



ERCIYES ÜNİVERSİTESİ  
**HUKUK**  
FAKÜLTESİ DERGİSİ

CİLT: XVI • SAYI: 2 • YIL: 2021 ISSN: 1306-3839

ERCIYES ÜNİVERSİTESİ  
**HUKUK**  
FAKÜLTESİ DERGİSİ

CİLT: XVI  
SAYI: 2  
YIL: 2021



**ERCİYES ÜNİVERSİTESİ**  
**HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**





# **ERCIYES ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**

**CİLT: XVI**

**SAYI: 2**

**YIL: 2021**

**EKİM - 2021**

**KAYSERİ**

## **SAHİBİ (Owner)**

Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı Adına

Prof. Dr. Yunus YOLDAŞ (Dekan V.)

## **SORUMLU MÜDÜR (Responsible Manager)**

Fatma HAVUR (Fakülte Sekreteri)

<b><u>HABERLEŞME ADRESİ</u></b>  ERCİYES ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ  38039 / <b>MELİKGAZİ- KAYSERİ</b>	<b><u>TLF</u></b> : +90 352 438 06 61 +90 352 437 49 01 / 38000 <b><u>FAKS</u></b> : +90 352 438 06 62 <b><u>E-MAIL</u></b> : eruhukukdergisi@gmail.com <b><u>ISSN</u></b> : 1306-3839 <b><u>Basım Tarihi:</u></b> EKİM 2021
--	---

Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi ULAKBİM tarafından taranan ve yılda iki defa yayımlanan hakemli bir dergidir.

Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir;  
Fakülteyi bağlamaz.

## **Dizgi ve Mizanpaj**

Tezmer

## **Baskı**

Tezmer Matbaası, MELİKGAZİ/ KAYSERİ

## AMAÇ

---

Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, hukuk alanında ve hukukla bağlantılı alanlarda özgün ve bilimsel çalışmalarla ulusal düzeyde literatüre katkıda bulunmayı amaçlar.

## KAPSAM

---

Kamu hukuku ve özel hukuk alanında özgün ve bilimsel araştırma makaleleri, karar incelemeleri, mevzuat değerlendirmeleri, kitap incelemeleri ve çeviriler, dergimizin yayın kapsamına girmektedir.

## YAZIM KURALLARI

---

1. Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (ERÜHFD) ULAK-BİM tarafından taranan, Nisan ve Ekim sayısı olmak üzere yılda iki defa yayımlanan hakemli bir dergidir. Yayımlanması istenen çalışmaların Nisan sayısı için 31 Ocak; Ekim sayısı için 30 Temmuz tarihine kadar Fakültemize teslim edilmesi veya **eruhukuk-dergisi@gmail.com** mail adresine gönderilmesi gereklidir.

2. Dergide yayımlanmak üzere gönderilen bilimsel nitelikli çalışmaların kamu hukuku, özel hukuk ve mali hukuk alanlarına ilişkin ve daha önce başka bir yerde yayımlanmamış olması gerekir. Çevirilerin yayımlanmış olduğu dildeki asıl nüshası ile birlikte gönderilmesi şarttır.

3. Derginin yazı dili esas olarak Türkçe olmakla birlikte, dergide yabancı dilde çalışmalara da yer verilmektedir. Çalışmalar Türkçe veya yabancı dillerden herhangi birinde yazılmış olsalar dahi, her bir çalışmada, metnin amacını en iyi ifade edecek şekilde, en az

100, en çok 200 kelimedenden oluşan özet bulunmalıdır. Özetler, Türkçe ve İngilizce, Almanca, Fransızca yabancı dillerinden herhangi biri ile hazırlanmış olmalıdır. Ayrıca çalışmanın her iki dilde başlığı ve beşer anahtar kelime de çalışmanın başına eklenecek gönderilmelidir. Yazarların, Orcid ID numaralarını, mail adreslerini, görev yaptıkları kurumları yazar bilgilerinin yer aldığı dipnotta göstermeleri gerekmektedir.

**4.** Yayınlanmak üzere gönderilen makalenin metin kısmında, Türkçe başlık 12 punto altında İngilizce başlık gelecek şekilde olmalı, Türkçe başlık dışında geri kalan kısım Times New Roman 11 punto, satır aralığı 1,15 olmalıdır. Dipnotlar metin altında Times New Roman karakterinde 9 punto, satır aralığı 1 olmalıdır. 0,6 asıllı, paragraf sonrası 3 nk boşluk biçiminde yazılmalıdır. Bu şekilde hazırlanan yazılar kural olarak 40 sayfadan fazla olmamalıdır.

**5.** Yayınlanmak üzere gönderilecek çalışmalar Office 2000 ve üstü bir versiyonda yazılmış olarak dergiye gönderilmelidir. Word programındaki otomatik başlıklandırmalar kullanılmamalıdır.

**6.** Çalışmaların sonunda, çalışmalarda kullanılan kaynakların yazar soyadına göre alfabetik sıraya dizildiği kaynakçaya yer verilmelidir. Yararlanılan kaynaklara ilişkin metin içindeki atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir.

**7.** Yazarların dergiye gönderdikleri çalışmaların şekli ve içerik yönünden denetimini yapmış oldukları ve bu şekliyle "yayıma" hazır verdikleri kabul edilir.

# YAYIN POLİTİKASI

---

## **GENEL İLKELER**

Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (ERÜHFD) ULAKBİM tarafından taranan, Nisan ve Ekim sayısı olmak üzere yılda iki defa yayımlanan hakemli bir dergidir.

Dergide, hakem incelemesinden geçen çalışmaların yanı sıra kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi ve bilgilendirici notlara da yer verilir. Bu çalışmalar hakem incelemesine sunulmaz. Bu nitelikteki çalışmaların kabulü veya geri çevrilmesi, Yayın Komisyonu tarafından yapılır.

Dergide yayınlanan çalışmalarda ileri sürülen görüşlerden dolayı doğabilecek tüm sorumluluklar yazarlara aittir.

Dergimizde yayınlanan makalelerde araştırma ve yayın etiğine uyulması zorunludur.

