ilgilenirse doğrudan satıcı ile muhatap olur. Satıcı ile alıcının fiyat ve diğer hususlarda anlaşması durumunda, alıcı ürünün ücretini tamamıyla satıcıya yollar. Dördüncü adımda satıcı, alıcının isim, adres ve diğer gerekli bilgileri ile hangi ürünün satıldığı bilgisini tedarikçiye yollar ve tedarikçiye aralarında anlaştıkları ücreti gönderir. Beşinci ve son adımda tedarikçi satılan ürünü, satıcının kendisine bildirdiği alıcı adresine, satıcının, gönderici olarak isminin yazdığı bir halde gönderir<sup>433</sup>.

Bütün bu işlemlerin elektronik bir ortamda taraflar yüz yüze gelmeden gerçekleştiği göz önüne alındığında sözleşmenin kurulma anı ve yerinin ayrıca incelenmesi önem arz etmektedir. Elektronik ticarete elektronik ortamda herkese açık öneri veya öneriye davet yapılabilir<sup>434</sup>. Bazen işletmelerin çevrimiçi ortamlarında önceden hazırlanan programlara yüklenen veriler kapsamında irade beyanları açıklanabilmektedir. Bu irade beyanlarına otomatikleşmiş irade beyanı denilmektedir<sup>435</sup>. Öğretide yer alan bu görüşe göre; elektronik pazar yerlerinde satış için listelenen ürünlerin satış önerisi olduğunu, sözleşmenin kurulabilmesi için ürünün sepete eklenmesi ve ürün satın alınmasının onaylanması gibi hareketlerin yapılması gerekli olduğu, bu eylemde bir kabul iradesi ortaya konduğu düşünülmektedir<sup>436</sup>. Öğretide başka bir görüş ise bu eylemi öneriye davet olarak nitelendirilmekte,

---

<sup>432</sup> Rani Astutik, "Dropshipper Responsibility In Case Of Damaged Goods In E-Commerce Transactions", Jurnal Penelitan, 19/2 (2022), s. 85.

<sup>433</sup> Jahari, s. 16.

<sup>434</sup> Sefa Reisoğlu, "Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler", Ankara: Beta Yayınevi, 25. Baskı, 2014, s. 6.

<sup>435</sup> Akıncı, s. 68; Necip Kocayusufpaşaoğlu, "Borçlar Hukuku Genel Bölüm C (1) Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme", Ankara: Filiz Kitabevi, 7. Baskı, 2017, s. 179.

<sup>436</sup> Kocayusufpaşaoğlu, s. 180.

perakendecinin ödemeniz alınmıştır şeklinde geri dönüşü ile sözleşmenin kurulduğu ifade etmektedir<sup>437</sup>.

Bu görüşler ışığında kanaatimizce stoksuz satış modelinde, perakendeci ile müşteri arasındaki sözleşmenin kuruluş anı ise satıma konu malın ürünün sepete eklenerek, ürün satın alınmasının onaylanması anıdır<sup>438</sup>. Tedarikçi ile perakendeci arasında ki sözleşme ise perakendecinin tedarikçi ile müşteriye belirlenen ürünün belirlenen zamanda gönderilmesi yönünde anlaşıldığı anda kurulmaktadır. Tedarikçinin ve perakendecinin aynı ortamda olup olmamasına göre sözleşmenin kuruluş anı değişiklik gösterecektir<sup>439</sup>. Perakendecinin elektronik ortamda tedarikçi ile sipariş geldikçe siparişe konu malların siparişte belirtilen alıcı adresine kargolanması yönündeki anlaşması, henüz hiçbir sipariş gelmemiş olsa bile kabul beyanı ile birlikte kurulmuş olacaktır. Perakendecinin tedarikçi ile yalnızca sipariş geldiği zaman iletişime geçerek satıma konu malı müşteri adresine kargolanmasının istenmesi ve perakendecinin bunu kabul etmesi ile sözleşme bu sipariş için verilen kabul beyanı tarihinde kurulmuş olacaktır.

## **VIII. TEDARİKÇİNİN SÖZLEŞMEDEN DOĞAN SORUMLULUĞU**

### **J. Tedarik Kavramı ve Tedarik Sözleşmeleri**

Tedarik, doktrinde araştırıp bulma, sağlama olarak tanımlanmıştır<sup>440</sup>. Tedarik sözleşmesi ise, birden fazla kişi arasında, tedarik konusu şeyin zamanında ve belirlenen bir periyotta, önceden belirlenmiş bir bedelle ve belirlenmiş bir kalitede yerine getirilmesini garanti eden, taraflarına karşılıklı olarak devamlı borç yükleyen, karma nitelikte ve çoğunlukla olarak kurulan hukuksal işlemi tarif etmektedir<sup>441</sup>.

Tedarik sözleşmelerinin konusu, genellikle mal olmak üzere değişik içeriklerden de oluşabilir. Tedarik edilen malın sağlanması, ürün tedariki konusu altına girmektedir. Burada tedarikçi, tedarik sözleşmesi konusu

---

<sup>437</sup> Gökhan Antalya, “*Borçlar Hukuku Genel Hükümler*”, C 1., Ankara: Seçkin Yayınevi, 2. Baskı, 2019, s. 249; Şahin Akıncı, “*Borçlar Hukuku Genel Hükümler*”, Konya: Sayram Yayınları, 2022, s. 71.

<sup>438</sup> Akıncı, s. 68; Kocayusufpaşaoğlu, s. 179.

<sup>439</sup> Akıncı, s. 70; Antalya, s. 248; Fatih Bilgili ve Ertan Demirkapı, “*Borçlar Hukuku Genel hükümler*” İstanbul: Dora Yayıncılık, 18. Baskı, 2024, s. 41.

<sup>440</sup> Astutik, s. 85.

<sup>441</sup> Burcu Uzun, “*Tedarik Sözleşmeleri*”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Yeditepe Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, (2022), s. 6.

ürünü kendisi de üreterek, perakendeciye teslim edebilir ya da başka bir üreticiden alarak, perakendeciye mal sağlama borcunu ifa edebilir<sup>442</sup>. Ürün üretme konulu tedarik sözleşmesinin eser sözleşmesine benzerliği kabul edilmekle birlikte, tedarik sözleşmesinin karma yapısı nedeniyle burada eser sözleşmesi niteliği taşıyan bir tedarik sözleşmesinden değil, ürünü üreterek tedarikini sağlamayı amaçlayan isimsiz sözleşme niteliğinde olan bir tedarik sözleşmesinden söz edildiği belirtilmektedir. Bu görüşü desteklemek için ise Hukuk Genel Kurulu (HGK) tarafından, belirlenmiş bir bedelin karşılığında ebatları belirli olan ve sandık yapmak için satın alınan tahtaların teslim edilmesine ilişkin taahhüdün, üretimin seri şekilde ve makineyle yapılması sebebiyle bir sanat özelliği göstermediği için eser sözleşmesi niteliğinde değil ancak satış sözleşmesi olarak nitelendirilmesi gerektiğine hükmettiği örneği verilmektedir<sup>443</sup>.

En temel anlatımla mal tedarikine dayalı bir sözleşme ilişkisinde tedarikçi; malı tedarik ederek teslim etme borcu altına girmektedir. Tedarikçinin malı anlaşılan özelliklerde ve zamanında teslim etmemesi halinde müşteriye buna bağlı haklarını kullanma imkânı doğacaktır. Bu sebeple tedarik sözleşmeleri açısından, tedarikçinin aksine başka bir anlaşma bulunmuyorsa, sözleşmede belirlenen yerde, belirlenen zamanda edimlerini ifa etmesi gerekmektedir<sup>444</sup>.

Taraflar, tedarik sözleşmesinde ifa yeri olarak alıcının adresini belirlemiş olabilir. Bu durumda ifa yeri her seferinde farklılık arz edecektir. TBK 89. maddesi edimin ifa edileceği yerin, taraflarca açık yahut kapalı irade beyanlarıyla belirlenebileceğini düzenlemiştir. Stoksuz satış modelinde tedarik sözleşmesinin ifa yeri doğası bakımından tedarikçinin iş yerinden başka bir ülkede yer alabilecektir. Bu gibi durumlarda ifa yerinin tespiti hususunun kanuna bırakılması karışıklık meydana getirebileceğinden dolayı, sözleşmede taraflarca ifa yerinin açıkça belirlenmesi özellikle tavsiye edilmektedir<sup>445</sup>.

---

<sup>442</sup> Ekici, s. 15; Ekici, Escrow sözleşmesini “Bir olayın gerçekleşmesine kadar saklanması amacıyla üçüncü bir kişiye teslim edilen ve diğer tarafta imzalanmadıkça, bedeli ödenmiş veya dava düşürülmüş, kararlaştırılmış olan olay yahut koşul gerçekleşmiş yahut ifa edilmiş olmadıkça devri hukuken sonuç doğurmayan yazılı belge” olarak tanımlamaktadır.

<sup>443</sup> Hukuk Genel Kurulu, 2003/15-127 -102 26.02.2003

<sup>444</sup> Uzun, s. 73.

<sup>445</sup> Uzun, s. 73; Yakup Korkmaz, “Tam Zamanında Tedarik Sözleşmesi ve Benzer Sözleşmelerle Karşılaştırılması”. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, (2016), s. 1850.

Tedarik sözleşmesinde ifa zamanı konusunda, tam zamanında tedarik sözleşmelerini incelemekte fayda vardır. Tam zamanında tedarik sözleşmeleri, sözleşme taraflarından tedarikçinin sözleşmenin diğer tarafı olan perakendeci yahut müşteri için sözleşmeyle belirlenen bir malı sağlama taahhüdü altına girdiği, diğer tarafın ise -örneğinizde stoksuz satış yapan perakendeci- belirli bir ücret ödeme borcu altına girdiği sözleşmelerdendir. Genel olarak stoksuz satış modelinde tedarikçi ile perakendeci arasında düzenli üretim ve üretilen malın belirli periyotlarla müşteriye gönderilmesi söz konusu olmaktadır. Bazı hallerde tedarikçi ürettiği malı Amazon FBA sistemi gibi perakendecinin belirttiği ara depolara belirli periyotlarla göndermektedir. Bu özelliği nedeniyle tam zamanında tedarik sözleşmeleri, sözleşme tarafları arasında devamlı bir borç ilişkisi doğuran, sözleşmenin tam iki tarafa borç yükleyen, uzun süreli çerçeve sözleşmelerdir. Tam zamanında tedarik sözleşmeleri genellikle çerçeve nitelik arz ettiğinden belirli bir malın tedariki ve ödeme bilgisini içermemekte<sup>446</sup>, buna karşın bağımsız satışa ilişkin sözleşmelerin, belirli bir talep üzerine, tedarik edileceği zamanı ve tedarik miktarını düzenleyen bilgiler içermektedir<sup>447</sup>. Yani temelde yer alan bu çerçeve sözleşme genel olarak sözleşmenin ifası için taraflara düşen hak ve yükümlülükler belirlenmektedir. Örneğin; sözleşme ile yeni sipariş ile ürünün teslimatında nasıl bir yolun izleneceği, siparişlerin hangi aralıklarla ve hangi zaman diliminde teslim edilebileceği gibi hükümler düzenleme altına alınmaktadır. Bu özelliği göz önüne aldığımızda, tam zamanında tedarik sözleşmelerin, art arda teslimli satış<sup>448</sup> sözleşmelerinin de bir alt türünü oluşturduğunu söyleyebiliriz. Kanaatimizce; stoksuz satış modelinde de tam zamanında tedarik sözleşmesi için ifade edilen ifa zamanı hükümlerinin uygulanması ve ifa zamanına ilişkin ihlal halinde tedarikçinin buna ilişkin sorumluluğuna gidilmesi gerekmektedir.

## **12. Tedarikçinin Hakları**

Tedarikçi, üretme, saklama, gönderme benzeri aktif sorumluluklar altında olan, müşterinin doğrudan doğruya muhatap olmadığı, hakları ve sorumlulukları yalnızca perakendeciye karşı olan stoksuz satış modelinin en önemli üçüncü tarafıdır. Tedarikçinin yer almadığı bir stoksuz satış ilişkisini düşünmek imkânsızdır.

---

<sup>446</sup> Rona Serozan, “Borçlar Hukuku Genel Bölüm- İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme”, İstanbul: On İki Levha Yayınevi, 8. Baskı, 2022, s. 126.

<sup>447</sup> Uzun, s. 89.

<sup>448</sup> H. Mert Doğu, “Ardı Ardına Teslimli Satış Sözleşmesinde Satıcının Ayrıptan ve Zapttan Sorumluluğu”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (2018), s. 505.

Stoksuz satış modeli üçlü bir ilişki içerdiğinden perakendeci sadece müşteriye karşı değil tedarikçiye karşı da yükümlülük altındadır. Perakendecinin tüketici sıfatına sahip olmaması nedeniyle tedarikçiye yükümlülükleri ve ayıbı bildirme külfeti TBK, CISG ve aralarındaki sözleşme ilişkisine göre belirlenecektir<sup>449</sup>. Oysa, müşterinin ayıbı doğrudan tedarikçiye bildirmesi külfeti yoktur<sup>450</sup>. Bu durumun istisnası, perakendecinin tedarikçisiyle ilgili inceleme ve ayıpları bildirme külfetinin genel hüküm ve koşullar aracılığıyla müşteriye devrettiği hallerdir<sup>451</sup>. Perakendeci tacir olmasa bile, tedarikçisine karşı, satın alınan ürünü kendisi teslim almış ve incelemiş gibi muamele görmelidir. Perakendecinin ayrıca muayene ve ayıbı bildirme külfeti gereğince, satın alınan ürünlerdeki herhangi bir maddi kusur veya düşük performansla eşdeğer koşullar hakkında kapsamlı bir şekilde ve mümkün olan en kısa zamanda tedarikçiyi bilgilendirmesi gerekmektedir<sup>452</sup>.

### 13. Tedarikçinin Sorumluluğu

Stoksuz satış modelinde tedarikçi, en basit tanımıyla, perakendeci adına müşteriye ürünü teslim borcu altına giren kişidir. Perakendecinin müşteriye karşı tasarrufu çerçevesinde tedarikçi bir nevi perakendecinin vekili konumundadır, çünkü müşteriye mülkiyetin devrini gerçekleştirecek olan taraf perakendeci adına tedarikçidir<sup>453</sup>.

Uygulamada tedarikçinin ürünü müşteriye genellikle deniz aşırı bir şekilde kargoladığı görülmektedir. Bu halde basit haliyle bir taşıma ve teslimden ziyade daha kapsamlı uluslararası ticari bir işten söz edilebilecektir<sup>454</sup>. Gönderilen ürünün türüne göre gümrük mevzuatları uyarınca taşıma öncesi ve taşıma sırasında genel bir muayene genellikle şart koşulmaktadır<sup>455</sup>. TBK 223. maddesine göre de incelemenin ayıbın açık olduğu durumlar dışında aşamalı olarak yürütüldüğü unutulmamalıdır<sup>456</sup>.

<sup>449</sup> Çırkan, s. 84.

<sup>450</sup> Akıncı, s. 213.

<sup>451</sup> Cevdet Yavuz, "Özellikle Tüketicinin Korunması Sorunu Bakımından Satıcının Satılanın Ayıplarından Sorumluluğu", İstanbul: Beta Yayınevi, 1989, s. 110; Tandoğan, s. 177.

<sup>452</sup> Korkmaz, s. 1846; Hayriye Doğramacı, "Çerçeve Sözleşme Kavramı, Çerçeve Sözleşmelerin Amacı ve Ekonomik Fonksiyonu", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 30 /3 (2022), s. 1043-1077; Hayriye Doğramacı, "Çerçeve Sözleşmeler", Yayınlanmamış Doktora Tezi, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Eskişehir, 2010, s. 31.

<sup>453</sup> Korkmaz, s. 1849, HGB (Alman Ticaret Kanunu) §929, Ateş, s. 344; Kılıçoğlu, s. 708.

<sup>454</sup> Achilles, § 270.

<sup>455</sup> Achilles, § 270.

<sup>456</sup> Semih Yünlü, "Türk Borçlar Kanunu Hükümlerince Satıcının Ayıp sorumluluğu Bakımından alıcının külfetleri", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 25/1 (2019), s. 333.

Malların perakendecinin anlaşmalı olduğu taşıma şirketleri ile nakliye etmek amacıyla teslim alınmasında, malları incelemek ve sağlanan belgelere dayanarak malların miktarını ve cinsini kontrol etmek yeterlidir. Bahsi geçen mal kalite özellikli bir mal ise ve kalitesi laboratuvar incelemesi sonucu belirlenebiliyor ise perakendecinin malı teslim alır almaz, üründen test edilebilir bir numune alması da gerekli olabilmektedir<sup>457</sup>.

Tedarikçinin doğal olarak ilk hakkı sattığı ürünün bedelinin zamanında ve eksiksiz ödenmesidir. Tedarikçi bu hakkını ancak perakendeciden talep edebilecektir. Çünkü tedarikçiye bu hakkı sağlayan sözleşme perakendeci ile tedarikçi arasında tesis edilmektedir.