Çalışmalar yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, yazarlar elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dahil olmak üzere tüm telif haklarını devretmiş sayılır, yazarlara ayrıca telif ücreti ödenmez.

## **DEĞERLENDİRME ve YAYIN SÜRECİ**

**Makalelerin Dergiye Teslimi:** Dergimizde yayınlanması istenen çalışmaların Nisan ayında çıkan sayı için 31 Ocak; Ekim ayında çıkan sayı için 30 Temmuz tarihine kadar eruhukukdergisi@gmail.com e-mail adresine gönderilmesi gerekmektedir.

**Ön İnceleme Aşaması:** Dergi mailine iletilen çalışmalar, dergi yazım kurallarına uygunluğu açısından yayın komisyonunca ön incelemeye tabi tutulmaktadır. Editör kurulunca ilk değerlendirilmesi yapılarak, yayımlanması uygun görülmeyen çalışmalar yazarına iade edilir. Yedi günlük ön inceleme sürecini olumlu şekilde tamamlayan çalışmalar, makale konusu ile ilgili editöre iletilmektedir.

**Hakem Atanma Süreci:** Ön inceleme sürecini olumlu bir şekilde tamamlayan makaleler ile ilgili hakem belirleme ve atama sürecine geçilir. Hakem belirleme ve atama süreci 60 gün içerisinde

tamamlanır. alışmalar, isimleri saklı tutulan hakem heyeti içinden, yazarın akademik unvanına göre daha st unvanlı iki (kr) hakeme değerlendirme için gönderilir.

**Hakem Değerlendirme Süreci:** Hakemlere değerlendirme için 20 gün normal süre, 20 gün ek süre verilmektedir.

Hakemlerin “doğrudan (bu haliyle) yayınlanabilir” şeklinde rapor verdiği çalışmalar dergimizce yayınlanmaktadır.

Hakemlerin “düzeltmelerden sonra yayınlanabilir” şeklinde rapor verdiği çalışmalar için, yazar(lar)a değerlendirmeler iletilerek düzeltmelerin yapılması istenmektedir.

Hakemlerden bir tanesinin “yayınlanamaz” şeklinde rapor vermesi halinde, diğer hakemin yayınlanabilir raporu vermesi şartıyla, çalışma nc bir hakeme gönderilmektedir.

Hakemlerin her ikisinin “yayınlanamaz” şeklinde rapor vermesi halinde, çalışma yazara iade edilmekte ve yayın sürecinden çıkarılmaktadır.

Makale değerlendirme sürecinin makalenin gönderildiği sayıda tamamlanamaması halinde yazarlara e-posta yoluyla bilgi verilir. Yazarların bir sonraki sayı için sürece devam edilmesini kabul etmeleri halinde sonraki sayı için sürece devam edilir.

Dergi basıldıktan sonra ilgili sayının yazarlarına ve hakemlere ücretsiz olarak gönderilir.

## **ETİK İLKELER**

### **Yazarlara İlişkin ilkeler:**

Yazarların gönderdikleri çalışmalar özgün olmalı, daha önce yayınlanmamış olmalıdır. Yazarlar, çalışmanın halihazırda başka bir dergide değerlendirme aşamasında olmadığını beyan etmelidir.

Çalışmada adı geçen tüm yazarlar, çalışmadaki deneysel tasarıma ve uygulanmasına ya da verilerin analizi ve yorumlanmasına katkıda bulunmuş olmalıdır.

Yazarların yayınlanan makalelerinde önemli bir hata olduğunu fark etmeleri halinde editör kurulunu bilgilendirmeleri gerekmektedir.



Yazarlar, Etik kurul onayı gerektiren çalışmalar için etik kurul onayını dergiye sunmalıdır. Araştırmada “Etik Kurul Onayı” alınması gerekli ise; Etik Kurul onayına ilişkin bilgiler (etik kurulun adı, onay belgesinin numarası ve tarihi) makalede belirtilmelidir.

### **Editörlere İlişkin İlkeler:**

Dergi bünyesindeki görevli editörler ve editör yardımcıları, her türlü önyargıdan uzak, objektif ve tarafsız bir şekilde görevlerini yerine getirmekle mükelleftir.

Dergi bünyesindeki görevli editörler ve editör yardımcıları, görevlerinin gerektirdiği ölçüde gizlilik içerisinde hareket etmekle mükelleftir.

Dergi bünyesinde görevli editörler ve editör yardımcıları, dergi’ye ilişkin her türlü iş ve işlemede tam iş birliği içerisinde hareket eder. Dergi bünyesinde adil görev dağılımı yapılması iş birliğinin özünü oluşturmaktadır.

### **Hakemlere İlişkin İlkeler:**

Bütün makaleler, çalışmanın bilimsel içeriği temel alınarak; yazarın cinsiyet, etnik köken, ırk, din, veya siyasi değerleri göz önünde bulundurulmaksızın, adil şekilde değerlendirilmelidir.

Hakem değerlendirme sürecinin gizliliğine saygı gösterilmeli; değerlendirilen esere ya da değerlendirme süreci ve sonrasına ilişkin bilgiler üçüncü kişilerle paylaşılmamalıdır.

Hakem değerlendirmeleri, düşmanca veya kışkırtıcı olmayacak ve küçümseyici kişisel yorumlar barındırmayacak biçimde, nesnel ve yapıcı olarak gerçekleştirilmelidir.

Değerlendirme süreci sırasında çıkar atışması gözlemlendiği takdirde, durum Editör kuruluna bildirilmelidir.

Hakem değerlendirmesi yoluyla elde edilen bilgi veya fikirler gizli tutulmalı ve kişisel avantaj için kullanılmamalıdır.

## DANIŞMA KURULU (Advisory Board)

---

### **Prof. Dr. Şafak NARBAY**

Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakóltesi  
Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

### **Prof. Dr. Cem BAYGIN**

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakóltesi  
Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

### **Prof. Dr. Enver BOZKURT**

Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakóltesi  
Devletler Umumi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

### **Prof. Dr. Erdal ONAR**

Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakóltesi  
Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

### **Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK**

Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakóltesi  
Medeni Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

### **Prof. Dr. Cumhuri ŞAHİN**

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakóltesi  
Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

### **Prof. Dr. Mehmet ÜNAL**

Başkent Üniversitesi Hukuk Fakóltesi  
Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

### **Prof. Dr. Feridun YENİSEY**

Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakóltesi  
Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

### **Prof. Dr. Turan YILDIRIM**

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi  
İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

## **YAYIN KURULU (Editorial Board)**

---

Prof. Dr. Cengiz GÜL– Erciyes Üniversitesi  
Prof. Dr. Şafak NARBAY – Sakarya Üniversitesi  
Prof. Dr. Yücel OĞURLU – İstanbul Ticaret Üniversitesi  
Prof. Dr. Ayhan DÖNER – Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi  
Prof. Dr. Muzaffer ŞEKER – İstanbul Ticaret Üniversitesi  
Prof. Dr. Mehmet ALTUNKAYA – Akdeniz Üniversitesi  
Doç. Dr. Burak ADIGÜZEL – Erciyes Üniversitesi  
Doç. Dr. Müzeyyen EROĞLU DURKAL – Erciyes Üniversitesi

## **EDİTÖRLER (Editors)**

---

Prof. Dr. Cengiz GÜL  
Doç. Dr. Burak ADIGÜZEL  
Doç. Dr. Ertuğrul YUVALI  
Dr. Öğr. Üyesi Şükran AKGÜN

## **EDİTÖR YARDIMCILARI (Editors Assist.)**

---

Arş. Gör. Dr. Mustafa UYANIK  
Arş. Gör. Dr. Harun Mirsad GÜNDAY  
Arş. Gör. Ayşe KARAKİMSELİ SEZGİN  
Arş. Gör. Merve ÇAĞLAK MELEZ  
Arş. Gör. Şüheda Nur APAYDIN  
Arş. Gör. Muhammed Esat EMEK  
Arş. Gör. Numan DOĞAN

## İÇİNDEKİLER\*

### ÖZEL HUKUK

#### Dr. Öğr. Üyesi Hakkı Mert DOĞU

Türk Borçlar Kanunu'nun 59. Maddesi ve Hukuki İşlemlere Etkisi ..... 17

#### Dr. Öğr. Üyesi Esra KAŞAK

Bilançoda Görülmekle Birlikte İşletmede Bulunmayan Ortaklardan Olan Alacaklara İlişkin Kayıtların Düzeltilmesine İzin Verilmesi Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğunu Ortadan Kaldırır mı?..... 41

#### Dr. Öğr. Üyesi Nurdan ORBAY ORTAÇ

Sigortalanan Olaya Kusur ile Sebebiyet Verilmesinin Sigorta Teminatına Etkisi..... 81

#### Dr. Öğr. Üyesi Çiğdem Mine YILMAZ

Yargıtay Kararları Çerçevesinde Kredi Borçlusunun Erken Ödeme ve Yeniden Yapılandırma Hakkı ..... 139

#### Öğr. Gör. Dr. Necati Şükrü BAYRAMOĞLU

Mirasçıların Bilgilendirme Yükümlülükleri..... 191

#### Dr. Öğr. Üyesi Numan TEKELİOĞLU

Mehir Vermek Amacıyla Taşınmaz Mülkiyetinin Devri ve Devir Vaadi..... 217

#### Arş. Gör. Eylül BALIKÇI

Dava ve Takip Konusu Olabilmesi Bakımından Kripto Paralar ..... 273

#### Ahmet Sefa DİNLEYİCİ

Sınır Ötesi Nükleer Zararlarla Mücadelede Devletin Kusursuz Sorumluluğu ..... 313

---

\* Dergideki eser sıralamaları makale kabul tarihlerindeki akademik unvan ve soyisim alfabetik sırası esas alınarak yapılmaktadır.

## **KAMU HUKUKU**

### **Dr. Öğr. Üyesi Abdülkadir AKIL**

Uluslararası Hukuk Çerçevesinde İnsanlığın Ortak Mirası Olarak Antarktika..... 339

### **Dr. Öğr. Üyesi Abdülkadir AKIL**

Dünya Ticaret Örgütünün Denetim Sistemi Ve Kararlarına Uyulmamasının Müeyyideleri..... 365

### **Dr. Öğr. Üyesi Hakan GÜNDÜZ**

Koşullu Salıverilme Kararının Geri Alınması..... 389

### **Öğr. Gör. Dr. Haydar KARAMAN**

Mirjan Damaşka'nın 'Amaçlar Ve Başarılar Arasında Uluslararası Ceza Mahkemesi' Adli Makalesi Üzerine Bir Eleştiri: Uluslararası Ceza Mahkemesinin Çelişkileri..... 421

### **Dr. Öğr. Üyesi Onur KAPLAN**

Danıştay Kararları Çerçevesinde İdari Yaptırımlarda Lehe Hükümün Uygulanması İlkesi ..... 445

### **Dr. Öğr. Üyesi Mehmet KÜÇÜKKAYA**

Amme Alacaklarının (Özelde Vergilerin) Korunmasında Bir Yöntem: Teminat İsteme ..... 487

### **Dr. Öğr. Üyesi Mesut ŞÖHRET**

Çin, Kovid-19 Pandemisinin Yayılmasından Sorumlu Tutulabilir mi? ..... 527

### **Öğr. Gör. Zeliha ALPSOY**

Türk Vergi Hukukunda Yoklama İşlemi ..... 567

### **Arş. Gör. Burak TAŞ**

Mecelle'nin Maslahata İlişkin Hükümünün (58. Madde) Günümüz Hukuku İle Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi ..... 611

# CONTENTS

## PRIVATE LAW

### **Assist. Prof. Dr. Hakkı Mert DOĞU**

Article 59 Of The Turkish Code Of Obligations and Its Effect On Legal Transactions ..... 17

### **Assist. Prof. Dr. Esra KAŞAK**

Does The Allowance to Make Adjustments for Receivables from Share-holders, Which Are Shown in The Balance Sheet, However Not Present In The Company Remove The Legal Responsibility of The Members of The Board Of Directors? ..... 41