Tedarikçinin hukuki işlemdeki pozisyonunu değerlendirdiğimizde, TBK m 129 hükmünce üçüncü şahıs lehine sözleşmede, üçüncü kişi lehine işlem yapmak zorunda olan yani malı perakendeci adına müşteriye teslim etmek zorunda olan sözleşme tarafıdır<sup>458</sup>. Bu durumda müşterinin ve perakendecinin üçüncü kişi yararına sözleşmeden kaynaklanan, malın teslim edilmesine ilişkin haklarını kullanabilmesi sözleşmenin doğası gereği mümkündür. Tedarikçi müşteriye karşı tam ve zamanında teslim ile yükümlü olduğu gibi perakendeci ile arasındaki hukuki ilişki gereği perakendeciye karşı da mesuldür.

Stoksuz satışta tedarikçiyi yalnızca perakendeci ile arasında satış sözleşmesi bulunan ve aralarındaki sözleşme gereği teslimin başkasına ve stoksuz perakendecinin adresinden başka bir adreste yapma yükümlülüğü olan bir kişi olarak da düşünebiliriz. TBK'ya göre perakendeci ile tedarikçi arasında ki sözleşmede *borçların nisbiliği* ilkesi gereğince ayıp olması halinde tedarikçi yalnızca perakendeciye karşı sorumludur<sup>459</sup>. Ancak müşterinin tüketici olması halinde 6502 sayılı TKHK, Satış Sonrası Hizmetleri Yönetmeliği 14'üncü maddesi ve Garanti Belgesi Yönetmeliği 5'inci maddesi gereğince tedarikçi üründe ki ayıptan bazı hallerde müşteriye karşı doğrudan sorumludur<sup>460</sup>.

Tedarikçinin perakendeciye karşı sözleşmesel yükümlülüğü, tam zamanında tedarik sözleşmesi ile açıklanabilir ancak belirli nedenlerle stoksuz satış sözleşmelerinin tedarikçi ile perakendeci arasında bir satış

---

<sup>457</sup> BGB § 929.

<sup>458</sup> Doğu, s. 90; Uzun, s. 89; Korkmaz, s. 1850.

<sup>459</sup> Bkz. Dipnot 50.

<sup>460</sup> Aydoğdu ve Kahveci, s. 203, 211, 212; Hamza Er, "Türk Hukuku'nda Üreticinin ve İthalatçının Satım Sözleşmesinde Ayıptan Sorumluluğu", TAAD, 38 (2019), s. 280.



sözleşmesi oluşturduğu düşüncesindeyiz. Bu nedenle tedarikçi, perakendeciye karşı satış sözleşmesinin hükümlerine göre sorumludur.

#### 14. *Ayıplı Mal Kavramı ve Tedarikçinin Ayıptan Doğan Sorumluluğu*

Perakendeci ile tedarikçi arasındaki sözleşmenin adi satışa konu ulusal bir sözleşme olması yahut milletlerarası satıma konu olmakla birlikte MÖHUK 24. maddesi gereğince, TBK'nın sözleşmeye uygulanacağı taraflar tarafından belirlenmişse TBK'nın ayıba ilişkin hükümleri sözleşmede uygulanacaktır. TBK 217 ile 231. maddeleri arasında satış sözleşmelerinde ayıp ve ayıba bağlı sonuçlar düzenlenmiştir. TBK 227. maddesinde alacaklıya ayıba bağlı seçimlik haklar tanınmıştır.

Seçimlik haklar, satılan malın ayıplı olmasından ötürü bozulan sözleşme dengesinin yeniden inşası için, alıcıya tanınmış haklardandır<sup>461</sup>. Seçimlik haklar inşai nitelik taşırlar ve söz konusu haklar, ikinci fıkrada açıklanan sözleşmeden cayma veya malın ayıpsız bir şekilde değiştirilmesi haklarına dönüştürülebilirler. Bu hakların özelliği kullanıldıktan sonra geri dönülemez olmalarıdır. Dolayısıyla seçimlik haklardan vazgeçmek mümkün değildir. Buradaki seçimlik hakları TBK 125. maddesinde yer bulan seçimlik haklarla karıştırmamak gerekmektedir. TBK 125. maddesi borçlunun temerrüdü halini düzenlemiştir. Bu maddeye göre borçlunun, alacaklının kendisine verdiği süre içerisinde borcunu ifa etmesi ve gecikme nedeniyle alacaklıya bir tazminat ödemesi gerekmektedir. Öte yandan alacaklı borcun ifasından vazgeçerek, sözleşmeden dönme ve buna bağlı müspet zararının giderilmesini de talep edebilir. TBK 227. maddesinde ise alıcının seçimlik hakları, satılanı geri vermeye hazır olduğunu bildirerek sözleşmeden dönme, satılana ayıp oranında satış bedelinden indirim talep etme<sup>462</sup>, satılanın ücretsiz olarak onarılmasını isteme ve imkân varsa satılanın ayıpsız benzeri ile değiştirilmesini isteme olarak sayılmıştır. Maddeye göre, alıcı seçimlik haklarını belirli sınırlamalarla kullanılabilecektir. Satıcı burada, alıcının seçimlik haklarını kullanmasını engelleyerek aynı ürünün ayıpsız bir

<sup>461</sup> Mehmet Şengül, "Seçimlik Borçlara İlişkin Temel Özellikler ve Seçimlik Borçların İfası". Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, XV/3-4 (2011), s. 207-48; Serra Kocar, "Ticari Satış Sözleşmesi ve Ticari Satışta Ayıp Sorumluluğu", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018, s. 13. İlgili esere göre bu ayrımın ortaya çıkmasındaki ana neden "TBK'da satıcının temerrüdüne ilişkin düzenlemesidir. TBK m. 212'ye göre, ticari satışlar için özel bir düzenleme yapılmıştır. Buna göre, zilyetliğin devredilmesi için bir süre belirlenmiş olan ticari satışlarda, satıcının temerrüde düşmesi durumunda, bakımından devir isteğinden vazgeçtiğinin kabul edilerek borcun ifa edilmemesinden doğan zararının giderilmesini talep ettiği kabul edilmektedir."

<sup>462</sup> Hartmuth Oetker, HGB (8.Baskı, C.H.Beck, 2024) § 377, § 261.



benzerini verebilir yahut ayıplı üründen kaynaklanan zararı giderebilir. Alıcı, bu madde kapsamındaki seçimlik haklarından dönme hakkını kullandığında dönme haklı bir sebep oluşturmuyorsa hâkim müdahale ederek ürünün onarılmasına veya satış bedelinin indirilmesine karar verebilir<sup>463</sup>. Yine, alıcının seçimlik haklarını kullanmasından satılan malın değeri ile ilgili sınırlamalar vardır. Satılan malda ki eksiklik çok fazla değilse, alıcı seçimlik haklarını tamamen kullanamaz.

Seçimlik haklar, tek taraflı bir irade beyanı ile kullanılmaktadır. Seçimlik hakların alıcı tarafından kullanılması için satıcının kusurunun aranmadığı gibi onayı ya da kabulü de gerekmemektedir<sup>464</sup>. Yenilik doğuran hak niteliğinde olan seçimlik hakların terditli olarak kullanılması da mümkün değildir<sup>465</sup>. Olağan durumda seçimlik haklar bir kez kullanılabilir<sup>466</sup> ancak malın süresi garanti süresi içerisinde tekrar arızalanması, malın onarım süresinin aşılması, malın onarımının mümkün olmaması gibi durumlarda istisnai olarak seçimlik haklar ikinci kez kullanılabilir<sup>467</sup>. Seçimlik hak değiştirilemez, tüketici seçimlik hakkını yapmış ve bu seçimi yerine getirmişse bu aşamadan sonra seçimden dönerek başka bir seçim yapamaz<sup>468</sup>. Alıcı belirli bir seçimlik hakkı seçime zorlayamaz<sup>469</sup>. Seçimlik hakkı kullanabilmek için ayıbın niteliği belirlenmelidir<sup>470</sup>. Alıcının satıldandaki ayıbı gözden geçirme<sup>471</sup> ve süresinde satıcıya bu ayıpları bildirme külfeti altında olduğundan, bu külfeti yerine getirmediği için özel hükümlere göre hakkını

<sup>463</sup> M. Akif Tutumlu ve Özge Tutumlu, “*Ayıplı Mal Hukuku*”, Ankara: Seçkin Yayınları, 2. Baskı, 2023, s. 179.

<sup>464</sup> Cemile Turgut, “*Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Satış Sözleşmesinde Ayıp Nedeniyle Bedelde İndirim Hakkı*”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 75 /1 (2021), s. 455.

<sup>465</sup> 15. Hukuk Dairesi 2013/5819 “*Bu metinde davacının seçimlik hakkının uyuşmazlığa uygun düşmediği durumlarda, bilirkişi raporuna göre kabul edilen seçimlik hakkın kullanılması gerektiği belirtilmektedir. Mahkemenin, davacının ücretten indirim yapılması yönündeki seçimlik hakkını kullanması gerektiği yönündeki talebini kabul etmeyip, dönme seçeneğini tercih ettiği için davanın reddedilmesinin doğru olmadığı vurgulanmaktadır. Bu nedenle kararın bozulması gerektiği sonucuna varılmaktadır.*”.

<sup>466</sup> Harun Demirbaş, “*Yenilik Doğuran Haklar*”, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 1. Baskı, 2007, s. 75.

<sup>467</sup> Yargıtay 13 Hukuk Dairesi, 2019/6097 14.05.2019.

<sup>468</sup> Yargıtay 13 Hukuk Dairesi, 2019/7352 18.06.2019.

<sup>469</sup> Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2016/542 20.04.2016.

<sup>470</sup> Vedat Buz, “*Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar*”, Ankara: Yetkin Yayınevi, 2005, s. 258.

<sup>471</sup> Yargıtay 13 Hukuk Dairesi, 2010/5933 29.04.2010.

kaybetmiş olsa da yine de genel hükümlere dayanarak seçimlik hakkını talep edebilmelidir<sup>472</sup>. Bu durum, adalet dengesi açısından da uygundur<sup>473</sup>.

Seçimlik haklardan birisi olan alıcının sözleşmeden dönmesinin hukuki sonucu sözleşmeyi sona erdirerek, tasfiye sürecine sokmasıdır<sup>474</sup>. TBK 229. maddesi dönmeye bağlı tasfiye süreci düzenlenmiş ve satış sözleşmesinden dönen alıcının, satılanı, ondan elde ettiği yararları ile ya geri vermekle yükümlü olduğunu hüküm altına almıştır. Bununla birlikte alıcı satıcıdan, alıcının ödemiş olduğu satış bedelinin faiziyle birlikte geri verilmesi, alıcının yapmış olduğu yargılama giderleri ile satılanın saklanması için yapmış olduğu giderlerin ödenmesi, ayıplı maldan doğan doğrudan zararların giderilmesi talep edebilecektir.

TBK 229/2. maddesi, satıcının ayıptan sorumlu olduğu süre boyunca alıcının diğer zararlarını da gidermekle yükümlü olduğunu ancak ayıbın meydana gelmesinde satıcının herhangi bir kusuru yoksa satıcının sorumluluğunu gidilemeyeceğini düzenlemiştir.

TBK, ayıplı malın neden olduğu seçimlik hakların kullanımı için zaman aşımı öngörmüştür. TBK 231. maddesi, satıcının daha uzun bir süre için taahhüt altına girmemesi halinde, ayıptan doğan sorumluluğuyla ilgili zamanaşımı süresini iki yıl olarak düzenlemiştir. Burada dikkat edilmesi gereken husus satılan malın ayıbı daha sonra ortaya çıksa bile, alıcının malı devralmasından itibaren iki yıl geçtikten sonra hakların kullanımının zamanaşımına uğrayacağıdır<sup>475</sup> ancak, satıcı, satılanı ayıplı olarak devretmekte ağır kusurlu ise, iki yıllık zamanaşımı süresinden yararlanamayacaktır<sup>476</sup>.

Alıcının TBK hükümlerine göre sözleşmeden dönme hakkını kullanmasından sonra alıcının birtakım yükümlülükleri vardır. TBK 229/1

---

<sup>472</sup> Tutumlu ve Tutumlu, s. 197.

<sup>473</sup> Tutumlu ve Tutumlu s. 200.

<sup>474</sup> Yargıtay 13 Hukuk Dairesi, 2014/16687 29.05.2014. İlgili kararda "Bu maddenin gereği olarak, satın aldığı malı işlerin normal seyrine göre, imkân olur olmaz incelemeli ve satıcının sorumluluğunu gerektiren bir ayıp tespit ettiği zaman bunu satıcıya hemen (uygun süre içinde) bildirmelidir. Bu ihmal edilirse, satılan mal kabul edilmiş sayılır. Ancak, satılan maldaki normal bir inceleme ile tespit edilemeyen bir ayıp varsa ve bu ayıp daha sonra ortaya çıkarsa, yine bu ayıbı satıcıya hemen bildirmediği takdirde satılan malı bu ayıpla kabul etmiş sayılır. Borçlar Kanunu'nun 198. Maddesi (6098 sayılı B.K.'nin 223. maddesi), belirtilen süre içinde bildirilmeyen ayıplar için dava açılmayacağını öngörmektedir." hükmü yer almaktadır.

<sup>475</sup> Ömer Ergün, "Borçlar Hukuku (Özel Hükümler) Ders Notları", Ankara: Seçkin Yayınları, 2. Baskı, 2023, s. 84.

<sup>476</sup> Özlem Acar, "Satıcının Ayıptan Doğan Sorumluluğu", İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 13/2 (2020), s. 116.

maddesi gereğince dönme iradesinin kullanılmasından sonra ayıplı malın iade edilmesi gerekmektedir. Alıcı ayıplı malı tüm faydalarıyla birlikte satıcıya iade etmelidir<sup>477</sup>. Alıcının kullanım yaptığı sürenin bedelini ya ödeyip ödemeyeceği öğretide tartışmaya konu olan bir durumdur. TBK 229. maddesi kullanım bedelinin satıcıya ödenmesi gerektiği düzenlemesine yer vermiştir<sup>478</sup>. Bu kullanım bedelinin tüketici sözleşmeleri bakımından alınmaması gerektiği yönünde görüş bildiren yazarlar vardır<sup>479</sup>.

Ayıba karşı tekeffül sorumluluğu alıcının, satılanın hasarın geçtiği anda satıcıya bildirdiği veya dürüstlük kuralı gereği ondan beklenen gerekli özellikleri taşımasından dolayı sorumlu olmasıdır<sup>480</sup>. TBK m. 229/1 alıcının malın zilyetliğini elde edemediği durumlarda da satıcıya karşı ayıba ilişkin hakların ileri sürülebileceğini düzenlemiştir. Buna göre teslim gerçekleşmediği için alıcının ayıbı bildirmesi için gereken, muayene ve gözden geçirme ve ihbar yükümlülüğü için zamanaşımı malın zilyetliğinin devrinden sonra başlayacaktır.

Kanun koyucu, alıcının seçimlik haklarını kullanması haricinde TBK 227/2'de belirtilen diğer tazminat haklarından da yararlanabileceğini düzenleme altına almıştır. Bu tazminat talebi alıcının seçimlik haklarla birlikte kullanılabilir gibi ayrı olarak da talep konusu yapılabilmektedir<sup>481</sup>. TBK 227/2 gereğince alıcıya tanınan tazminat hakkının bir benzeri TKHK 11/6. maddesinde yer almıştır. Bu düzenlemeye göre de tüketici, malın ayıplı olmasından kaynaklanan tazminat hakkını, belirtilen seçimlik haklarla birlikte kullanabileceği gibi, bağımsız olarak ileri sürebilir. Ancak TKHK kapsamında tüketicinin manevi tazminat talepleriyle ilgili özel bir

---

<sup>477</sup> Şeyda Karaahmetoğlu, "Türk Borçlar Kanunu'na Göre Satıcının Ayıptan Sorumluluğunda Alıcının Sözleşmeden Dönme Hakkı", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 11/145 (2016), s. 949.

<sup>478</sup> Tutumlu ve Tutumlu, s. 228.

<sup>479</sup> Yeşim M. Atamer ve Murat İnceoğlu, "Satış Sözleşmesinde Tüketicinin Seçimlik Hakları ve Avrupa Birliği Hukuku ile Uyum Sorunu" İstanbul: Otomotiv Distribütörleri Derneği, 2012, s. 17; Yargıtay 13 Hukuk Dairesi, 2013/6756-17624 T. 26.06.2013.

<sup>480</sup> Ahmet Karakocalı ve Ali Suphi Kurşun, "Tüketici Hukuku", İstanbul: Aristo Yayınevi, 1. Baskı, 2015, s. 68; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2005/391 22.06.2005.

<sup>481</sup> Ömer A. Atasoy ve Hanife Özgül, "Ticari Satış Sözleşmelerinde Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu Bağlamında Ayıp İhbarında Şekil ve İspat Sorunu", İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 3/1 (2017), s. 7; Ahmet Türkmen, "Tüketici İşlemlerinde Ayıplı Mal ve Hizmetten Doğan Seçimlik Hakların Tabii Olduğu Zamanaşımı ve Bunun Garanti Taahhütleriyle İlişkisi", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 16 (2014), s. 3399.

düzenlemeye yer vermeyen kanun koyucu, bu konuda genel hükümlere atıfta bulunmayı tercih etmiştir<sup>482</sup>.