### **Assist. Prof. Dr. Nurdan ORBAY ORTAÇ**

The Effect of The Causality of Insured Event by The Fault on Insurance Cover..... 81

### **Assist. Prof. Dr. Çiğdem Mine YILMAZ**

Credit Borrower's Right to Early Payment And Restructuring Within The Frame of Supreme Court Decisions ..... 139

### **Lecturer Dr. Necati Şükrü BAYRAMOĞLU**

Information Obligations of The Heirs..... 191

### **Assist. Prof. Dr. Numan TEKELİOĞLU**

Transfer of Immovable Property and Promise of Transfer In Order to Give as Mahr..... 217

### **Res. Asst. Eylül BALIKÇI**

Cryptocurrency in terms of Suit and Executive Proceedings ..... 273

### **Ahmet Sefa DİNLEYİCİ**

Strict Liability of States for Dealing with Transboundary Nuclear Damages ..... 313

## **PUBLIC LAW**

### **Assist. Prof. Dr. Abdülkadir AKIL**

Antarctica as a Common Heritage of Humanity Within the Framework of International Law ..... 339

### **Assist. Prof. Dr. Abdülkadir AKIL**

Consequences of Non-Compliance with the Audit System and Decisions of the World Trade Organization ..... 365

### **Assist. Prof. Dr. Hakan GÜNDÜZ**

Withdrawal Of Conditional Release ..... 389

### **Lecturer Dr. Haydar KARAMAN**

A Critique to Mirjan Damaška' 'International Criminal Court between Aspiration and Achievement' Article: The Paradoxes of the International Criminal Court..... 421

### **Assist. Prof. Dr. Onur KAPLAN**

The Principle of Implementation of Favorable Provisions in Administrative Sanctions within the Framework of the Council of State Decisions ..... 445

### **Assist. Prof. Dr. Mehmet KÜÇÜKKAYA**

A Method for The Protection of Public Receivables (Especially Taxes): Requesting Collateral ..... 487

### **Assist. Prof. Dr. Mesut ŞÖHRET**

Can China Be Held Responsible For Its Role In The Outbreak Of Covid-19 Pandemic?..... 527

### **Lecturer Zeliha ALPSOY**

Inspection In Turkish Tax Law ..... 567

### **Res. Asst. Burak TAŞ**

Examination of Provision of Majalla on Maslaha (Article 58) as Comparative with the Current Law ..... 611

***Özel Hukuk /  
Private Law***

---





## **TÜRK BORÇLAR KANUNU'NUN 59. MADDESİ VE HUKUKİ İŞLEMLERE ETKİSİ**

*Article 59 Of The Turkish Code Of Obligations and  
Its Effect On Legal Transactions*

***Dr. Öğr. Üyesi Hakkı Mert Doğu\****

### **ÖZET**

Ayırt etme gücü akla uygun biçimde davranma yeteneği şeklinde tanımlanabilir. Ayırt etme gücünü kaybeden kişilerin tek başlarına hukuki işlem yapmaları mümkün değildir. Ayırt etme gücünün tamamen kaybedilmesi söz konusu olabileceği gibi geçici kaybı da mümkündür.

Ayırt etme gücünü geçici olarak kaybedenlerin vermiş olduğu zararlardan sorumluluğuna ilişkin olarak Türk Borçlar Kanunu'nun 59. maddesinde bir düzenleme mevcuttur. Söz konusu düzenlemenin hukuki işlemler açısından etkili olup olmayacağı net değildir. Bu maddenin hukuki işlemlerde uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin değerlendirme yapılırken Türk Borçlar Kanunu'nun 114. maddesinin ikinci fıkrasındaki düzenleme dikkate alınmalıdır.

---

\* KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı  
E-Posta: mert.dogu@karatay.edu.tr  
ORCID: 0000-0003-4695-9623

Çalışmada Türk Borçlar Kanunu'nun 59. maddesi incelendikten sonra İsviçre ve Türk Hukuku doktrini ele alınarak Türk Borçlar Kanunu'nun 59. maddesindeki düzenlemenin hukuki işlemlerde ne derece etkili olacağı üzerinde durulmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Ayırt Etme Gücü, Hukuki İşlem, Türk Borçlar Kanunu, Madde 59, Sorumluluk

## **ABSTRACT**

The power of discrimination can be defined as the ability to act reasonably. Making legal action is not possible for the persons who lose their power of discernment themselves. It is possible to lose the power of discrimination completely, as well as temporary loss.

There is an arrangement in Article 59 of the Turkish Code of Obligations with respect to the liability for damages caused by those who temporarily lose their power of discernment. It is controversial in the whether the said regulation will be effective in terms of legal proceedings. The regulation in the second paragraph of Article 114 of the Turkish Code of Obligations should be taken into account when evaluating whether this article will be applied in legal proceedings.

In the study, after examining the 59th article of the Turkish Code of Obligations, considering the Swiss and Turkish Law doctrine, it is focused on how effective the regulation in the 59th article of the Turkish Code of Obligations will be in legal transactions.

**Key Words:** Maturity, Legal Process, Turkish Code of Obligations, Article 59, Responsibility

## **GİRİŞ**

Bir hukuki işlemin geçerli olabilmesi için hukuki işlemi yapan tarafların hukuki işlem ehliyetine ve bunun için de ayırt etme gücüne

sahip olmaları gerekir. Ayırt etme gücüne sahip olmayan kişilerin yaptıkları hukuki işlemler geçersiz olur. Ancak yasal temsilci onlar adına hukuki işlemler yapabilirler.

Türk Borçlar Kanunu'nun 59. maddesinde ayırt etme gücünü geçici olarak kaybedenlerin vermiş oldukları zararlardan sorumlulukları düzenlenmektedir. Ayırt etme gücünü geçici olarak kaybedenlerin, yapmış oldukları hukuki işlemler açısından TBK'nin 59. maddesinin uygulanıp uygulanamayacağı sorusu akla gelmektedir.

Makalede öncelikle TBK'nin 59. maddesine ilişkin değerlendirmelerde bulunmaktadır. Ardından TBK'nin 59. maddesinin, TBK'nin 114. maddesindeki düzenleme de dikkate alınarak hukuki işlemler açısından etkili olup olmayacağı tartışılmaktadır.

## **I. TÜRK BORÇLAR KANUNU'NUN 59. MADDESİ**

### **A. Genel Olarak**

Türk Borçlar Kanunu'nun 59. maddesi (Art. 54 Abs. 2 OR<sup>1</sup>), ayırt etme gücünü geçici olarak kaybeden kişilerin vermiş oldukları zararlardan dolayı sorumluluklarını düzenlemektedir<sup>2</sup>. Madde, 818 Sayılı

<sup>1</sup> OR 2020 Tasarısı'nda TBK'nin 59. maddesini karşılayan madde Art. 57'dir ve her iki hüküm de benzer şekildedir. Bkz., **TOPUZ**, Murat, "İsviçre Borçlar Kanunu'nun (OR) Genel Hükümlerine İlişkin 2020 Tasarısında Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkilerinin Düzenleniş Biçimi ve Türk Borçlar Kanunu ile Karşılaştırılması", Cevdet Yavuz'a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi-Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.22, S.3, 2016, s. 2705.

OR Art. 54 Abs. 2, medeni hukuk kapsamındaki actio libera (actio libera in cause-sebebine göre muaf olan hareket) durumunu düzenlemektedir. Bkz., **HAUSHEER**, Heinz/**AEBI-MULLER**, Regina E.; Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Stämpfli Verlag AG, 3. Aufl., Bern 2012, s. 75; **REY**, Heinz; Ausservertragliches Haftpflichtrecht, Schulthess Juristische Medien AG, 3. Aufl., Zürich-Basel-Genf 2003, Rn. 817, s. 189.

<sup>2</sup> Bkz., **NART**, Serdar; Ayırt Etme Gücünden Yoksun Kimselerin Hukuki Sorumluluğu (Hakkaniyet Sorumluluğu), Adalet Yayınları, Ankara 2014, s. 184; **VON TUHR**, Andreas/**ESCHER**, Arnold; Schweizerischen Obligationenrecht-Allgemeiner Teil, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, 3. Aufl., Zürich 1974, s. 117; **ZEVKLİLER**, Aydın/**ACABEY**, M. Beşir/**GÖKYAYLA**, K. Emre; Zevkiler Medeni Hukuk, Seçkin Yayınevi, 6. Baskı, Ankara 1999, s. 359; **OĞUZMAN**, M. Kemal/**SELİÇİ**, Özer/**OKTAY-ÖZDEMİR**, Saibe; Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), Filiz Kitabevi, 15. Baskı, İstanbul 2015, s. 86; **ERKAN**, Vehbi Umut/**YÜCER**, İpek; "Ayırt

Borçlar Kanunu'nun 54. maddesinin ikinci fıkrasını karşılıyor olup<sup>3</sup> "Ayırt etme gücünü geçici olarak kaybeden kişi, bu sırada verdiği zararları gidermekle yükümlüdür. Ancak, ayırt etme gücünü kaybetmede kusuru olmadığını ispat ederse, sorumluluktan kurtulur." şeklindedir. Bu hüküm, ayırt etme gücüne sahip olmayan kişilerin haksız fiillerinden sorumlu olmayacağı kuralının bir istisnasıdır<sup>4</sup>. Söz konusu düzenlemeyle kanun koyucu ayırt etme gücünü kendi kusuruyla kaybeden kişilerin zarar vermelerinin önüne geçmek istemiştir<sup>5</sup>.

## B. Şartları

### 1. Ayırt Etme Gücünün Geçici Olarak Kaybedilmesi

Türk Borçlar Kanunu'nun 59. maddesinin uygulanabilmesi için öncelikle ayırt etme gücünün geçici olarak kaybedilmesi gerekir. Bu kapsamda ayırt etme gücüne ilişkin genel bilgiler verildikten sonra ayırt etme gücünün geçici kaybı açıklanmıştır.

---

*Etme Gücü*", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.60, S.3, 2011, s. 510; **TEKİNAY**, Selâhattin Sulhi; *Medenî Hukuka Giriş Dersleri*, Filiz Kitabevi, 5. Baskı, İstanbul 1987, s. 233; **ÖZTAN**, Bilge; *Şahsın Hukuku Hakiki Şahıslar*, Turhan Kitabevi, 10. Baskı, Ankara 2001, s. 91; **DURAL**, Mustafa; *Türk Medenî Hukukunda Gerçek Kişiler*, Filiz Kitabevi, 3. Baskı, İstanbul 1987, s. 87; **ZEVKLİLER**, Aydın; *Kişiler Hukuku-Gerçek Kişiler*, Olgaç Matbaası, Ankara 1981, s. 181; **ARPACI**, Abdülkadir; *Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler)*, Beta Basım Yayım Dağıtım, 2. Baskı, İstanbul 2000, s. 45; **HELVACI**, İlhan; "Temyiz Kudretinden Yoksun Şahısların Hukukî Sorumluluğu Üzerine", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.LV, S.4, 1997, s. 165, (Temyiz Kudreti); **VELİDEDEOĞLU**, Hıfzı Veldet/**KAYNAR**, Reşad; *Borçlar Hukuku Umumî Hükümler*, Nazir Akbasan Matbaası, 2. Baskı, İstanbul 1957, s. 125; **İMRE**, Zahit; *Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri*, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1949, s. 194; Ayrıca bkz., **BRÜCKNER**, Christian; *Das Personenrecht des ZGB*, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich 2000, s. 63.

<sup>3</sup> 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 54. maddesinin ikinci fıkrası için ayrıca bkz., **ARAL**, Fahrettin, "Temyiz Kudretinden Mahrum Şahısların Hukuki Sorumluluğu", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C.10, S.3, 1980, s. 741-742.