Bir işin ticari olup olmadığı, TTK 3 ve 19. maddeleri göz önünde bulundurulurken belirlenmelidir. Ticari satış sözleşmesi, konusu bir ticari iş olduğundan, adi ve tüketici sözleşmelerinden farklı olarak ticari hükümlere tabi olacaktır<sup>483</sup>. Ticari satış, genellikle bir kişinin mesleki faaliyetleri kapsamında tekrar satmak veya işletmesinde üretim amaçlı satın aldığı malları içeren bir satış şeklidir. Ticari satış sözleşmeleri, adi veya tüketici satış sözleşmelerinden unsurlar açısından farklı değildir<sup>484</sup>. Bu durumda stoksuz satış modelinde alıcının tacir olması durumunda ticari satıştan söz edilecektir. Ticari bir sözleşmenin varlığı durumunda, satıcının ayıp sorumluluğu TTK 23/1-c hükmüne göre TBK hükümlerine göre gerçekleştirilecektir. TTK 23/b hükmüne göre ise tacirler için hakların kullanımı bakımından daha sınırlı bir süre öngörülmüştür. Buna göre tacirler arasında gerçekleşen satışlarda, malın tesliminde açıkça ayıbın anlaşıldığı durumlarda, alıcı iki gün içinde satıcıya durumu bildirmekle yükümlüdür<sup>485</sup>. Buna karşın ayıp açık değilse, alıcının malı teslim aldıktan sonra sekiz gün içinde malı incelemesi veya incelettirmesi gerekmektedir. Eğer bu inceleme sonucunda malın ayıplı olduğu ortaya çıkarsa, alıcının haklarını korumak için bu durumu satıcıya ihbar etmesi gerekmektedir. TTK 23/1-c, ticari satışlarda ayıbı üç şekilde tasniflemiştir. Açıkça belli ayıplar, satış sırasında muayeneye gerek olmadan açık bir şekilde belirgin olan ayıplardır<sup>486</sup>. Satıma konu bilgisayarın plastiğinin kırık olması bu duruma örnek gösterilebilir. Bu tür bir ayıbın varlığı durumunda, ya iki gün içinde durumu bildirmek zorundadır. Açıkça belli olmayan ayıplar ise, satış sırasında açık olmayan ancak makul bir inceleme ile tespit edilebilecek ayıplardır<sup>487</sup>. Örneğin, satıma konu tablet

<sup>482</sup> Elif Polat, "Borçlar-Ticaret ve Tüketici Hukuku Bakımından Ayıplı Mal Kavramının İncelenmesi". Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, 8/1 (2022), s. 225; Miray Özer Deniz ve İdil Nur Gürbüz Gökberk, "Tüketicinin Ayıplı Hizmet Halinde Manevi Tazminat Talebi", TAAD, 53 (2023), s. 434; Yargıtay 15 Hukuk Dairesi, 2018/1512 11.4.2018. İlgili kararda "...düğün sırasında çekilen kamera kayıtlarının bozuk olması sebebiyle ortaya çıkan eserin ayıbının önemli ve kabul edilemez olduğunu ve bu nedenle gelin ve damadın ayrı ayrı manevi tazminat istemini davayı kabul etmiştir."

<sup>483</sup> Polat, s. 217.

<sup>484</sup> Hasan Ayrancı ve Fahrettin Aral, "Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri", Ankara: Yetkin Yayınevi, 16. Baskı, 2023, s. 72.

<sup>485</sup> Mustafa Ünlütepe, "Taşınır Satış Sözleşmesinde Satıcının Ayıptan Sorumluluğu Bakımından Gözden Geçirme ve Bildirim Külfetinin Yerine Getirilmesinin Tabi Olduğu Süreler", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 24/1 (2018), s. 299.

<sup>486</sup> Kübra Yıldız, "Satış Sözleşmelerinde Ayıp Bildirimi", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2019, s. 66.

<sup>487</sup> Eren, s.113.

cihazının şarj girişinin bozuk olması. Böyle bir ayıbın varlığı halinde, malı teslim aldıktan sonraki sekiz gün içerisinde alıcı malı incelemeli veya incelettirmeli ve ayıbın varlığını tespit ettiği durumda satıcıya ihbar etmelidir. Gizli ayıplar ise, ilk etapta yahut olağan muayene ile tespiti mümkün olmayan ayıplardır<sup>488</sup>. Dizüstü bilgisayarın fanının belirli bir çalışma süresinden sonra ses yapması buna örnek gösterilebilir. Gizli ayıbın fark edildiği anda alıcı satıcıya ayıbı derhal bildirmekle yükümlüdür. Ticari satışlarda, ayıbın bildirilmesi için gerekli olan zamanaşımı süresi, teslim tarihinden başlamaktadır. Gizli ayıplarda, ayıp teslimden çok sonra ortaya çıksa bile zamanaşımı süresi yine teslimle başlamaktadır<sup>489</sup>. Ticari satışlarda, ayıpların ihbar ve ihtarı için bir şekil şartı bulunmamaktadır<sup>490</sup>. Bütün bu nedenlerle tedarikçi ile perakendeci arasındaki sözleşme ilişkisinin niteliği göz önüne alındığında, ticari satıma konu edilen malın ayıbında iç hukuk bakımından TTK hükümlerinin uygulanabileceği ve sürelerin perakendeci bakımından dezavantajlı olduğunu belirtmemiz gerekmektedir.

Sözleşmenin milletlerarası mal satışına konu bir sözleşme olması ve CISG'in uygulama alanında kalması durumunda, gereği gibi ifa etmeme hükümlerine bakmamız icap edecektir. CISG 35. maddesi malın teslim edilmemesi halinde alıcıya CISG 45 vd. maddelerince haklarını kullanması için yetki vermektedir. CISG, satıcının ayıptan kaynaklanan sorumluluğunu "Malların Sözleşmeye Uygunluğu ve Üçüncü Kişilerin İddiaları" başlıklı ikinci bölümünde 35-44. maddeleri arasında düzenlemiştir. CISG, genel olarak Türk hukuku ile benzer bir şekilde kusurdan bağımsız olarak satıcının sorumluluğunu düzenlemektedir. Ancak CISG, Türk hukukundan farklı olarak, ayıp ve zapta karşı tekeffülü aynı kapsamda düzenlemiştir<sup>491</sup>. Buna göre, alıcının satıcıya malların sözleşmeye aykırılığını bildirmesi için en fazla iki yıllık bir süresi vardır. Alıcı bu süre içerisinde bildirim yapmazsa, sözleşmeye aykırılıktan kaynaklanan haklarını ileri sürme hakkını kaybedecektir. Yine de bu süre sözleşmede belirtilen garanti süresinden daha kısa olamaz. Satıcının ayıba karşı sorumluluğu bu iki yıllık süre ile sınırlandırılmıştır<sup>492</sup>. Bu iki yıllık süre, malın teslim tarihinden itibaren

<sup>488</sup> Yargıtay 14 Hukuk Dairesi, 9832/10921 25.09.2012.

<sup>489</sup> Aydoğdu ve Kahveci, s. 113.

<sup>490</sup> Polat, s. 217.

<sup>491</sup> Hilal Lale Ayhan, "Birleşmiş Milletler Viyana Satış Sözleşmesi'ne Göre Uluslararası Satış Sözleşmelerinde Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 15/2 (2021), s. 3.

<sup>492</sup> Şengül, s. 11; Şükran Şıpka ve Ahmet Cemil Yıldırım, "Yeni Türk Borçlar Kanunu ve CISG'e Göre Satış Sözleşmeleri", İstanbul: On İki Levha Yayınevi, 1. Baskı, 2012, s. 260.

başlar<sup>493</sup>. CISG'de belirtilen iki yıllık süre, zorunlu değildir, yani taraflar bu süreden daha uzun veya kısa bir süre belirleyebilirler<sup>494</sup>.

CISG, ayıplı ifayı sözleşmeye aykırılık olarak tanımlamış, sözleşmeye aykırılık durumunda hangi hukuki sonuçların uygulanacağı hususunda CISG aykırılığın türü değil aykırılığın ağırlığını ölçü almıştır. Alıcının, malın ayıplı olması durumunda kullanabileceği seçimlik haklar, CISG'in 46 ile 52. maddeleri arasında (hem ayıba hem de zapta karşı tekeffül sebebiyle doğan haklar bir arada) düzenlenmiş buna ek olarak alıcının ayıp nedeniyle doğrudan zarar gördüğü durumlarda CISG 74 ile 77. maddeleri uyarınca satıcıdan tazminat talep etme hakkı da güvenceye alınmıştır<sup>495</sup>. Düzenlemeler, sözleşmenin ihlalinin esaslı bir ihlal olması durumunda alıcının malın misliyle değiştirilmesini isteyebileceği gibi sözleşmeden dönme hakkını içermektedir. TBK 106. maddesinde ifanın yerine tazminat hakkı düzenlenmiştir. Buna göre alıcının tazminat hakkını ileri sürebilmesi için sözleşmeden dönmesi şart değildir. CISG'e göre ise sözleşmeden dönmeyen tazminat talep etme hakkı ileri sürülemeyecektir<sup>496</sup>. Bunun içinde sözleşmenin esaslı olarak ihlal edilmiş olması gereklidir. TBK 106. maddesi alıcının bu tazminatı talep edebilmesi için kusur şartı aramaktayken, CISG tazminat ödenmesi için kusur şartı aramamaktadır<sup>497</sup>.

CISG 46. madde sözleşmeye aykırılık halinde mallar sözleşmeye uygun değil ise ve bu aykırılık esaslı bir aykırılık teşkil ediyorsa CISG 39. maddede yer alan bildirim yapılmak ve makul bir süre vermek koşuluyla satıcıdan malın misliyle değiştirilmesini<sup>498</sup> veya mallar sözleşmeye uygun değil ve satıcıdan sözleşmeye aykırılığın onarım yoluyla giderilmesini istenebiliyorsa

<sup>493</sup> AB Tüketiciler Satışlarına İlişkin Direktif, TKHK m. 4, TBK m. 236, TTK' da iki yıllık süre benimsenmiştir; Atamer, s. 216; Şıpka, s. 265. İlgili eserde Şıpka "İki yıllık sürenin başlangıcı fiilen malın teslim alındığı andır. Fiili teslimden önce alıcının malik olması ya da riskin ya geçmesi iki yıllık sürenin başlangıcını etkilemeyeceğini" ifade etmiştir.

<sup>494</sup> Acar, (ayıp) s. 41; CISG m. 40'a göre; "...satıcının ayıpları bilmesi veya bilmesinin gerektiği durumlarda, bunları bildirmemesi hâlinde, satıcı iki yıllık sürenin geçtiğini ileri sürmeyecektir."

<sup>495</sup> Hayrunissa Özdemir, "Türk Borçlar Kanunu ve Viyana Satış Sözleşmesine Göre Ayıptan Doğan Sorumluluğun Şartları", Ankara: Yetkin Yayınevi, 1. Baskı, 2013, s. 97.

<sup>496</sup> Şebnem Akipek Öcal, *Viyana Satış Antlaşması (CISG)*, Ankara: Yetkin Yayınları, 1. Baskı, 2020. s. 359. İlgili eserde menfi zararın tazmini şu şekilde ifade edilmiştir "CISG sisteminde sözleşmenin ortadan kaldırılması halinde yalnızca menfi zararın tazmin edilmesi kabul edilmemektedir. Aksine kural müspet zararın tazminidir. CISG sözleşmenin ortadan kaldırılması ve ifadan vazgeçme halinde tazminat haklarını ayırmamaktadır."; Zeytin, s. 331. İlgili eserde Zeytin "Alacaklının ifaya engel olması durumunda CISG m. 79'daki gibi CISG m. 80'e göre tazminat alamaması durumu ortaya çıkacaktır." ifadesine yer vermiştir.

<sup>497</sup> Yavuz Dayıoğlu, "CISG Uygulamasında Sözleşmenin İhlali Halinde Alıcının Hakları ve Özellikle Tazminat Talep Etme Hakkı", İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, 2011, s. 173.

<sup>498</sup> Yıldız, s. 122.

yapılacak bildirim ve bildirim sonrası verilecek makul bir sürede onarım talebinin ileri sürülebileceğini düzenlemektedir. CISG 49. madde gereğince satıcının anlaşmada ki yükümlülüğü yerine getirmemesi halinde ve bu aykırılığın esaslı bir aykırılık oluşturması halinde alıcı sözleşmeden dönebilecek, CISG 50. maddeye göre malların sözleşmeye uygun olmaması halinde, bedel ödenmiş dahi olsa fiilen teslim edilen malların teslim tarihindeki değeri ile sözleşmede anlaşılan malların değeri arasındaki farkın satış bedelinden indirilmesini talep edebilecektir.

Alicının, CISG'de yer alan ayıp nedeniyle doğan seçimlik haklarının yanı sıra, kendi ülkesinde uygulanan ve bu haklarla çatışmayan haklardan da yararlanma hakkı vardır<sup>499</sup>. Burada dikkat edilmesi gereken alıcının birden fazla seçimlik hakkını kullanabilmesi için, kullanacağı hakların nitelikleri arasında çatışma olmaması gerektiğidir<sup>500</sup>. Alicının aynen ifa talebinde bulunabilmesi için CISG 28. Madde gereğince ifa talebinde bulunulan devletin iç hukukunda bu talebin yerine getirilmesi mümkün olmalı<sup>501</sup>, ve bu hakkın kullanımı alıcının diğer kullanmak istediği haklarla çelişmemelidir<sup>502</sup>. Alicının aynen ifa talebinde bulunması halinde, satıcı başlangıçta vaat ettiği şekilde ifa etmek zorundadır<sup>503</sup>. Türk hukukunda aynen ifanın talep edilmesi hâlinde satıcıya ek süre vermek zorunlu iken<sup>504</sup>, CISG kapsamındaki satışlarda aynen ifanın talep edilmesi hâlinde satıcıya ek süre verilmesi alıcının isteğine bağlı kılınmıştır<sup>505</sup>.

CISG'e göre teslim edilen mal, sözleşmeye uygun değilse ve malın sözleşmeye uygun olarak değiştirilmesi talep edilirse, bu aynen ifa talebi gibi değerlendirilebilir<sup>506</sup>. Alicının satıcıya malın değiştirilmesini talep edebilmesi için, sözleşmeye aykırılığın esaslı nitelikte olması gerekmektedir. Sözleşmeye

<sup>499</sup> Acar, (ayıp) s. 42.

<sup>500</sup> Ayhan, s. 40.

<sup>501</sup> Ercüment Erdem, "Milletlerarası Mal Satış Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (Viyana Satış Sözleşmesi)", BATİDER (1992), s. 78.

<sup>502</sup> Erdem, s. 78. Erdem'e göre "Örneğin, malın ayıplı olarak teslimi sebebiyle semenin indirilmesini veya sözleşmeden dönmeyi talep etmişse, artık aynen ifayı talep edemez. Ancak ayıplı mal sebebiyle uğradığı zararlar duruma göre tazmin edilebilir."

<sup>503</sup> Erdem, s. 78.

<sup>504</sup> Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri*, Ankara: Beta Yayınları, 29. Baskı, 2022, s. 402. Akıntürk ve Ateş'e göre "Alacaklının, borçluya bildirmiş olduğu ek sürenin ne zaman başladığı söz konusu beyandan anlaşamıyor ise verilen sürenin, beyanın borçluya ulaştığı andan itibaren başladığı kabul edilmelidir."

<sup>505</sup> Ayhan, s. 43.

<sup>506</sup> Hüseyin Hatemi, "Borçlar Hukuku: Özel Bölüm", Ankara: Filiz Kitabevi, 1. Baskı. 1992, s. 103; Erdem, s. 79.



aykırılık esaslı nitelikte değilse alıcının diğer seçimlik haklarını kullanması (sözleşmeden dönme dışındaki haklar) mümkün olacaktır<sup>507</sup>. Esaslı aykırılığın ne şekilde tespit edileceğini ise CISG 25. Maddede düzenlenmiştir. Türk hukukunda, malın değiştirilmesinin talep edilebilmesi için aykırılığın sözleşmeyi temelden sarsıcı olmasına gerek yoktur, önemli olması hakkın ileri sürülmesi için yeterlidir<sup>508</sup>.

CISG düzenlemesinde alıcının sözleşmeden dönme seçimlik hakkını kullanması durumunda, satıcıya makul bir süre içinde bildirim yapması gerektiği belirtilmiştir. Bu bildirim, sözleşmeden dönmeye geçerli olması için bir koşul olarak kabul edilmiştir<sup>509</sup>. CISG 49/2(b) maddesine göre alıcı belirli hallerde sözleşmenin ortadan kalktığını beyan etme hakkını yitirmektedir. Alıcının sözleşmeyi aykırılığı bildiği veya bilmesi gerektiği andan itibaren ve satıcının ek süre içinde yükümlülüklerini yerine getirmeyeceğini açıklamasından sonra makul bir süre içinde sözleşmenin ortadan kalktığını beyan etmemişse artık sözleşmeden dönme hakkını satıcıya karşı kullanamayacaktır.