<sup>4</sup> Bkz., **FELLMANN**, Walter/**KOTTMANN**, Andrea; *Schweizerisches Haftpflichtrecht Band I*, Stämpfli Verlag AG, Bern 2012, Rn. 674, s. 235; **SCHNYDER**, Anton K.; *Basler Kommentar, Obligationenrecht I (Art. 1-529 OR)*, (Kommentierung zu Art. 54 OR), Hrsg. Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand, Verlag Helbing Lichtenhahn, 4. Aufl., Basel 2007, Art. 54, Rn. 10, s. 412; **KILIÇOĞLU**, Ahmet M.; *Medeni Hukuk*, Turhan Kitabevi, Ankara 2016, s. 241, (Medeni); **HELVACI**, Serap; *Gerçek Kişiler*, Legal Yayıncılık, 8. Baskı, İstanbul 2017, s. 77, (Gerçek Kişiler).

<sup>5</sup> Bkz., **NART**, s. 185.

### **a. Ayırt Etme Gücü**

Ayırt etme gücü, kişinin yapmış olduğu işlemlerde akla uygun bir biçimde hareket ederek, sebep-sonuç ilişkisini kavrayabilecek derecede anlayış ve iradeye sahip olmasıdır<sup>6</sup>. Temyiz kudreti şeklinde de ifade edilen ayırt etme gücü, fiil ehliyetinin kazanılabilmesi için aranan şartlardan biridir<sup>7</sup>.

Türk Medeni Kanunu'nun 13. maddesinde ayırt etme gücü, "*Yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkes, bu Kanuna göre ayırt etme gücüne sahiptir.*" şeklinde ifade edilmiştir. Düzenlemeye bakıldığında, kanun koyucunun ayırt etme gücüne ilişkin bir tanım yapmadığı; sadece kimlerin ayırt etme gücünden yoksun sayılabileceğine ilişkin örnekler verdiği görülmektedir<sup>8</sup>. Buna göre yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da akla uygun davranma yeteneğini ortadan kaldıran benzer sebepler ayırt etme gücünü ortadan kaldıran hâller olarak kabul edilmiştir.

Türk Medeni Kanunu'nun 14. maddesinde ayırt etme gücü bulunmayanların fiil ehliyetine sahip olmadıkları, TMK'nin 15. maddesinde ise kanunda gösterilen ayırık durumlar saklı kalmak üzere ayırt etme gücü bulunmayan kimselerin fiillerinin hukuki sonuç doğurmayacağı belirtilmiştir.

<sup>6</sup> Bkz., **BURCKHARDT**, Walther; Einführung in die Rechtswissenschaft, Polygraphischer Verlag, Zürich 1939, s. 118; **OSER**, Hugo/**SCHÖNENBERGER**, Wilhem; İsviçre Medenî Kanunu Şerhi Giriş ve Kişinin Hukuku (Mad. 1-10 ve 11-89), Çev: Volf Çernis, Yeni Cezaevi Basımevi, 2. Baskı, Ankara 1947, s. 178, (Giriş ve Kişiler Hukuku); **VELİDEDEOĞLU**, Hıfzı Veldet; Türk Medenî Hukuku, Cilt I-Cüz 2, Şahsın Hukuku, Nurgök Matbaası, 6. Baskı, İstanbul 1963, s. 49 vd.; **KÖPRÜLÜ**, Bülent; Medenî Hukuk, Genel Prensipler-Kişinin Hukuku, Acar Matbaacılık Tesisleri, 2. Baskı, İstanbul 1984, s. 201; **ERKAN/YÜCER**, s. 488; **NART**, s. 19 vd. Ayırt etme gücü İsviçre Medeni Kanunu'nda "*makul davranma yeteneği*" şeklinde ifade edilmektedir (Art. 16 ZGB). Ayrıca bkz., **GUTZWILLER**, Max; Einleitung und Personenrecht, Verlag Von Helbing&Lichtenhahn, Basel und Stuttgart 1967, s. 318.

<sup>7</sup> Bkz., **ÖZTAN**, s. 70.

<sup>8</sup> Bkz., **HELVACI**, Temyiz Kudreti, s. 146.

Ayırt etme gücü nisbi bir kavramdır<sup>9</sup>. Ayırt etme gücünün varlığının tespitinde her somut olayın ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir. Çünkü olayların ağırlığını ve oluşumuna göre kişinin ayırt etme gücüne sahip olup olmadığı ancak bu şekilde tespit edilebilir.

### **b. Ayırt Etme Gücünün Geçici Kaybı**

Türk Borçlar Kanunu'nun 59. maddesine göre sorumluluğun şartlarından ilki ayırt etme gücünün geçici olarak kaybedilmesidir<sup>10</sup>. Ayırt etme gücünün geçici olarak kaybedilmesinden maksat bir kimsenin belirli süreyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun kalmasıdır. Herhangi bir uyuşturucu maddenin veya bir olayın etkisiyle kişinin ayırt etme gücünü geçici süreyle kaybetmesi ve bu süre zarfında bir zarara sebebiyet vermiş olması TBK'nin 59. maddesi açısından kişinin sorumluluğunu doğurmaktadır.

### **c. Ayırt Etme Gücünü Geçici Olarak Kaybedenlerin Aile ve Miras Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi**

Ayırt etme gücünün geçici olarak kaybı açısından Türk Medeni Kanunu'nun Aile ve Miras Hukuku'na ilişkin hükümlerinde bazı düzenlemeler mevcuttur.

Aile Hukuku açısından ayırt etme gücünün geçici olarak kaybedildiği durumlarda, evlenenin ayırt etme gücünden geçici olarak yoksun olması, nisbi butlan sebebidir. TMK'nin 148. maddesine göre evlenme sırasında geçici bir sebeple ayırt etme gücünden yoksun olan eş, evlenmenin iptalini dava edebilir. TMK'nin bu düzenlemesiyle aile hukukuna ilişkin bir hukuki işlemin, ayırt etme gücünün geçici olarak

<sup>9</sup> Bkz., **ERKAN/YÜCER**, s. 494; **ÖZTAN**, s. 75.