Sözleşmenin dolayısıyla borç ilişkisinin sona ermesi sonrasında taraflar karşılıklı borçlarından kurtulur. Bu sebeple, kısmen veya tamamen ifa edilmiş borçların CISG 81. madde hükümlerine göre geri verilmesi gerekir<sup>510</sup>. Sözleşmeden dönme hakkını kullanmak için işin doğası malların iade edilebilir olması gerekmektedir. CISG 82. madde, alıcının, malları teslim aldığı şekilde iade edemeyecek durumda ise, sözleşmeden dönme hakkı kullanılamayacağını düzenlemiştir. CISG 82/2 bu durum için üç istisna öngörmüştür. Malların teslim alındığı andaki durumda iade edilmesinin imkânsızlaşması alıcının bir eyleminden kaynaklanmıyorsa veya mallar veya malların bir bölümü m. 38 uyarınca yapılan muayene sonucunda hasara uğramışsa veya mallar sözleşmeye aykırılığın tespit edildiği tarihten önce olağan biçimde satılmış, tüketilmiş, şekil değiştirmişse, alıcı iade etmeden de sözleşmeden dönme hakkını kullanabilecektir.

---

<sup>507</sup> Ayhan, s. 43; Akipek, s. 445. Akipek'e göre "Esaslı olmayan ihlal açısından ya tanınan dönme hakkı Sadece teslim etmeme ile sınırlıdır."

<sup>508</sup> Acar, (ayıp) s. 43; Ayhan, s. 44.

<sup>509</sup> Erdem, s. 88; Dayıoğlu, s. 48.

<sup>510</sup> Özlem Acar, "Satıcının Zapttan Doğan Sorumluluğu", İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 13/1 (2020), s. 48.



Sözleşmeden dönmenin sonucu olarak satıcının almış olduğu semeni iade etmesi gerekir<sup>511</sup>. CISG 84/1 satıcının, alıcının ödediği bedelin tamamını iade etmesi gerektiğini belirtir. CISG 84/2 ise TBK' ya paralel olarak alıcının malları iade ederken bu mallardan elde ettiği menfaatleri de iade etmesi gerektiğini belirtmektedir<sup>512</sup>.

CISG 50. madde, malların sözleşmeye uygun olmaması durumunda semen ödenmiş olsun yahut olmasın, semenin fiilen teslim edilen malların teslim anındaki değeri ile sözleşmeye uygun malların aynı andaki değeri arasındaki farkla orantılı olarak indirme hakkını alıcıya tanımıştır. Doğrusu değişken ekonomilerde bu fark kayda değer bir durum olarak karşımıza çıkmaktadır. CISG 74. maddesi, taraflardan birinin sözleşmeyi ihlali hâlinde ödenecek tazminatın sözleşme ihlâlinin muhtemel sonucu olarak alıcının öngördüğü zararı aşamayacağı şeklinde tazminat miktarı bakımından bir sınırlama getirmiştir. CISG 75. maddeye göre, sözleşmeden dönme durumunda alıcımakul bir süre içinde ikame mal satın alırsa veya satıcı mallarını yeniden satarsa, sözleşmede belirlenen fiyat ile ikame işlem fiyatı arasındaki farkı satıcıdan talep edebilecektir<sup>513</sup>.

Alıcının sözleşmede belirlenen bedeli ödememesi durumunda satıcı bizim örneğimizde tedarikçi CISG 61 ve 64 maddeleri arasında düzenlenen seçimlik haklarını kullanabilecektir<sup>514</sup>. CISG 64/1-a maddesi alıcının, CISG 54. maddede hüküm altına alınan yükümlülüklerini ihlal etmesi halinde satıcıya sözleşmeden dönme hakkı vermiştir<sup>515</sup>. Stoksuz satış bakımından da alıcının tedarikçiye semeni ödememesi yahut diğer yükümlülüklerini ihlal etmesi durumunda tedarikçi sözleşmeden dönebileceği açıktır.

<sup>511</sup> Dayıoğlu, s. 63. Dayıoğlu eserinde "CISG m. 81 f 1. Uyarınca taraflar sözleşmenin ortadan kalkması üzerine üstlendikleri yükümlülüklerinden kurtulur." ifadesine yer vermiştir.

<sup>512</sup> Hatemi, s. 99-101; Zevkliler ve Gökyayla, s. 116. Zevkliler ve Gökyayla'ya göre "Türk hukukunda da buna paralel olarak, sözleşmeden dönülmesi hâlinde, satılan malı ve ondan elde ettiği menfaatleri iade ederken, satıcı da faiziyle birlikte semeni iade etmekle yükümlüdür.". Dayıoğlu, s. 64.

<sup>513</sup> Ayhan, s. 50. Ayhan'a göre "bu madde alıcının, taraflar arasında belirlenen bedeli, aldığı mal için ödediğinden daha fazla ödeme yapması durumunu ele almaktadır. Ancak, alıcının fiilen aldığı mal için ödediği bedel, sözleşmede kararlaştırılan bedele eşit veya daha az ise, bu hüküm uygulanamaz".

<sup>514</sup> Zeytin, s. 248. Zeytin'e göre "Satıcı, sözleşmenin esaslı ihlali halinde veya ek süreye rağmen semenin ödenmemesi veya malın teslim alınmamasında sözleşmeyi ortadan kaldıracaktır".

<sup>515</sup> Ferman Kaya, "E-Ticaret Hukuku ve Tüketici Hukukundaki Uygulamaları", Ankara: Seçkin Yayınları, 5. Baskı, 2023, s. 104; Zeytin, s. 252. Zeytin eserinde "Ek süre verilmesi satıcının haklarının genişlemesine neden olur. Semen ödenmemesi halinde satıcının müşteriye ek süre vermesi ve buna rağmen müşterinin ödeme yapmaması halinde satıcı sözleşmeyi ortadan kaldıracaktır." ifadesine yer vermiştir.

TBK'da alıcının temerrüdü halinde benzer bir düzenlemeye yer vermiştir. Seçim hakkının alacaklıda olduğu hallerde, alacaklı kendisine tanınan seçim hakkını kullanmaması durumunda ise alacaklının temerrüdünden söz edilebilecektir<sup>516</sup>. Nitekim seçimlik hakların kullanımı için öngörülmüş olan süre, her olayın kendi koşullarına, niteliğine göre belirlenmelidir<sup>517</sup>. TBK 107 ve 110 maddeleri arasında belirtilen hükümler çerçevesinde, borçlunun alacaklı temerrüdüne uğraması durumunda sahip olduğu seçenekler belirlenmiştir. TBK 107. madde borcun bir malın teslimine ilişkin olması durumunda borçlunun o malı teslim ederek borcunu yerine getirebileceği, TBK 108. maddesine göre, malın teslimi mümkün değilse borçlunun malı satarak bedelini alacaklıya ödeyebileceğini ancak borcun ifası malın teslimini gerektirmiyorsa, borçlunun, alacaklı temerrüdü durumunda sözleşmeden dönme hakkını düzenlemiştir<sup>518</sup>.

Dönmenin hukuki sonucu olarak TBK'ya paralel olarak, CISG 81. madde tarafların yerine getirilmemiş borçlardan kurtulacağını ancak yerine getirilmiş borçlar için bir tasfiye süreci uygulanacağını belirtmektedir<sup>519</sup>.

Stoksuz satışın milletlerarası satıma konu olması halinde, müşterinin genel olarak tüketici sıfatında olduğu düşünüldüğünde, AB 1999/44 sayılı "Malların Satışı ve Garantileri Hakkında Direktif" 3. maddesi uygulama alanı bulacaktır. "Tüketici Hakları" başlığını taşıyan maddeye göre, satıcı, tüketiciye teslim edilen mallardaki her türlü ürün noksanlığından sorumludur ve satılardaki uygunluk noksanlığı durumunda, tüketici, onarım ve yenileme yoluyla malların ücretsiz olarak uygun hale getirilmesini veya fiyatta indirim sağlanmasını talep edebileceği gibi, söz konusu sözleşmeyi feshedebilir<sup>520</sup>.

---

<sup>516</sup> Seliçi, s. 393; Şengül, s. 221; Aslı Aras, "Seçimlik Borcun İfa ve İcrası", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (2020), s. 1121.

<sup>517</sup> Ateş, s. 72.

<sup>518</sup> Şengül, s. 234. Şengül'e göre "Alacaklı, seçim hakkını kullanmazsa, BGB § 264/II hükmünün kıyasen uygulanmasının daha uygun olduğunu düşünmektedir. Buna göre, borçlu, seçim yapmak için alacaklıya makul bir süre vermelidir. Eğer bu süre sonunda alacaklı seçim yapmazsa, bu hak Borçluya geçecektir."

<sup>519</sup> Yelkenci, s. 172; Zeytin, s. 336.

<sup>520</sup> Tutumlu ve Tutumlu, s. 183; Zevkliler ve Gökyayla, s 118; Ayhan, s. 51. Ayhan'a göre "Türk hukukunda, malın ayıplı olması durumunda, TBK m. 202'ye göre semenin indirilmesini talep edebilir. Hatta, alıcının seçimlik haklarından biri olan sözleşmeden dönme hakkını kullanmak istemesine rağmen, hâkim sadece semenin indirilmesine karar verebilir. Bu noktada, hâkim, alıcının sözleşmeden dönmesi durumunda elde edeceği faydanın azlığı ve satıcının uğrayacağı zararın fazlalığı dikkate alarak, hakkaniyet ilkesine uygun olarak semenin indirilmesi yönünde karar verebilir.". Bayram Aslan, "Onarım Borcunun İfa Edilmesi", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 25/1 (2017), s. 333.

Stoksuz satış modelinin uygulamasında sıklıkla uluslararası satımın gerçekleştiği düşünülürken, tüketici bu haklarını MÖHUK 26. maddesi uyarınca sözleşmede kararlaştırdıkları yerin hukukuna göre kullanabilecektir<sup>521</sup>. Burada yasa koyucu yine tüketici lehine olacak şekilde bu maddenin uygulamasının ancak tüketicinin kendi menfaatlerine hanel getirmedeği ölçüde uygulanabileceğini belirtmiştir. Taraflar buna rağmen bir hukuk seçimi yapmamış ise MÖHUK gereği sözleşmeye tüketicinin mutat meskeni hukuku uygulanır. Müşterinin Türkiye’de ikamet ediyor olması durumunda, mutat mesken hukuku olarak TKHK ile TBK hükümleri sözleşmeye bağlı uyuşmazlıklara uygulanacaktır. TKHK ve TBK’deki borcu sona erdiren genel kurallar yabancılik unsuru taşıyan tüketici sözleşmelerinde de uygulama alanı bulacaktır.

Stoksuz satış sözleşmeleri bakımından tedarikçi, malın, tedariki ve gönderimi ve hatta üretimi bakımından sözleşmede aktif rol oynasa da müşteri bakımından pasif bir rodedir. Tedarikçi burada perakendeci lehine işlem yapan bir sözleşme tarafıdır. Bu bakımdan normal şartlar altında müşterinin tedarikçiden doğrudan bir hak talebi söz konusu olamayacaktır<sup>522</sup>. Hal böyleyken tedarikçinin müşteriden hak talep edebilmesi sözleşmenin doğası gereği mümkün değildir<sup>523</sup>.

Sözleşmenin tedarikçi bakımından en doğal sona erme şekli ifadır. Perakendecinin semeni ödemesi, tedarikçinin ise satılan malı tam ve zamanında teslim etmesi ile sözleşme sona erecektir<sup>524</sup>. Sözleşmeyi sona erdiren diğer haller bakımından ise sözleşmenin ulusal yahut uluslararası satıma konu olup olmamasına göre cevap değişecektir. Tedarikçi ile perakendeci arasında aktif bir ticari satış sözleşmesi olduğundan perakendecinin bayi yahut acente gibi hareket etmesi halinde sözleşmenin ulusal boyutta kalması halinde bu uyuşmazlıklara TTK hükümlerin

---

<sup>521</sup> Hatice Pürselim, “Milletlerarası Özel Hukukta Sözleşmesel Meseleler”, Editör: Özel, S ve Erkan, M. İstanbul: On İki Levha Yayınevi, 1. Baskı, 2018, s.76. Bu hüküm mülga Roma Konvansiyonu ve 593/2008 sayılı Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Roma Tüzüğü m 6. ile uyumludur; Milletlerarası sözleşmelerde taraflar genellikle farklı ana dillere sahip olduklarından bazen yanlış anlamalar meydana gelebilmektedir. Bu nedenle sözleşmelerde makul bir kişinin anlama kabiliyeti göz önünde tutulmalıdır; Sağlam, s. 349, 352. MÖHUK m. 24 kapsamında yabancı dil rizikosunun dağıtılması gerekir. Bir beyan muhatabın o beyanın dilini bilmemesine, anlamamasına rağmen muhataba ulaşmış kabul ediliyorsa muhatabın yanıt beyanı açıkça sakatlandığından, yerel hukuk kuralınca iptal edilebilmelidir.

<sup>522</sup> Sözleşmenin üçüncü taraf lehine sözleşme olması halinde kabulü halinde müşteri, tedarikçiden malın eksiksiz ve zamanında teslimine yönelik talepte bulunabilecektir.

<sup>523</sup> Gan, s. 450; bkz. Dipnot 50.

<sup>524</sup> Borcun ifa ile sona ermesi hakkında bkz. Hatemi ve Gökyayla, Borçlar Genel, s. 311.

uygulanması gerekecektir. Bununla birlikte tedarikçinin yahut satıcının sözleşmeyi ihlal edecek davranışlarda bulunması durumunda aralarındaki sözleşme ilişkisi uluslararası ve ticari bir ilişki olduğunda CISG hükümleri uygulama alanı bulacaktır<sup>525</sup>.

Stoksuz satış modelinde taraflardan birisinin tüketici olması ve tedarikçinin de üretici durumunda TKHK 11/2. maddesine göre malın ayıpsız misliyle değiştirilmesi ve ücretsiz onarımı da içeren sınırlı sorumluluğu ile tüketici işlemleri kapsamında TKHK 56. maddesine göre zorunlu garantiye ilişkin sorumluluğudur. 7223 sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu 6. maddesine uyarınca tedarikçi hatalı ürünlerden zarar gören herkese karşı tazminat sorumluluğu altındadır.

## SONUÇ

Stoksuz satış sözleşmelerini incelediğimizde müşteri, perakendeci ve tedarikçiden oluşan üç köşeli bir hukuki ilişki olduğunu görmekteyiz. Stoksuz satış modeli, bazen perakendecinin tedarikçiden bağımsız hareket edebildiği bazen tedarikçinin bayisi yahut acentesi gibi hareket ettiği durumların yeniden satış modelidir. Perakendecinin yeniden satış amacıyla hareket ettiği durumlarda tedarikçi ile perakendeci arasında doğan hukuki durum bir ticari satış sözleşmesine vücut vermektedir. Perakendecinin yeniden satış maksadıyla müşteriye bu ürünü satması durumunda ise müşteri bakımından bir tüketici işlemi doğmuş olacaktır. Sözleşmenin ifasına baktığımızda, perakendecinin satın alınan malın teslimi için doğrudan müşterinin adres ve kimlik bilgilerini tedarikçiye göndermesi, tedarikçinin de kanundan kaynaklanan gerekli özeni göstererek, satılanı müşteriye göndermesi, müşterinin de malın bedelini perakendeciye göndermesi ile sözleşme borçları her üç taraf içinde ifa edilmiş olacaktır.

Her ne kadar stoksuz satış modelinin üçüncü kişi yararına sözleşme özelliği gösterdiği düşünülmüşse de bazı yönlerden buna katılmamız mümkün değildir. Stoksuz satış sözleşmesinde, perakendeci ile müşteri arasındaki ilişki bu iç ilişkiye bağlı haklar ve borçlar ileri sürülebilirken, tedarikçi ile perakendeci arasında kendi iç ilişkileri gereği haklar ve borçların

<sup>525</sup> Altun Abdürrahim, "CISG Uyarınca Satıcının Sözleşmeyi İhlal Etmesi Halinde Alıcının Sahip Olduğu Hukuki İmkanlar", Milletlerarası Mal Satışına İlişkin Sözleşmeler Hakkında BM Antlaşması (CISG) İlişkin Bazı Meseleler, Editör: Süleyman Yılmaz, Ankara: Yetkin Yayınları, 1. Baskı, 2020, s. 23; İpek Sağlam, "Milletlerarası Mal Satışına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması Uyarınca Sözleşmenin Kurulması", İstanbul: On İki Levha Yayınları, 1. Baskı, 2013, s. 16; Yavuz Dayıoğlu, "CISG Kapsamında Alıcının Tazminat Talep Etme Hakkı, Milletlerarası Mal Satış Hukuku", Editör: Sinan Okur, Ankara: Adalet Yayınevi, 1. Baskı, 2016, s. 21.

ileri sürülmesi durumu söz konusudur. Üçüncü kişinin yararına yapılan sözleşmelerde, üçüncü kişi sadece kendisine yapılacak ifayı kabul edebilir veya üçüncü kişiye doğrudan bir alacak talep hakkı verilmiş olabilir. Böyle bir durumda müşterinin tedarikçiden hangi hakları talep edip edemeyeceği sorusu akıllara gelmektedir. Stoksuz satışın uygulamasında müşteri, tedarikçiyi hiç bilmemekte ve sözleşmeden kaynaklanan haklarını yalnızca perakendeciye karşı ileri sürmektedir. Oysa, alacaklı satış sözleşmesinin kendisine sağladığı tüm hakları perakendeciye karşı ileri sürebilmelidir. Bu unsurun eksikliği sebebiyle stoksuz satış sisteminin üçüncü kişi yararına sözleşmeden bu yönüyle ayrılmaktadır.

Stoksuz satış sözleşmeleri, genellikle elektronik ve mesafeli sözleşmeler olup, tam zamanında tedarik sözleşmesi niteliği taşıyan, iki tarafa borç yükleyen ve karşılıklı yarar sağlayan sözleşmelerdir. Bu nedenle, mesafeli sözleşme olmalarından dolayı, tedarikçi ve perakendeci arasında bir gönderim borcu bulunmaktadır. Stoksuz satışta, müstakil ve niteliği gereği genellikle birisi ticari diğeri tüketici olmak üzere iki ayrı sözleşme tek bir hukuki işlemin parçasıdır. İşin mahiyeti gereği ayrı gibi gözükken iki sözleşmenin birisinden birisi olmazsa stoksuz satışa bağlı hukuki işlemten hiç bahsedilemeyecektir. Her iki sözleşme bakımından, sözleşmelerin tarafları, kuruluşu, sözleşmelere uygulanacak hukuk ve sözleşmelerin sona ermeleri birbirinden farklılık arz edecektir. Özellikle satış sözleşmesinin uluslararası özellik arz ettiği durumda tedarikçi ile perakendeci arasındaki sözleşmeye uygun düştüğü ölçüde CISG hükümlerinin uygulanacağını, CISG hükümlerinin uygulanmadığı hallerde MÖHUK 24. maddeye göre, taraflarca hangi tarafın hukuku uygulanacağı kararlaştırılmamışsa MÖHUK 24/4. maddesi gereğince sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan ülkenin hukukunun uygulanacağını söylemek mümkündür. Oysa perakendeci ile müşteri arasında tüketici işlemi söz konusu olduğundan CISG hükümlerinin uygulama alanı bulamayacağı, uygun düştüğü ölçüde MÖHUK 26. maddesine göre belirlenen ülke hukukunun uygulanacağını söyleyebiliriz. Tüketici işlemine MÖHUK 26. maddesi gereğince taraflarca aksi kararlaştırılmamışsa, tüketicinin mutad meskeni hukuku uygulanacaktır. Bu durumda tüketicinin Türkiye’de ikamet ediyor olması halinde sözleşmeye ilişkin uyuşmazlıklara, Türk hukuku uygulanacaktır.

Taraflarca MÖHUK 24 ve 26. maddeleri gereğince yapılacak hukuk seçiminin özellikle iki ayrı dile mensup taraflar bakımından geçerli olacak şekilde yapılmasına önem gösterilmeli, uyuşmazlıkların çözümü bakımından tahkim ve benzeri alternatif uyuşmazlık çözümlerinin sözleşmelere

eklenerek, her iki tarafında tatmin edileceği bir sonuç elde edilmeye çalışılmalıdır.

## KAYNAKÇA

- Acar, Özlem. “Saticının Ayıptan Doğan Sorumluluğu”. İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 13 /2 (2020): (ss. 7-29).
- Acar, Özlem. “Saticının Zapattan Doğan Sorumluluğu”. İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 13/1 (2020): (ss. 103-126).
- Akıncı, Şahin. *Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler*. Konya: Sayram Yayınları, 2022.
- Akıntürk, Turgut ve Derya Ateş. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri*. Ankara: Beta Yayınları, 29. Baskı, 2022.
- Akipek Öcal, Şebnem. *Viyana Satış Antlaşması (CISG)*. Ankara: Yetkin Yayınları, 1. Baskı, 2020.
- Altun, Abdürrahim. “CISG Uyarınca Saticının Sözleşmeyi İhlal Etmesi Halinde Alıcının Sahip Olduğu Hukuki İmkanlar”, *Milletlerarası Mal Satışına İlişkin Sözleşmeler Hakkında BM Antlaşması (CISG) İlişkin Bazı Meseleler*. Editör: Süleyman Yılmaz. Ankara: Yetkin Yayınları, 1. Baskı, 2020.
- Antalya, Gökhan. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C 1*. İstanbul: Seçkin Yayınevi, 2. Baskı, 2019.
- Aras, Aslı. “Seçimlik Borcun İfa ve İcrası”. Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. (2020): (ss. 1111-1144).
- Aslan, Bayram. “Onarım Borcunun İfa Edilmesi”. Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 25/1 (2017): (ss. 289-339).
- Astutik Rani vd., “Dropshipper Responsibility In Case Of Damaged Goods In E-Commerce Transactions”, *Jurnal Penelitian*, 19/2 (2022): (ss. 84-95).
- Atamer, Yeşim M. ve Murat İnceoğlu. “Satış Sözleşmesinde Tüketicinin Seçimlik Hakları ve Avrupa Birliği Hukuku ile Uyumu Sorunu”. İstanbul: Otomotiv Distribütörleri Derneği, 2012.
- Atasoy, Ömer A. ve Hanife Özdi. “Ticari Satış Sözleşmelerinde Saticının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu Bağlamında Ayıp İhbarında Şekil ve İspat Sorunu”. İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 3/1 (2017): (ss. 1-19).
- Ateş, Derya. “Sözleşme İlişkisinin Kurulmasında ve Borç İlişkilerinde Üçüncü Kişi”. TBB Dergisi. 151 (2020): (ss. 329-360).
- Ateş, Derya. “Borçlu Temerrüdünde İhtar ve Ek Süre Kavramları”. Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 52 (2022): (ss. 383-406).
- Ateş, Derya, “Temerrüde Düşen Borçlunun Aynen İfadan Vazgeçme Hakkı ile Seçim Hakkı”. Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 12/1 (2022): (ss. 58-84).
- Ay, Hakkı ve Adnan Söylemez. “Covid-19 Salgın Döneminde Dünyada ve Türkiye’de E-Ticaret, Küreselleşme Çağında Kalkınma ve Yeni Ekonomi”. İstanbul: Orion Yayınevi, 2022.
- Aydoğdu, Murat ve Nalan Kahveci. “Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Sözleşmeler Hukuku”. İstanbul: Adalet Yayınevi, 6. Baskı, 2023.
- Ayhan, Hilal Lale. “Birleşmiş Milletler Viyana Satış Sözleşmesi’ne Göre Uluslararası Satış Sözleşmelerinde Saticının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu”. Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 15 /2 (2021): (ss. 1-57).

- Ayrancı, Hasan ve Fahrettin Aral. “Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri”. Ankara: Yetkin Yayınevi, 16. Baskı, 2023.
- Baytekin, Orhan ve Bilal İspir. “E- Ticaret İşleminde Dropshipping Olayı ve Vergilendirilmesi”. Vergi Raporu Dergisi. 6 (2014): (ss. 43-52).
- Bilgili, Fatih ve Ertan Demirkapı. “Borçlar Hukuku Genel Hükümler”. İstanbul: Dora Yayıncılık, 18. Baskı, 2024.
- Bloomer, Kara. “Intellectual Property In E-Commerce Retail Arbitrage: An Analysis Of The Legality Of Using Intellectual Property In Drop-Shipping”. Brigham Young University Law Review, 47 /5 (2022): (ss. 1619-1632).
- Bozbel, Savaş. “İnternet Üzerinden Yapılan Hukuki İşlemler ve Bu Konudaki. 97/7 Sayılı Tüketicinin Korunmasına Dair At Yönergesi”. Yargıtay Dergisi, (2001): (ss. 274-304).
- Budak, Tamer. “Dijital Ekonominin Vergilendirilmesi”. Ankara: Turhan Kitabevi, 1. Baskı, 2018.
- Buz, Vedat. “Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar”. Ankara: Yetkin Yayınevi, 1. Baskı, 2005.
- Çırkan, Merve Hilal. “Stoksuz Satış Sözleşmeleri”. Ankara: Yetkin Yayınları, 1. Baskı, 2024.
- Dayıoğlu, Yavuz. “CISG Kapsamında Alıcının Tazminat Talep Etme Hakkı, Milletlerarası Mal Satış Hukuku”. Editör: Sinan Okur. Ankara: Adalet Yayınevi, 1. Baskı, 2016.
- Dayıoğlu, Yavuz. “CISG Uygulamasında Sözleşmenin İhlali Halinde Alıcının Hakları ve Özellikle Tazminat Talep Etme Hakkı”. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, 2011.
- Demirbaş, Harun. “Yenilik Doğuran Haklar”. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 1. Baskı, 2007.
- Demir Gökyayla, Cemile “Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri” 2. Baskı. Vedat Kitapçılık: İstanbul. 2013.
- Doğu, H. Mert. “Ardı Ardına Teslimli Satış Sözleşmesinde Satıcının Ayrıptan ve Zapttan Sorumluluğu”. Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (2018): (ss. 503-532).
- Doğramacı, Hayriye. “Çerçeve Sözleşme Kavramı, Çerçeve Sözleşmelerin Amacı ve Ekonomik Fonksiyonu”. Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 30 /3 (2022): (ss. 1043-1077).
- Doğramacı, Hayriye. “Çerçeve Sözleşmeler”. Yayınlanmamış Doktora Tezi. Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü. Eskişehir. 2010.
- Dolle, Pamela. “DropShipments: Convenient, Complicated, Confusing”. Journal of StateTaxation. (2008): (ss. 17-61).
- Ekici, Şerafettin. “Escrow Sözleşmesi”. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 1. Baskı. 2022.
- Er, Hamza. “Türk Hukuku’nda Üreticinin ve İthalatçının Satım Sözleşmesinde Ayrıptan Sorumluluğu”. TAAD, 38 (2019): (ss. 267-294).
- Erdem, Ercüment. “Milletlerarası Mal Satış Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (Viyana Satış Sözleşmesi)”. BATİDER, (1992): (ss. 35-105).
- Eren, Fikret. “Borçlar Hukuku Özel Hükümler”. Ankara: Legem Yayınevi, 12. Baskı, 2024.
- Ergün, Ömer. “Borçlar Hukuku (Özel Hükümler) Ders Notları”. Ankara: Seçkin Yayınları, 2. Baskı. 2023.



- Gan, Xianghua vd. "Commitment-Penalty Contracts In Drop-Shipping Supply Chains With Asymmetric Demand Information". *European Journal of Operational Research*. 204/3 (2010): (ss. 449-462).
- Göktaş, Bora. "Dropshipping Faaliyetlerine Yönelik Tüketici Tutumları; Bayburt Üniversitesinde Bir Uygulama". *Eurasia Journal Of Social Scinces&Humanities*, 5/6 (2019): (ss. 1-16).
- Hatemi, Hüseyin ve Gökyayla, Emre. "Borçlar Hukuku Genel Bölüm". Ankara: Filiz Kitabevi, 5. Baskı. 2021.
- Hatemi, Hüseyin. "Borçlar Hukuku: Özel Bölüm". Ankara: Filiz Kitabevi, 1. Baskı. 1992.
- Hidayah, Astika. "Comparison Of "TheParties" Aspect In Determining The Legitimacy Of Sale And Purchase Transactions On Online Business Seen From Islamic Law And Civil Law Of Indonesia". *Proceedings Of The 5th International Conference On Community Development*. 2018.
- İnal, Erhan. "E-Ticaret Hukukundaki Gelişmeler ve İnternette Sözleşmelerin Kurulması", Ankara: Vedat Kitapçılık, 1. Baskı. 2005.
- Jahari, Azah. "Online DropshipFor Business Transaction In Malaysia: Views From Muslim Scholars". *International Journal Of Islamic Business (IJIB)* 1/1 (2016): (ss. 13-28).
- Karaahmetoğlu, Şeyda. "Türk Borçlar Kanunu'na Göre Satıcının Ayrıptan Sorumluluğunda Alıcının Sözleşmeden Dönme Hakkı". *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 11/145 (2016): (ss. 947-971).
- Karakocalı, Ahmet ve Ali Suphi Kurşun. "Tüketici Hukuku". İstanbul: Aristo Yayınevi, 1. Baskı. 2015.
- Karslıoğlu, Hasan. "Stoksuz Satış Yapan İşletmelerin (Dropshipping) Hukuki Niteliği ve Stoksuz Satış İşlemlerinde TTK'nın 1530 uncu maddesinin Uygulanabilirliği Sorunu". İstanbul: Aristo Yayınevi, 1. Baskı. 2022.
- Kartalpe Behram, N ve R. Kazımov Emil. "Dropshipping-Stoksuz Satış Modeli". *Azerbaycan Sumgayit Devlet Üniversitesi Konferans Notları*. (2022): (ss. 460-462).
- Kaya, Ferman. "E-Ticaret Hukuku ve Tüketici Hukukundaki Uygulamaları". Ankara: Seçkin Yayınları, 5. Baskı. 2023.
- Kılıçoğlu, Ahmet. "Borçlar Hukuku Genel Hükümler". Ankara: Turhan Kitabevi, 28. Baskı. 2024.
- Kocar, Serra. "Ticari Satış Sözleşmesi ve Ticari Satışta Ayıp Sorumluluğu". *Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi*. Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü. 2018.
- Kocayusufoğlu, Necip. "Borçlar Hukuku Genel Bölüm C (1) Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme". Ankara: Filiz Kitabevi, 7. Baskı. 2017.
- Korkmaz, Yakup. "Tam Zamanında Tedarik Sözleşmesi ve Benzer Sözleşmelerle Karşılaştırılması". *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*. (2016): (ss. 1843-1888).
- Nomer, Haluk. "Borçlar Hukuku Genel Hükümler". Ankara: Beta Yayınları, 20. Baskı. 2024.
- Oğuzman, Kemal ve Turgut Öz. "Borçlar Hukuku Genel Hükümler". Ankara: Filiz Kitabevi, 22. Baskı. 2024.

- Özdemir, Hayrunissa. "Türk Borçlar Kanunu ve Viyana Satış Sözleşmesine Göre Ayrıptan Doğan Sorumluluğun Şartları". Ankara: Yetkin Yayınevi, 1. Baskı. 2013.
- Özer Deniz, Miray ve İdil Nur Gürbüz Gökberk. "Tüketicinin Ayrıplı Hizmet Halinde Manevi Tazminat Talebi". Türkiye Adalet Akademisi Dergisi. 53 (2023): (ss. 421-444).
- Polat, Elif. "Borçlar-Ticaret ve Tüketici Hukuku Bakımından Ayrıplı Mal Kavramının İncelenmesi". Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi. 8/1 (2022): (ss. 207-231).
- Pürselim, Hatice. "Milletlerarası Özel Hukukta Sözleşmesel Meseleler". Editör: Özel, S ve Erkan, M. İstanbul: Onikilevha Yayınevi, 1. Baskı, 2018.
- Reisoğlu, Sefa. "Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler". Ankara: Beta Yayınevi, 25. Baskı. 2014.
- Rühmkorf, Andreas. "Global Supply Chain Governance: The Search For What Works". Deakin Law Review. 23 (2018): (ss. 63-82).
- Sağlam, İpek. "Milletlerarası Mal Satışına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması Uyarınca Sözleşmenin Kurulması". İstanbul: Onikilevha Yayınları, 1. Baskı. 2013.
- Sayın, Ceren. "Viyana Satış Sözleşmesinde Satıcının Ayrıptan Doğan Sorumluluğu". Ankara: Yetkin Yayınevi, 1. Baskı. 2022.
- Schlechtriem, Peter. "Subsequent Performance And Delivery Deadlines - Avoidance Of CISG Sales Contracts Due To Non-Conformity Of The Goods". Pace International Law Review. 1 (2006): (ss. 83-98).
- Schlechtriem, Peter ve Ingeborg Schwenzer. "Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods" Art. 1, Nr. 18.
- Seliçi, Özer. "Seçimlik Borçların İfası". İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 34/1-4 (2011): (ss. 375-399).
- Serozan, Rona. "Borçlar Hukuku Genel Bölüm- İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme". İstanbul: Onikilevha Yayınevi, 8. Baskı. 2022.
- Shi, Siyu. "Wholesale Or Drop-Shipping: Contract Choices Of The Online Retailer And The Manufacturer In A Dual-Channel Supply Chain". International Journal Of Production Economics. (2020).
- Snyder, Rell, "E-Commerce And Supply Chain Managemenet Proceedings Of ASBBS", ASBBS Annual Conference: Las Vegas. 20 /1 (2013).
- Soper, Sonia, "Amazon Has Escaped America's Retail Malaise". <https://www.bloomberg.com/news/newsletters/2022-07-29/amazon-has-escaped-america-s-retail-malaise>. (erişim: 25.07.2024).
- Staudinger, Juliosvon vd. *Wiener Un-Kaufrecht: (CISG)*. Almanya: Gruyter. 2017.
- Şen Doğramacı, H. "Devre Tatil Sözleşmeleri". Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü. Eskişehir. 2003.
- Şengül, Mehmet. "Seçimlik Borçlara İlişkin Temel Özellikler ve Seçimlik Borçların İfası". Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 15 (2011): (ss. 207-248).
- Şıpka, Şükran ve Ahmet Cemil Yıldırım. "Yeni Türk Borçlar Kanunu ve CISG'e Göre Satış Sözleşmeleri". İstanbul: Onikilevha Yayınevi, 1. Baskı. 2012.