<sup>10</sup> Bkz., **BREHM**, Roland; Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band IV, Obligationenrecht, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen (Art. 41-61 OR), H.v. Heinz Hausheer/Hans Peter Walter, Stämpfli Verlag AG, 3. Aufl., Bern 2006, Art. 54, Rn. 56, s. 761; **OSER**, Hugo/**SCHÖNENBERGER**, Wilhem; İsviçre Medenî Kanunu Şerhi Borçlar Hukuku, İkinci Kısım Madde 41-108 (TBK 41-108), Çev: Recai Seçkin, Yeni Cezaevi Basımevi, 2. Baskı, Ankara 1950, s. 503, (Borçlar Hukuku); **KILIÇOĞLU**, Ahmet M.; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, 21. Baskı, Ankara 2017, s. 422, (Borçlar).

kaybedildiği esnada gerçekleştirilmesi nisbi butlan sebebi sayılarak iptali mümkün hâle gelmiştir<sup>11</sup>.

Miras Hukuku açısından ölüme bağlı tasarrufun yapıldığı sırada mirasbırakanın tasarruf ehliyetine sahip olmaması bu kapsamda değerlendirilmeye tabi tutulabilir. Mirasbırakan, ölüme bağlı tasarrufu yaparken (vasiyetname veya miras sözleşmesi) kanunda öngörülen ehliyete sahip olmalıdır<sup>12</sup>. Örneğin mirasbırakan ister vasiyetname isterse miras sözleşmesi yapsın, her iki ölüme bağlı tasarruf açısından da kanun koyucunun aradığı şartlardan biri ayırt etme gücünün varlığıdır. Bu açıdan ayırt etme gücünü geçici olarak kaybeden mirasbırakanın yapmış olduğu ölüme bağlı tasarrufun geçerli olması söz konusu değildir. Çünkü ehliyetin varlığı ölüme bağlı tasarrufun yapıldığı anda aranmaktadır. Bu şekilde yapılan ölüme bağlı tasarrufun iptali istenir. Mirasbırakanın ayırt etme gücünü sonradan kazanması ölüme bağlı tasarrufu geçerli hâle getirmez<sup>13</sup>.

## **2. Ayırt Etme Gücünün Kusur Olmaksızın Kaybedilmesi**

Türk Borçlar Kanunu'nun 59. maddesinin uygulanması için, ayırt etme gücünü geçici olarak kaybeden kişinin, bu duruma düşmesinde kendi kusurunun bulunmaması gerekir. Nitekim TBK'nin 59. maddesinin ikinci cümlesi olan *"Ancak, ayırt etme gücünü kaybetmede kusuru olmadığını ispat ederse, sorumluluktan kurtulur."* ifadesi bunu destekler niteliktedir. Kişi, ayırt etme gücünü geçici olarak kaybetmede kusuru olmadığını ispatlarsa, vermiş olduğu zararlardan dolayı sorumlu tutulmaz<sup>14</sup>. Örneğin bir arkadaş toplantısında içeceğine alkol veya

<sup>11</sup> Bkz., **AÇIKGÖZ**, Aslı, Dar Anlamda Vesayeti Gerektiren Hâller ve Vesayet Altına Almanın İşlem Ehliyeti Bakımından Sonuçları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 185; **KÖSEOĞLU**, Bilâl/**KOCAAĞA**, Köksal, Aile Hukuku ve Uygulaması, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2009, s. 23.

<sup>12</sup> Bkz., **ÇABRİ**, Sezer, Miras Hukuku Şerhi Cilt I (TMK m. 495-574), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 769; **EREN**, Fikret/**YÜCER AKTÜRK**, İpek, Türk Miras Hukuku, Yetkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara 2019, s. 215; **DURAL**, Mustafa/**ÖZ**, Turgut, Türk Özel Hukuku Cilt IV-Miras Hukuku, Filiz Kitabevi, 10. Baskı, İstanbul 2016, s. 226.

<sup>13</sup> Bkz., **ÇABRİ**, s. 770.

<sup>14</sup> Bkz., **BUCHER**, Andreas; Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz, Helbing Lichtenhahn Verlag, 4. Aufl., Basel 2009, s. 37; **FUNK**, Fritz; Borçlar Kanunu Şerhi



uyuşturucu madde koyularak ya da hipnotizma etkisiyle ayırt etme gücünü geçici olarak kaybeden kişi, vermiş olduğu zararlardan dolayı, ayırt etme gücünü kaybetmede kendi kusuru olmadığını ispatlarsa (alkol veya uyuşturucuyu içeceğine kendisinin değil arkadaşlarının koyduğunu veya rızası dışında hipnotize edildiğini) sorumluluktan kurtulur<sup>15</sup>.

### 3. Zararın Giderilmesi

Ayırt etme gücünü geçici olarak kaybeden kişi, vermiş olduğu zararları gidermekle yükümlüdür. Ayırt etme gücünü kaybetmede kusuru olmadığını ispat edemeyen kişinin, bu zaman zarfında sebep olduğu zararları tazmin etmesi, hukuk düzeni açısından da istenen bir durumdur. Doktrindeki bir görüşe göre kişi, ayırt etme gücünü kaybetmede kendi kusuru olmadığını ispatlarsa ve hatta kusurlu olmasa bile, hakkaniyet sebeplerinin varlığı hâlinde sorumlu tutulabilir<sup>16</sup>. Buna göre ayırt etme gücünü geçici olarak kaybeden, haksız fiille bir üçüncü kişiye zarar vermesi durumunda, bu zararlardan hakkaniyetin gerektirdiği ölçüde sorumlu olabilir. Bir başka ifadeyle burada zarar

---

1- Umumî Hükümler, Çev: Hıfzı Veldet/Cemal Hakkı Selek, Üniversite Kitabevi, İstanbul 1938, s. 95; **SAYMEN**, Ferit H.; Borçlar Hukuku Dersleri, Cilt I-Umumî Hükümler, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1950, s. 303, (Borçlar); **SAYMEN**, Ferit H.; Türk Medenî Hukuku, Cilt II- Şahsın Hukuku, Kenan Matbaası, İstanbul 1948, s. 115, (Şahsın Hukuku); **NOMER**, Haluk N.; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Basım Yayım Dağıtım, 15. Baskı, İstanbul 2017, s. 169-170; **HAUSHEER/AEBI-MULLER**, s. 54; **BREHM**, Art. 54, Rn. 56, s. 761; **REY**, Rn. 816, s. 188; **HELVACI**, Temyiz Kudreti, s. 152; **ARPACI**, s. 45; **ZEVKLİLER**, s. 181; **DURAL**, s. 87; **ÖZTAN**, s. 91; **TEKİNAY**, s. 233; **HELVACI**, Gerçek Kişiler, s. 77; **ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA**, s. 360; **KILIÇOĞLU**, Borçlar, s. 422; **KÖPRÜLÜ**, s. 221.