- Tandoğan, Haluk. *"Borçlar Hukuku Özel Hükümler. Özel Borç İlişkileri, Kendisine Özgü Olan Sözleşmeler, Satış ve Çeşitleri, Trampa, Bağışlama"*. C. 1, 6. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2008.
- Turgut, Cemile. *"Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Satış Sözleşmesinde Ayıp Nedeniyle Bedelde İndirim Hakkı"*. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 75 /1 (2021): (ss. 453-468).
- Turner, Bertram. *"Supply-Chain Legal Pluralism: Normativity As Constitutive Of Chain Infrastructure In The Moroccan Argan Oil Supply Chain"*. The Journal Of Legal Pluralism And Unofficial Law. 48/3 (2016): (ss. 378-414).
- Tutumlu, Mehmet Akif ve Özge Tutumlu. *"Ayıplı Mal Hukuku"*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2. Baskı. 2023.
- Türkmen, Ahmet. *"Tüketici İşlemlerinde Ayıplı Mal ve Hizmetten Doğan Seçimlik Hakların Tabi Olduğu Zamanaşımı ve Bunun Garanti Taahhütleriyle İlişkisi"*. Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 16 (2014): (ss. 3389-3448).
- Uzun, Burcu. *"Tedarik sözleşmeleri"*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Yeditepe Üniversitesi. Sosyal Bilimler Enstitüsü. Ankara. 2022.
- Ünlütepe, Mustafa. *"Taşınır Satış Sözleşmesinde Satıcının Ayıptan Sorumluluğu Bakımından Gözden Geçirme ve Bildirim Külfetinin Yerine Getirilmesinin Tabi Olduğu Süreler"*. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi. 24 /1 (2018): (ss. 296-335).
- Weigel, Moira. *"Amazon's Trickle-Down Monopoly: Third-Party Sellers And The Transformation Of Small Business"*. New York: Data & Society Research Institute. 2023.
- West, Emily. *"Buy Now: How Amazon Branded Convenience and Normalized Monopoly"*. Amerika Birleşik Devletleri: MIT Press. 2022.
- Wethkam, M ve Breen Schiller. *"Drop Shipments in the Digital Age"*. Journal of State Taxation. 33/4 (2015): (ss. 27-38).
- Yelkenci, Işıl. *"Milletlerarası Mal Satışına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Alıcının Sözleşmeden Dönmesi"*. İstanbul: Onikilevha Yayınevi, 1. Baskı. 2014.
- Yenice, Özge. *"TBK ve Viyana Satış Konvansiyonu Hükümleri Işığında Gönderme Satış"*. İstanbul: Onikilevha Yayınevi. 2015.
- Yıldız, Kübra. *"Satış Sözleşmelerinde Ayıp Bildirimi"*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü. İstanbul. 2019.
- Yuldasheva, Gulbakhor ve Ulugbeg Bakhodir. *"E-Commerce And Its Future Development"*. Euroasian Journal Of Law, Finance And Applied Sciences. 3 (2013): (ss. 83-92).
- Yüksel, İsmail. *"İnternete Erişim Hakkı"*. Ankara Barosu Dergisi. 80/3 (2022): (ss. 141-174).
- Yünlü, Semih. *"Türk Borçlar Kanunu Hükümlerince Satıcının Ayıp Sorumluluğu Bakımından Alıcının Külfetleri"*. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi. 25/1 (2019): (ss. 329-359).
- Zevkililer, Aydın ve Emre Gökyayla. *"Türk Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri"*. Ankara: Vedat Kitabevi, 22. Baskı, 2024.

Zeytin, Zafer. *“Milletlerarası Satış Sözleşmesi (CISG) Hukuku”*. Ankara: Seçkin Yayınları,  
3. Baskı. 2019.



# HART-DWORKİN TARTIŞMASI TEMELİNDE HUKUKTA İLKE VE KURALLAR VE TÜRK TİCARET KANUNU'NUN ANONİM ŞİRKETE İLİŞKİN HÜKÜMLERİNİN İLKE VE KURALLAR YÖNÜNDEN DEĞERLENDİRİLMESİ

Prof. Dr. Ozan CAN

Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi,  
Ticaret Hukuku Anabilim Dalı

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7016-966X>,  
[ozancan06@gmail.com](mailto:ozancan06@gmail.com)

Geliş Tarihi | Received: 01.01.2025

Kabul Tarihi | Accepted: 28.01.2025

İntihal: Bu makale, en az iki hakem tarafından incelendi ve intihal içermediği teyit edildi.  
Plagiarism: This article has been reviewed by at least two referees and scanned via a  
plagiarism software.



Bu eser [Creative Commons Alıntı-Gayri Ticari-Türetilemez 4.0 Uluslararası  
Lisansı](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/) ile lisanslanmıştır.

This work is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial-  
NoDerivatives 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/).

Atıf | Citation:

Can, Ozan. "Hart- Dworkin Tartışması Temelinde Hukukta İlke ve Kurallar ve Türk  
Ticaret Kanunu'nun Anonim Şirkete İlişkin Hükümlerinin İlke ve Kurallar Yönünden  
Değerlendirilmesi". Medeni Hukuk Dergisi. 2/1 (2025), s. 157-174.

## Yazar Beyanı

**Mali Destek:** Yazar, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için  
herhangi bir finansal destek almamıştır.

**Yazarların Katkıları:** Bu makale yazar tarafından tek başına hazırlanmıştır.

**Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı:** Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya  
ortak çıkar beyan edilmemiştir.

**Etik Kurul Onayı Beyanı:** Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne  
ihtiyacı yoktur.

**Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi:** Yazar, makalenin tüm süreçlerinde MHD'nin  
bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat  
yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde MHD'nin ve editör kurulunun hiçbir  
sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın 26 Kasım 2022 tarihinde Hacettepe  
Üniversitesi Hukuk Fakültesi II. Sigorta ve Şirketler Hukuku Sempozyumu'nda sunulan  
tebliğinden sonra geliştirilerek yayın haline getirildiğini beyan etmektedir.

## Author's Declaration

**Financial Support:** The author has not received any financial support for the research,  
authorship, or publication of this study.

**Author's Contributions:** This article was prepared by the author alone.

**The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest:** No conflict of interest or  
common interest has been declared by the author.

**The Declaration of Ethics Committee Approval:** The study doesn't need any ethics  
committee approval or any special permission.

**The Declaration of Research and Publication Ethics:** The author declares that she  
complies with the scientific, ethical, and quotation rules of MHD in all processes of the  
paper and that she does not make any falsification of the data collected. In addition, she  
declares that Civil Law Review and its editorial board have no responsibility for any  
ethical violations that may be encountered, and that this study has been developed and  
published after the paper presented at Hacettepe University Faculty of Law II. Insurance  
and Corporate Law Symposium on November 26, 2022.

## **HART- DWORKİN TARTIŞMASI TEMELİNDE HUKUKTA İLKE VE KURALLAR VE TÜRK TİCARET KANUNU'NUN ANONİM ŞİRKETE İLİŞKİN HÜKÜMLERİNİN İLKE VE KURALLAR YÖNÜNDEN DEĞERLENDİRİLMESİ**

### **ÖZ**

Hukuki uyumsuzluklarda adil bir karar için yazılı hukuk kuralları yanında hukukun bir parçası olan ilkelere de başvurulmaktadır. Ancak bu derece öneme sahip olan ilkeler, mahkeme kararlarında ve öğretide kendisine yer bulmasına rağmen, hukukumuzda tanımlanmamıştır. Tarihi süreçte, ilkelerin niteliğini sistematik olarak ortaya koyan Hart ve ardından Dworkin olmuştur. Bu iki hukukçu sayesinde ilkeler, hukukta inceleme konusu haline gelmiş ve halâ bu, tartışılan bir konu olarak güncelliğini korumaktadır. Hatta bu iki düşünürün ilkeler hususundaki tartışması *Hart-Dworkin tartışması* adı altında inceleme konusu yapılmaktadır.

Hart, hukuku, kurallardan ibaret saymakta, hukuku, birincil ve ikincil kuralların birliği kabul etmektedir. Yine ona göre, önüne gelen uyumsuzluğa mevcut hukuk kuralları içinde bir çözüm bulamadığında (yani boşluk olduğunda) hâkimin yapabileceği şey, takdirini kullanmak ve sonuca varmaktır. Burada hâkim, elinde hukuk kuralı olmadığından ya da kural yeterli olmadığından, kuralı aşan bir takdir kullanacaktır.

Buna karşın Dworkin ise, hukuku, kurallardan ibaret görmemekte, hukukun formülünün hukuk eşittir kural, artı ilkeler olduğunu ileri sürmektedir. Dworkin, devamında, ilkelerin kuralların hem temeli, hem sebebi, hem meşruiyet kaynağı, hem de gerekçesi olduğunu savunmakta, hâkimin önüne gelen uyumsuzluk için bir normu yeterli bulamadığında yapacağı şeyin Hart'ın dediği gibi tamamen normdan bağımsız olarak yalnızca hukukun genel mantığı ve sağduyu ile karara varmak olmadığını, hakimin bu durumda hukuk ilkeleriyle bağlı olduğunu kabul etmektedir. Yani o, hâkimin takdirinin hukuk ilkeleriyle sınırlı olduğunu düşünmektedir. Dworkin ilkelerin, kurallardan daha ağır bir konuma sahip olduğunu, kuralların, ilkenin uygulanışını gösterdiğini, kurallarda bir boşluk ortaya çıktığında ilke argümanı aracılığı ile boşluğun doldurulabileceğini, ayrıca daha da fazlası olarak kuralın, ilkeye aykırı olduğu geçerli olarak gösterilebilirse, kural geçersiz sayılıp, uygulanamayacağını ileri sürmüştür. Hatta Dworkin'e göre kural, politik temelli olabilirken, ilke, hak temellidir.

Biz de Dworkin'in görüşünü savunan bir yazar olarak, ilkelerin, hukukta, normlara ilham olan bir niteliğe sahip olduğunu, yazılı veya yazısız da olsa kurallardan önce ilkelerin uygulanması gerektiğini düşünmekteyiz. İşte bu düşüncemiz doğrultusunda, anonim şirketler hukukundaki ilkelerin neler olduğunu, bunların yüksek mahkeme

kararlarında (özellikle Yargıtay kararlarında) ne şekilde yer bulduğunu, bu ilkelerin ne zaman ve nasıl uygulanması gerektiğini ve son olarak TTK'nin anonim şirketlere ilişkin hükümlerinde ilke başlığı altında düzenlenmiş olan hususların, gerçekten bir ilke niteliği taşıyıp taşımadığını bu çalışmada ele almak istemekteyiz.

**Anahtar Kelimeler:** Türk Ticaret Kanunu, Anonim Şirketler, İlkeler, Kurallar.



## **EVALUATION OF PRINCIPLES AND RULES IN LAW AND JOINT STOCK COMPANY PROVISIONS OF THE TURKISH COMMERCIAL CODE IN TERMS OF PRINCIPLES AND RULES BASED ON THE HART-DWORKIN DISCUSSION**

### **ABSTRACT**

In legal disputes, principles that are a part of law are also used in addition to written legal rules for a fair decision. However, principles that have such importance have not been defined in our law, despite finding a place for themselves in court decisions and doctrine. In the historical process, Hart and then Dworkin were the ones who systematically revealed the nature of principles. Thanks to these two jurists, principles became a subject of study in law and this still maintains its currency as a debated issue. In fact, the discussion of these two thinkers on principles is examined under the name of the Hart-Dworkin discussion.

Hart considers law to consist of rules and accepts law as the unity of primary and secondary rules. According to him, when a judge cannot find a solution to the dispute before him within the existing legal rules (i.e. when there is a gap), what the judge can do is to use his discretion and reach a conclusion. Here, since the judge does not have a legal rule or the rule is not sufficient, he will use a discretion that exceeds the rule.

On the other hand, Dworkin does not see law as consisting of rules and argues that the formula of law is law equals rule plus principles. Dworkin continues by arguing that principles are both the basis, the reason, the source of legitimacy and the justification of rules, and that what a judge will do when he finds a norm insufficient for a dispute before him is not to reach a decision completely independent of the norm and only with the general logic of law and common sense, as Hart said, but that the judge is bound by legal principles in this case. In other words, he thinks that the judge's discretion is limited by legal principles. Dworkin argued that principles have a more serious position than rules, that rules show the application of the principle, that when a gap occurs in the rules, the gap can be filled through the principle argument, and moreover, if it can be shown that the rule is against the principle, the rule can be considered invalid and cannot be applied. According to Dworkin, a rule can be politically based, while a principle is rights-based. As an author who defends Dworkin's view, we also think that principles have a quality that inspires norms in law, and that principles should be applied before rules, whether they are written or unwritten. In line with this idea, we would like to discuss in this study what the principles in joint-stock company law are, how they are included in high court decisions (especially in the Court of Cassation decisions), when and how these principles should be implemented, and finally, whether the issues

regulated under the title of principle in the provisions of the TCC regarding joint-stock companies really have the nature of a principle.

**Keywords:** Turkish Commercial Code, Joint Stock Companies, Principles, Rules.

## GİRİŞ

Hukukun amacı adaleti sağlamaya çalışmaktır. Bu gerçekleştirilirken en önemli araç ise, yazılı hukuk kurallarıdır. Yazılı hukuk kuralları ise *kural*, *hüküm* veya *norm* olarak adlandırılır. Hukuk sistemlerinde yazılı hukuk kurallarına yön veren, onlara ışık tutan, hatta modern hukuk sistemlerinin hepsinde genel geçer özelliği bulunan, tabir-i caiz ise üstün nitelikte yazılı olmayan hüküm, norm veya kuralın olup olmadığı her zaman tartışma konusu olmuştur. İşte hukuk kurallarının temeli sayılacak bu tür yazısız kurallara ise *ilke* adı verilmektedir.

İlkeler, yazılı olmamasına rağmen bir kutup yıldızı gibi hukukçuların yanlış yönlere gitmesine engel olur. Bazen de hükmün katı şekilde uygulanmasından doğan sertliği yumuşatan bir işleve sahiptir. Yazılı olmayan ancak yazılı hukuk kurallarının temelinde yatan ilkeler, hukuki uyumsuzluklarda her zaman doğrudan veya dolaylı olarak uygulama bulmaktadır. Örneğin, ahde vefa, hukukumuzda yazılı olarak belirlenmemiş olsa da birçok kurala kaynaklık etmiş olan ve hemen hemen her modern hukuk sisteminde yer bulan bir ilkedir. Aşağıda ilke ve kural temelinde anonim şirketler hukukunda bu tür ilkelerin yer alıp almadığını, yargı uygulamasının bunları tanıyıp tanımadığını ve kanun koyucunun Türk Ticaret Kanunu'nun anonim şirketlere ilişkin hükümlerinde ilke ve kuralları ne şekilde düzenlendiğine değineceğiz.

## IX.İLKE VE KURALLARIN TANIMI

İlkeler hukukumuzda tanımlanmamıştır. Türk Dil Kurumu Sözlüğünde ise, *ilke*, *temel düşünce*, *temel inanç*, *umde*, *prensip*, *temel bilgi*, *öge*, *unsur*, *her türlü tartışmanın dışında sayılan öncül* şeklinde tanımlanmıştır.

Bu tanımlara baktığımızda esasında sözlük anlamı ile hukuki anlam arasında bir benzerlik dikkati çekmektedir. Çünkü hukukta da ilke, hukuktaki temel bilgi, temel düşünce, her türlü tartışmanın dışında sayılan öncül niteliğindeki bilgidir.

Biz, bu tanımlardan ilkeyi, *temel bilgi* olarak ele almak istemekteyiz. Zira kimyanın ilkeleri, fiziğin ilkeleri ve hukukun ilkeleri ifadesi kullanılırken hep, bu alanlardaki/disiplinlerdeki temel bilgiye atıf yapılmaktadır. O halde hukuki anlamda ilkeyi şöyle tanımlayabiliriz: Bir hukuk sisteminde yazılı olmamasına rağmen o hukuk sistemine ve kurallarına yön veren, kuralların oluşmasına kaynaklık eden, insanlık tarihinin çekişmeleri, kavgaları ve yargılamaları neticesinde netleşmiş, yazılı veya yazısız şekilde yer bulan,

genel kabul gören temel bilgidir<sup>526</sup>. Bu tanım kapsamında hukuk sistemlerinde birçok ilke kabul görmektedir. Hatta bir hukuk sisteminde farklı hukuk alanları içinde -örneğin, ceza hukukunda, anayasa hukukunda, ticaret hukukunda, usul hukukunda- alt disipline ilişkin ilkeler de oluşmuştur. Bu yönüyle ceza hukukunda, *kanunsuz suç ve ceza olmaz, kanunilik ilkesi, bir suçtan iki ceza verilmez* gibi ilkeler göze çarparken, ticaret hukukunda, *bütünlük ilkesi, emek ilkesi, eşit işlem ilkesi, sermayenin korunması ilkesi* gibi birçok ilke karşımıza çıkmaktadır.

İlkeler bu şekilde tanımlandıktan sonra ilkelerin unsurlarını şöyle belirleyebiliriz.

- **İlkeler, genellikle yazısızdır:** İlkeler uzun süreli uygulamadan ortaya çıkmış olup, çoğu zaman yazısızdır. Ancak yazılı olan birçok hükme ışık tutarlar. Örneğin, ahde vefa ilkesi. Hukukumuzda ahde vefaya ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak TMK'nin 2. maddesi başta olmak üzere birçok pozitif düzenleme ahde vefa ilkesinin ete kemiğe bürünmüş halidir. Ancak ilkeler yazısız olmasına rağmen kanun koyucu, bazen ilkeleri yazılı hale getirmiş olabilir. Bu durum bir ihtiyaçtan doğabileceği gibi doğmayabilir de. Örneğin, dürüstlük kuralı. Esasında bir ilke niteliği taşıyan dürüstlük kuralı, Türk Medeni Kanunu tarafından hükme bağlanmıştır.

Bu noktada tartışmamız gereken husus, bir ilke, kural olarak bir kanun metninde ilke olduğu belirtilerek yer bulursa artık onu ilke mi yoksa kural olarak mı nitelendirmek gerekir? Kanaatimizce bu sorunun cevabı şu şekilde verilmelidir: İlke her zaman üst norm/referans norm niteliği taşıdığından, o ilke, kural şekline bürünse de ilke özelliğini yitirmez. Örneğin, suçta ve cezada kanunilik ilkesi. Suçta ve cezada kanunilik, bir ilke olmasına rağmen TCK'de yer bulmuştur. TCK m. 2/1'in başlığı suçta ve cezada kanunilik ilkesidir. Esasında bu hükümlerle, temelde ilke olarak kabul edilen bir üst norm, yine ilke başlığı altında düzenlemeye kavuşturulmuştur. Bu bakımdan bir sorun olmamaktadır. Asıl sorun, ilke olarak kabul edilen bir hususun onun ilke olduğu belirtilmeden düzenlemeye kavuşturulmasıdır. Böylesi bir durumda kanaatimizce ilkeye, ilke olduğu belirtilmeden kural olarak yer verilse de bunun bir ilke olduğunu kabul etmek gerekir. Türkçede çok güzel bir atasözü vardır. *Altın yere düşmeyle pul olmaz*. Bu cümleden olmak üzere, ilkeler, ilke olduğu belirtilmeden kural olarak düzenlense de *ilke her zaman*

<sup>526</sup> İlke kural ayrımı hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Borowski, Martin, *Grundrechte als Prinzipien*, Nomos, Baden-Baden, 2018, s. 116 vd.

ilkedir. Örneğin, TMK madde 2'de *dürüst davranma* başlığı altında düzenleme yapılmıştır. Burada ilke olduğu belirtilmese de yine de bir ilke vardır.

Bir başka sorun ise, ilke olmayan bir hususun ilke başlığı altında kanunda düzenlenmesidir. Örneğin, TTK m. 457/f.1'de anonim şirket yönetim kurulu tarafından sermaye artırımının türüne göre bir beyan imzalanacağı, beyanın bilgiyi açık, eksiksiz, doğru ve dürüst bir şekilde verme ilkesine göre hazırlanacağı belirtilmiştir. Bu hükümde beyanın bilgiyi açıkça vermesi ilkesi, beyanın bilgiyi eksiksiz vermesi ilkesi, beyanın bilgiyi doğru vermesi ilkesi ve beyanın bilgiyi dürüst şekilde vermesi ilkesi belirtilmiştir. Esasında bu sayılanların biz ilke olduğunu düşünmüyoruz. Ama kanun koyucu bunların bir ilke olduğunu belirtmiştir. Bu kapsamda kanaatimizce ilke olmayan bir hususun ilke olarak düzenlenmesinin doğru olmadığını, ilke olmayan bir hususun ilke olarak düzenlenmesinin de o hususu ilke yapmaya yetmeyeceğini belirtmek isteriz. Ancak zamanla bu düzenlemeler kuralın lafzı gereği ilke olarak inceleneceğinden zamanla ilke olarak hukuk hayatına yerleşebilecektir. Tam aksi durum da oluşabilir. Öğretide ve mahkeme kararları ile bu normun bir ilke olmadığı vurgulana vurgulana artık kanun koyucu bunu ilke olarak düzenlemekten vazgeçebilir. Nihayetinde ilke olmayan bir hususun ilke olarak düzenlenmesinin, ilkenin üst referans norm özelliğine zarar vereceğini de düşünmekteyiz.

- **İlkeler, çok uzun sürede oluşmuş, damıtılmış su gibidir, esasında özdür:** Gerçekten de baktığımızda ilke dediğimiz şey, çok uzun sürede ortaya çıkmıştır. İlkeler, insanlığın acı-tatlı tecrübesiyle oluşmuş damıtılmış bir su gibidir. Örneğin, *hiç kimse, suçluluğu mahkemenin kesinleşmiş hükmü ile sabit oluncaya kadar suçlu ilan edilemez ve mahkûm edilemez* şeklinde ifade edilen masumiyet karinesi ilkesi. Bu ilkeye ulaşana kadar insanlık birçok acılar çekmiştir. İnsanlık bu acılara uzun süre maruz kaldığından artık tecrübe elde etmiştir ve bu yılların tecrübesi bir cümle şeklinde masumiyet karinesi olarak ifade edilmiştir. Benzer şekilde Nullum crimen, nulla poena sine lege şeklinde ifade edilen *kanunsuz suç, kanunsuz ceza olmaz* ilkesini sayabiliriz.
- **Hakimler, yazılı olmasa da ilkeleri yargulamada uygulayabilir hatta uygulamak zorundadır.**

1982 Anayasasının 138. maddesinin 1. fıkrasına göre, *Hakimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanı*

kanaatlerine göre hüküm verirler<sup>527</sup>. Bu maddede yer alan hukuk ibaresinin pozitif normlar dışında ilkelere işaret ettiğini düşünmekteyiz. Dolayısıyla hâkimler, yargılamada pozitif normlar yanında hukuk sisteminde kabul gören ilkelere de bakarak karar verebilir. Örneğin, HGK, 2005 yılında vermiş olduğu bir kararda<sup>528</sup>, *Türk Medeni Kanununun 578. maddesinde sayılan mirastan yoksunluk nedenleri ve bu düzenlemeye koştur bulunan 5434 sayılı Kanunun 77. maddesi sosyal güvenlik hukuku alanında da evrensel hukuk ilkeleri arasında yer alan "hiç kimsenin kendi kusurundan yararlanamayacağı" ilkesinin gözetilmesini zorunlu kılmakta, sigortalının kasten öldürülmesi halinde, 506 sayılı Kanunun 68. maddesinde öncelikle aranan "ölüm aylığına hak kazanma" olgusunun gerçekleşmediği sonucunu ortaya koymaktadır. Aksine düşünce, yasa koyucunun temel kavramlar yönünden sosyal güvenlik kurumları arasında farklılık yaratmak istediği sonucunu ortaya koyacaktır ki, bu durumda buna ilişkin düzenlemeye yasa metninde açıkça yer verilmiş olması gerekirdi diyerek açıkça ilkelerin uygulanmasını kabul etmiştir.*

Bu örnek tam da Dworkin'in de savunduğu görüştür. Nitekim Dworkin, zor davalarda, kurallar sisteminin işlemediğini bu tür davalarda, ilkelerin, karara konu olabilecek hak ve yükümlülüklerle ilişkin destekleyici argümanlar ortaya koyacağını, hâkimin bu durumda, yargı kararında ortaya koyacağı kural için bir ilkeye dayandığını ileri sürmektedir<sup>529</sup>. Hatta yazar, örnek olarak murisi öldüren bir mirasçının, aksine kural olmadığı için mirasa hak kazanmasını engelleyen hususun, "hiç kimse kendi hatasından yarar sağlayamaz" ilkesi olduğunu vurgulamıştır<sup>530</sup>.

## X. İLKE VE KURALLAR BAĞLAMINDA HART-DWORKİN TARTIŞMASI

İlke ve kural tartışması denince akla Hart ve Dworkin gelmektedir. Konunun daha iyi anlaşılması bakımından bu iki düşünürün görüşlerine yer vermekte yarar bulunmaktadır.

Hart, hukuku, kurallardan ibaret saymakta, hukuku, birincil ve ikincil kuralların birliği kabul etmektedir. Yine ona göre, önüne gelen uyumsuzluğa

<sup>527</sup> Anayasal anlamda ilke-kural ilişkisi bakımından ayrıntılı bilgi için bkz. Tosun, Seyfullah: "Kurallar ve İlkeler: Alexy'nin İlke-Normunun Reddi ve Anayasal Hakların Normatif Olarak Yeniden Yapılandırılması", GSÜHFD, 2 (2022), s. 1576 vd.

<sup>528</sup> Yargıtay HGK, 15.06.2005 Tarih ve 2005/10-364 Esas ve 2005/390 Karar sayılı kararı (<https://www.turkhukusitesi.com/serh.php?did=14471>) (Erişim: 10.11.2024).

<sup>529</sup> Dworkin Ronald, *Hakları Ciddiye Almak*, (Çev. Ahmet Ulvi Türkbay), Ankara: Dost Kitabevi, 2007 s. 53-54.

<sup>530</sup> Dworkin, 2007, s. 47

mevcut hukuk kuralları içinde bir çözüm bulamadığında (yani boşluk olduğunda) hâkimin yapabileceği şey, takdirini kullanmak ve sonuca varmaktır. Burada hâkim, elinde hukuk kuralı olmadığından ya da kural yeterli olmadığından, kuralı aşan bir takdir kullanacaktır<sup>531</sup>. Buna karşın Dworkin ise, hukuku, kurallardan ibaret görmemekte, hukukun formülünün hukuk eşittir kural, artı ilkeler olduğunu ileri sürmektedir. Dworkin, devamında, ilkelerin kuralların hem temeli, hem sebebi, hem meşruiyet kaynağı, hem de gerekçesi olduğunu savunmakta, hakimin önüne gelen uyumsuzluk için bir normu yeterli bulamadığında yapacağı şeyin Hart'ın dediği gibi tamamen normdan bağımsız olarak yalnızca hukukun genel mantığı ve sağduyu ile karara varmak olmadığını, hakimin bu durumda hukuk ilkeleriyle bağlı olduğunu kabul etmektedir. Yani hakimin takdirinin hukuk ilkeleriyle sınırlı olduğunu düşünmektedir. Dworkin ilkelerin, kurallardan daha ağır bir konuma sahip olduğunu, kuralların, ilkenin uygulanışını gösterdiğini, kurallarda bir boşluk ortaya çıktığında ilke argümanı aracılığı ile boşluğun doldurulabileceğini, ayrıca daha da fazlası olarak kuralın, ilkeye aykırı olduğu geçerli olarak gösterilebilirse, kuralın geçersiz sayılıp, uygulanamayacağını ileri sürmüştür. Hatta Dworkin'e göre kural, politik temelli olabilirken, ilke, hak temellidir<sup>532</sup>.

Bu tartışmalar temelinde bizim hukuk sisteminin Anayasanın 138. maddesi karşısında ilkeleri tanıdığını düşünmekteyiz. Anayasa koyucu, 138. maddede kanun yanında hukuk kurallarına yer vererek, pozitif düzenlemeler dışında da ilkelerin tanınması gerektiğine işaret etmektedir. Yukarıda verdiğimiz Hukuk Genel Kurulu kararı da somut bir uyumsuzluk kapsamında ilkeleri tanımaktadır. Ayrıca belirtmek gerekir ki, konumuz bağlamında anonim şirketler hukuku kapsamında da kanun koyucu gibi üst mahkemeler de ilkeleri tanımakta onlara yer vermektedir.

## **XI. ANONİM ŞİRKETLERE İLİŞKİN HÜKÜMLERDE GENEL KABUL GÖREN İLKELER**

Bu başlık altında açıklama yapılırken öncelikle öğretilerde genel kabul gören ilkelere, daha sonra yüksek mahkeme kararlarında yer verilen ilkelere değinilecektir.

<sup>531</sup> Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, 3. Edition, Oxford: Oxford University Press, 2012; Türkbağ, Ahmet Ulvi. "Hart-Dworkin Tartışmasının Ana Hatları", *Anayasa Yargısı Dergisi*, 27/1 (2011), s. 73.

<sup>532</sup> Türkbağ, s. 72 vd.

Türk öğretisinde anonim şirketlere ilişkin olarak birçok ilke kabul edilmektedir. Bu ilkeler belli başlı olarak şunlardır: Çoğunluk ilkesi, malvarlığının ve sermayenin korunması ilkesi sermayenin korunması ilkesi, sınırlı sorumluluk ilkesi, emredici hükümler ilkesi, eşit işlem ilkesi, pay sahiplerinin şirkete borçlanma yasağı, devletin ilgilenmesi ilkesi, oransallık ilkesi, kamuyu aydınlatma ilkesi, dışardan denetleme ilkesi, şirkete borçlanma yasağı, yabancı malvarlığını işletme ilkesi.

Bu ilkeler incelendiğinde, bazılarının kanun tarafından düzenlendiği, bazılarının ise hükme bağlanmadığı görülmektedir. Örneğin, eşit işlem ilkesi, emredici hükümler, kamuyu aydınlatma, şirkete borçlanma yasağı ilkesinin düzenlendiği diğerlerinin ise hükme bağlanmadığı görülmektedir.

Öğreti yanında yüksek mahkeme kararlarında da bu ilkelerin tanındığına tanık olunmaktadır. Örneğin Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 12.11. 2014 tarih ve 2014/801 Esas ve 2014/891 Karar sayılı kararında payın devredilebilirliği ilkesi şu şekilde ifade edilmiştir: *Anonim şirket tarafından henüz pay senedi ihraç edilmemiş olması ve ilmühaber dahi çıkarılmaması, anonim şirkette pay devrine engel teşkil etmeyecektir. Anonim ortaklığın çıplak paylarının devri konusunda 6762 sayılı TTK'da bir hüküm bulunmamakta olup, **payın devredilebilirliği ilkesi** uyarınca, çıplak payın da senede bağlanmış paylar gibi serbestçe devredilebileceği, bu devrin 818 sayılı BK.nun 162 ve devamı (6098 sayılı TBK 183) maddelerine göre alacağın temlik hükümleri çerçevesinde olacağı kabul edilmiştir.*

Yine Yargıtay'ın bazı kararlarında sermayenin korunması ilkesi açıkça vurgulanmıştır. Yargıtay 23. Hukuk Dairesi, 24.1. 2014 tarih ve 2013/7191 Esas ve 2014/420 Karar sayılı kararında *anonim şirketlerde geçerli olan en önemli ilkelerden birisinin **sermayenin korunması ilkesi** olduğu, bu sayede hem şirket, hem de alacaklılar ve ortakların korunduğu, sermaye artırımının gereği gibi yapılmaması ile bu ilkeye ve TTK nin ilgili düzenlemelerine aykırı hareket edilmiş olacağı* belirtilmiştir.

Bundan başka pay sahibi/ortak ile tüzel kişinin malvarlıklarının ayrılığı ilkesi de kararlarda yer bulmaktadır. Örneğin, Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 2014/15725 Esas ve 2015/4381 Karar sayılı kararında bu ilke şu şekilde vurgulanmıştır: *Ayrıca tek pay sahipli anonim ortaklık ile tek ortaklı limited ortaklarda pay sahibi/ortak ile **tüzel kişinin malvarlıklarının ayrılığı ilkesi** emredici bir hüküm haline gelmiş, (TK.m 372, 629) aksi halde perdenin kaldırılması davasının ikamesinin açılmasına imkan verilmiştir.*



Yargıtay kararlarında yer bulmuş bir diğer ilke ise eşit işlem ilkesidir. Eşit işlem ilkesi, TTK'de ve öğretide ilke olarak kabul edilmiştir. Nitekim Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 08.4.2019 tarihli 2018/353 E.- 2019/2685 K. sayılı kararında; " Şirket bünyesinde aynı zamanda yönetim kurulu üyesi olarak da görev yapan ortaklıkların elde edilen kârdan daha fazla pay alabilmesinin önü açıldığından, yönetim kurulu üyelerine kar payı dağıtılması kararı **eşit işlem ilkesine** aykırılık oluşturmaktadır. Örtülü kâr payı dağıtma amacı taşıyan ve eşit işlem ilkesine aykırı olan kararın butlanına karar verilmesi gerekirken bu hususta bir değerlendirme yapılmaması isabetli olmamıştır." .

Bundan başka tüzel kişilik perdesinin aralanması ilkesine atıfta bulunulmuştur. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 01.07.2020 tarih ve 2019/808 Esas ve 2020/504 Karar sayılı kararında "hemen belirtilmesi gerekir ki, öğreti ve uygulamada özellikle vurgulandığı üzere; **mal varlığının bağımsızlığı ve sınırlı sorumluluk ilkelerinin** istisnası olan tüzel kişilik perdesinin aralanması teorisi ancak istisnai ve sınırlı durumlarda titizlikle uygulanması gereken bir teoridir" şeklinde bir ifadeye yer vermiştir.

Bu ilkeler dışında ticaret ortaklıklarında sınırlı sayı ilkesi Yargıtay tarafından kabul edilmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 9.6.2020 tarih ve 2020/94 Esas ve 20202/358 Karar sayılı kararında "yine Hukukumuzda kişiler; gerçek kişiler ve tüzel kişiler olarak ikili bir ayrıma tabi tutulmuştur. Başlı başına bir varlığı olmak üzere örgütlenmiş kişi toplulukları ve belli bir amaca özgülenmiş olan bağımsız mal toplulukları kendileri ile ilgili özel hükümler uyarınca tüzel kişilik kazanırlar. Amacı hukuka veya ahlâka aykırı olan kişi ve mal toplulukları ise tüzel kişilik kazanamaz (TMK m. 47). T\*\*\*\* \*\* cins, yaş, husumlik gibi yaradılış gereği insana özgü niteliklere bağlı olanlar dışındaki bütün haklara ve borçlara ehildirler (TMK m. 48) ve kanuna ve kuruluş belgelerine göre gerekli organlara sahip olmakla, fiil ehliyetini kazanırlar (TMK m 49). Türk hukuku ticaret ortaklıklarında **sınırlı sayı ilkesini kabul etmiştir**" şeklinde ifade kullanılmıştır.

Ek olarak Yargıtay kararlarında mal varlığının bağımsızlığı ilkesi vurgulanmıştır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 01.7. 2020 tarih ve 2019/808 Esas ve 2020/504 Karar sayılı kararında , "T\*\*\*\* \*\* bu malvarlığının onu oluşturan kişilerin malvarlığından da bağımsız olması gerektiğini belirten bu temel ilkeye '**mal varlığının bağımsızlığı' veya 'mal ayrılığı' ilkesi** denilmektedir" şeklinde ifadeye yer verilmiştir.

Son olarak tüzel kişilerin borçlarından dolayı başkalarının sorumlu tutulamayacağı ilkesi şu şekilde ifade edilmiştir. "Tüzel kişilik perdesinin aralanması, **tüzel kişilerin borçlarından dolayı başkalarının sorumlu tutulamayacağı ilkesinin**, özellikle şirketlerin sadece sermayeleri ile sorumlu

*olacakları ve tüzel kişilerin borçlarından dolayı ortakların sorumlu tutulamayacağı kuralının önemli bir istisnasını teşkil etmektedir.<sup>533</sup>*

## XII. KANUN KOYUCUNUN TÜRK TİCARET KANUNU'NUN ANONİM ŞİRKETLERE İLİŞKİN HÜKÜMLERİNİN İLKE VE KURAL TERİMLERİ BAĞLAMINDA İNCELENMESİ

Yukarıda ilkelerin neler olduğu ortaya konulduktan sonra Türk anonim şirketler hukukunda öğreti ve Yargıtay kararlarının bu konuya yaklaşımı ele alınmıştır. Şimdi ise, Türk Ticaret Kanunu'nun anonim şirketlere ilişkin hükümlerinin ilkelere yaklaşımı ele alınacaktır.

Peşinen belirtmek gerekir ki, TTK'nin anonim şirketler hukukuna ilişkin 2. Kitabının 4. Kısımında *ilke* terimi özensizce kullanılmıştır. İlkenin yukarıda ne olduğu açıklanmıştır. Bu anlamda anonim şirketler kısmında 17 yerde ilke sözcüğü kullanılmıştır. Bu terimin kullanımlarına baktığımızda şunları tespit edebiliyoruz.

- a. Türk Ticaret Kanunu'nun *Değer biçme* başlığını taşıyan 343. maddesinin 1. fıkrasında *aynı olarak konulan her varlık karşılığında tahsis edilmesi gereken pay miktarı ile Türk Lirası karşılığı, tatmin edici gerçeklerle ve hesap verme ilkesinin* icaplarına göre açıklanır ibaresi geçmektedir. Maddede geçen *hesap verme* ibaresinin bir ilke olup olmadığı hususunda tereddüt yaşamaktayız. Aynı terimi 473. maddenin 1. fıkrasında da görmekteyiz. *Bir anonim şirket sermayesini azaltarak, azaltılan kısmın yerine geçmek üzere bedelleri tamamen ödenecek yeni paylar çıkarmıyorsa, genel kurul, esas sözleşmenin gerektiği şekilde değiştirilmesini karara bağlar. Genel kurul toplantısına ilişkin çağrı ilanlarında, mektuplarda ve internet sitesi bildiriminde, sermaye azaltılmasına gidilmesinin sebepleri ile azaltmanın amacı ve azaltmanın ne şekilde yapılacağı ayrıntılı bir şekilde ve hesap verme ilkelerine uygun olarak açıklanır.*
- b. Kanunun *temel ilkeler* başlığını taşıyan 357 ve 358. maddelerine baktığımızda 357. maddede ifade edilen *eşit işlem ilkesinin* gerçekten öğreti ve yargı uygulamasının kabul ettiği üzere bir ilke olduğunu

<sup>533</sup> Bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 01.07.2020 tarih 2019/808 Esas ve 2020/504 Karar sayılı kararı (www.kazanci.com.tr). (Erişim: 11.12. 2024).

belirtmek isteriz<sup>534</sup>. Eşit işlem ilkesi, 6762 sayılı kanun döneminde pozitif bir hüküm olarak yer almamasına rağmen, öğreti ve yargı kararlarında bir ilke olarak kabul görmekte idi. 358. madde için aynı şeyleri söylemek mümkün değildir. Bu madde, pay sahiplerinin, sermaye taahhüdünden doğan vadesi gelmiş borçlarını ifa etmedikçe ve şirketin serbest yedek akçelerle birlikte kârı geçmiş yıl zararlarını karşılayacak düzeyde olmadıkça şirkete borçlanamayacağını belirtmiştir. Bu hüküm de 6102 sayılı kanuna yeni alınmıştır. 6762 sayılı kanun döneminde de bu, ne hüküm olarak yer alıyordu ne de bir ilke olarak öğreti ve yargı kararlarınca tanınıyordu. 6102 sayılı kanun temel bir ilke olarak pay sahiplerinin şirkete borçlanma yasağının bir ilke olarak düzenlenmiştir. Biz burada bir ilke olduğunu düşünmemekteyiz.

- c. Kanununun 361. maddesinde sigorta başlığı altında şu hüküm düzenlenmiştir. *Yönetim kurulu üyelerinin, görevlerini yaparken kusurlarıyla şirkete verebilecekleri zarar, şirket sermayesinin yüzde yirmibeşini aşan bir bedelle sigorta ettirilmiş ve bu suretle şirket teminat altına alınmışsa, bu husus halka açık şirketlerde Sermaye Piyasası Kurulunun ve ayrıca pay senetleri borsada işlem görüyorsa borsanın bülteninde duyurulur ve kurumsal yönetim ilkelerine uygunluk değerlendirmesinde dikkate alınır.* Bu maddede geçen kurumsal yönetim ilkeleri ibaresi gerçekten de hem öğreti hem yargı uygulaması hem de kanun<sup>535</sup> tarafından kabul edilmiş üzerinde uzlaşılan bir ilkedir<sup>536</sup>.
- d. TTK'nin 379. maddesinde şirketin kendi paylarını iktisap veya rehin olarak kabul etmesi hükmüne bağlanmıştır. Hükmün son fıkrasında *pay senetleri borsada işlem gören şirketler hakkında, Sermaye Piyasası Kurulu şeffaflık ilkeleri ile fiyata ilişkin kurallar yönünden gerekli düzenlemeleri yapar* hükmü yer almaktadır. Şeffaflık ilkesi sermaye piyasası hukukunda kabul gören bir ilkedir.
- e. TTK'nin 391. maddesinde yönetim kurulunun batıl kararları düzenlenmiştir. Burada *sermayenin korunması ilkesini gözetmeyen*

<sup>534</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Yıldız, Şükrü, *Anonim Ortaklıkta Pay Sahipleri Açısından Eşit İşlem İlkesi*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2024.

<sup>535</sup> Ayrıca Sermaye Piyasası Kanunu'nun 17. maddesinin başlığı da "Kurumsal yönetim ilkeleri" dir.

<sup>536</sup> Demir, H. Erdal. *Sermaye Piyasası Kurulu'nun Anonim Şirketlerdeki Yönetim Kuruluna İlişkin Kurumsal Yönetim İlkeleri*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2013.

kararların batıl olacağı ifade edilmiştir. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere bu ilke hem yargı uygulaması hem de öğretide bir ilke olarak ele alınmıştır. Kanun koyucunun burada sermayenin korunmasını bir ilke olarak düzenlemesi yerinde olmuştur.

- f. Kanunun 397. maddesinde denetleme hükme bağlanmış ve “Denetime ilişkin usul ve esaslar ile bu fıkra uyarınca denetim yapacak denetçilerin niteliklerine, uyacakları **etik ilkelere**, görev ve yetkilerine, seçilmelerine, görevden alınmalarına veya ayrılmalarına; denetimin ve denetim raporlarının içeriğine ve raporun genel kurula sunulmasına ilişkin hususlar Cumhurbaşkanınca çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.” denmiştir. Bu maddede geçen *etik ilkeler* ile bazı görevlerde görevi ifa eden kişilere yönelik meslek etiği kuralları kastedilmektedir. Dolayısıyla konumuz anlamında burada bir ilke yer almamaktadır.
- g. TTK'nin 398. maddesinde *Denetleme, şirketin ve topluluğun, malvarlıksal ve finansal durumunun 515 inci madde anlamında **dürüst resim ilkesine** uygun olarak yansıtılıp yansıtılmadığını, yansıtılmamışsa sebeplerini, dürüstçe belirtecek şekilde yapılır* hükmü yer almaktadır. Dürüst resim ilkesi kanunda ilke olarak yer bulmuştur. Ayrıca 515. maddenin 1. fıkrasında da başlık dürüst resim ilkesidir. Buna göre, *anonim şirketlerin finansal tabloları, Türkiye Muhasebe Standartlarına göre şirketin malvarlığını, borç ve yükümlülüklerini, öz kaynaklarını ve faaliyet sonuçlarını tam, anlaşılabilir, karşılaştırılabilir, ihtiyaçlara ve işletmenin niteliğine uygun bir şekilde; şeffaf ve güvenilir olarak; gerçeği dürüst, aynen ve aslına sadık surette yansıtacak şekilde çıkarılır. Öğretideki çalışmalarda da söz konusu terimin bir ilke olarak ele alındığı görülmektedir. Dolayısıyla burada gerçek anlamda bir ilke olduğu düşünülmektedir.*
- h. TTK'nin 420. maddesinin 2. fıkrasında *azlığın istemiyle bir defa ertelendikten sonra finansal tabloların müzakeresinin tekrar geri bırakılmasının istenebilmesi, finansal tabloların itiraza uğrayan ve tutanağa geçmiş bulunan noktaları hakkında, ilgililer tarafından, **dürüst hesap verme ölçüsü ilkeleri** uyarınca cevap verilmemiş olması şarttır* hükmüne yer verilmiştir. Bu fıkrada geçen dürüst hesap verme ölçüsü ilkeleri ile neyin kastedildiği açık değildir.
- i. TTK'nin 425. maddesinin üst başlığı *ilke* olarak geçmektedir. Hükümde yer alan *ilke* sözcüğünün kullanımının yukarıdaki açıklamamalarımız doğrultusunda yerinde olmadığını

düşünmekteyiz. Bu hükümde bir ilkeye yer verilmemiştir. Aynı durumu, 434. maddede, 452. maddede, 463. maddede, 480. maddede, 490. maddede, 492. maddede ve 590. maddede görmekteyiz.

- j. TTK'nin 437. maddesinde pay sahibinin bilgi alma ve inceleme hakkı düzenlenmiştir. Hükümün ikinci fıkrasında *Pay sahibi genel kurulda, yönetim kurulundan, şirketin işleri; denetçilerden denetimin yapılma şekli ve sonuçları hakkında bilgi isteyebilir. Bilgi verme yükümü, 200 üncü madde çerçevesinde şirketin bağlı şirketlerini de kapsar. Verilecek bilgiler, **hesap verme ve dürüstlük ilkeleri** bakımından özenli ve gerçeğe uygun olmalıdır* hükmü yer almaktadır. Fıkra hesap verme ve dürüstlük ilkeleri terimi geçmektedir. 420. maddenin 2. fıkrasında **dürüst hesap verme ölçüsü ilkeleri** terimi geçmekte idi. Burada geçen ifadeler ile 437. maddede geçen ifadelerin aynı olduğunu düşünmekteyiz. Kanun koyucu terim birliği sağlayamamıştır.
- k. Kanununun 457. maddesinin 1. fıkrasında *Yönetim kurulu tarafından sermaye artırımının türüne göre bir beyan imzalanır. **Beyan, bilgiyi açık, eksiksiz, doğru ve dürüst bir şekilde verme ilkesine** göre hazırlanır* hükmü yer almaktadır. Bu hükümde geçen ifadelerin 437. ve 420. maddede geçen ilke ibareleri ile birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir. Ancak şunu belirtmek gerekir ki bir terimin ilke olabilmesi için öncelikle yeknesak bir kullanımı olmalıdır. Aksi takdirde üzerinde uzlaşılan bir terim birliği sağlanamadığı takdirde ilke oluşması zordur.
- l. Kanununun 460. maddesinin 2. fıkrasında kamuyu aydınlatma ilkesinden bahsedilmiştir. *Yönetim kurulu, bu kararında; artırılan sermayenin tutarını, çıkarılacak yeni payların itibarî değerlerini, sayılarını, cinslerini, primli ve imtiyazlı olup olmadıklarını, rüçhan hakkının sınırlandırılıp sınırlandırılmadığını, kullanılma şartları ile süresini belirtir ve bu hususlarla **kamuyu aydınlatma ilkesi** uyarınca gerekli olan diğer konularda bilgi verir.* Kamuyu aydınlatma ilkesi gerçekten de Türk hukukunda hem kanun düzeyinde hem de öğreti ve yargı uygulaması bakımından ilke olarak kabul edilmiş bir terimdir<sup>537</sup>.

<sup>537</sup> Tekinalp, Ünal, *Anonim Ortaklığın Bilançosu ve Yedek Akçeleri (Kamuyu Aydınlatma İlkesi ile)*, İstanbul: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1970.

## SONUÇ

Dil, insanların duygu ve düşüncelerini ifade etmeye yarayan en önemli araçtır. Dilimizde *ilke* sözcüğü, temel düşünce, temel inanç, umde, prensip, temel bilgi, öge, unsur, her türlü tartışmanın dışında sayılan öncül şeklinde tanımlanmıştır. Hukuki anlamda ise, yazılı olsun veya olmasın hukuksal temel düşünce, temel bilgi olarak karşımıza çıkmaktadır. Hal böyle olunca ilke sözcüğünün kullanımında da ilkeli davranmak ve ilke olan bir hususu ilke adı altında düzenlemek, ilke olmayan bir hususu ilke başlığı altında düzenlememek gerekir. Aksi takdirde zamanla ilkelere güven azalır ve ilkelerin temel bilgiyi ve düşünceyi ifade etmesi özelliği ortadan kalkar. Bu anlamda TTK'nin ilke sözcüğünü çok da yerinde kullanmadığı, ilke olmayan hususları ilke başlığı altında düzenlediği görülmektedir. Kanun değişikliği yapıldığı aşamada bunun göz önünde bulundurulması yerinde olacaktır. Böylece her zaman hukukçuların kutup yıldızı olan ilkeler, yol gösterici olacaktır. Aksi takdirde ilkeler zedelenirse hukukçular yolunu şaşırabilir.

## **KAYNAKÇA**

- Borowski, Martin. *Grundrechte als Prinzipien*. Nomos, Baden-Baden, 2018.
- Demir, H. Erdal. *Sermaye Piyasası Kurulu'nun Anonim Şirketlerdeki Yönetim Kuruluna İlişkin Kurumsal Yönetim İlkeleri*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2013.
- Dworkin, Ronald. *Hakları Ciddiye Almak*, (Çev. Ahmet Ulvi Türkbağ), Ankara: Dost Kitabevi, 2007.
- Hart, H. L. A. *The Concept of Law*, 3. Edition, Oxford: Oxford University Press, 2012.
- Tekinalp, Ünal. *Anonim Ortaklığın Bilançosu ve Yedek Akçeleri (Kamuyu Aydınlatma İlkesi ile)*. İstanbul: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1970.
- Tosun, Seyfullah: “Kurallar ve İlkeler: Alexy'nin İlke-Normunun Reddi Ve Anayasal Hakların Normatif Olarak Yeniden Yapılandırılması”, *GSÜHFD*, 2 (2022): (ss. 1575-1629).
- Türkbağ, Ahmet Ulvi. “Hart-Dworkin Tartışmasının Ana Hatları”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, 27/1 (2011): (ss. 71-82).
- Yıldız, Şükrü. *Anonim Ortaklıkta Pay Sahipleri Açısından Eşit İşlem İlkesi*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2024.