<sup>15</sup> Bununla birlikte kişinin kusuru olmaksızın ayırt etme gücünü kaybettiğini ispat ederek, kusur aranmayan bir sorumluluktan kurtulması mümkün değildir. Bkz., **OĞUZMAN**, M. Kemal/**ÖZ**, M. Turgut; Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-2, Vedat Kitapçılık, 13. Baskı, İstanbul 2017, s. 189.

<sup>16</sup> Bkz., **ATAAY**, Aytekin; Borçlar Hukukunun Genel Teorisi Birinci Yarım, Fakülteler Matbaası, 2. Baskı, İstanbul 1975, s. 319; **ALTOP**, Atilla; "Hakkaniyet Sorumluluğu", İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.VI, S.1, 2007, s. 10; **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 86; **NART**, s. 186-187; **HELVACI**, Gerçek Kişiler, s. 77.

gören lehine bir tazminata hükmedilmesine hakkaniyetin izin vermesi değil; hakkaniyetin, tazminatı gerektirmesi zorunludur<sup>17</sup>.

Doktrindeki bir diğer görüşe göre ise bir kimse kusuruyla ayırt etme gücünü geçici olarak kaybetmiş ve başka birinin kişilik haklarını ihlal etmek suretiyle bundan bir kazanç elde etmişse TBK'nin 59. maddesi kıyasen uygulanarak elde edilen kazancın gerçek olmayan vekâletsiz işgörme kapsamında geri istenmesi mümkün olmalıdır<sup>18</sup>.

### **C. İspat Yükü**

Türk Medeni Kanunu'nun 6. maddesinde ispat yüküne ilişkin genel kural belirlenmiştir. Buna göre kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça taraflardan her biri iddia ettiği olguları ispatlamalıdır<sup>19</sup>.

Türk Borçlar Kanunu'nun 59. maddesinde ispat yükünün ters çevrildiği ve zarar görene kolaylık sağlandığı söylenebilir<sup>20</sup>. Ancak bir görüşe göre ispat meselesindeki bu duruma ilişkin düzenleme ağır olmuştur çünkü kişi, kusuru olmaksızın ayırt etme gücünü kaybettiğini ispat edemeyecek olursa kural gereği tıpkı haksız fiil sorumluluğunda olduğu gibi sorumlu kabul edilir<sup>21</sup>.

Zarar gören kişinin, ayırt etme gücünü geçici olarak kaybedenin kendi kusuruyla bu hâle düştüğünü ispat etmesi zorunlu değildir.

<sup>17</sup> Ayrıca bkz., **NART**, s. 166 vd.

<sup>18</sup> Bkz., **AYDIN**, Gülşah Sinem; *Kişilik Hakkı İhlâlinden Doğan Vekâletsiz İşgörme*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 145.

<sup>19</sup> Ayrıca bkz., **KAVAK**, Yalçın; *“Medeni Hukukta İspat Yükü”*, Banka ve Finans Hukuku Dergisi-Ali Necip Ortan’a Armağan (1. Cilt), C.8, S.32, 2019, s. 1585.

<sup>20</sup> Bkz., **OFTINGER**, Karl; *Schweizerisches Haftpflichtrecht, Schulthess Polygraphischer Verlag*, 5. Aufl., Zürich 1995, s. 239; **TANDOĞAN**, Halûk; *Türk Mes’uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdî Mes’uliyet)*, Vedat Kitapçılık, 2. Baskı, İstanbul 2010, s. 61; **OZANEMRE**, Hatice Tolunay, *Ayırt Etme Gücünden Yoksunun “Haksız Fiil” Sorumluluğu*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2004, s. 80; **SCHNYDER**, Art. 54, Rn. 10, s. 412; **BREHM**, Art. 54, Rn. 58, s. 761; **FELLMANN/KOTTMANN**, Rn. 583, s. 204; **OSER/SCHÖNENBERGER**, s. 499, (Borçlar Hukuku); **ARAL**, s. 741; **KILIÇOĞLU**, *Borçlar*, s. 422; **NART**, s. 187.

<sup>21</sup> Bkz., **SCHWARZ**, Andreas B., *Borçlar Hukuku Dersleri*, I. Cilt, Çev.: Bülent Davran, Kardeşler Basımevi, İstanbul 1948, s. 119.

## D. Hakkaniyet Sorumluluğundan Farkı

Hakkaniyet sorumluluğu TBK'nin 65. maddesinde düzenlenmektedir. Maddeye göre hakkaniyet gerektiriyorsa; hâkim, ayırt etme gücü bulunmayan kişinin verdiği zararın, tamamen veya kısmen giderilmesine karar verir. Bu madde genel bir hakkaniyet sorumluluğu getirmeyip sadece ayırt etme gücüne sahip olmayanlar açısından hakkaniyet sorumluluğunu düzenlemektedir<sup>22</sup>.

Hakkaniyet sorumluluğu ile ayırt etme gücünü geçici olarak kaybedenlerin vermiş olduğu zararlardan dolayı sorumluluk birbirinden farklıdır. Hakkaniyet sorumluluğunda ayırt etme gücünün kaybedilmesinde kişinin kusurlu ya da kusursuz veya kaybın geçici ya da sürekli olması ayrımları yapılmamaktadır<sup>23</sup>. Ayrıca hakkaniyet sorumluluğu, ayırt etme gücüne sahip olmayan bir kişinin hakkaniyet gereği vermiş olduğu zararlardan sorumlu tutulabilmesini gerektirmelidir<sup>24</sup>. Oysaki TBK'nin 59. maddesi kapsamında sorumluluğun gündeme gelebilmesi için ayırt etme gücünün kaybedilmesinde kişinin kusurlu ve ayırt etme gücünün kaybedilmesinin de geçici olması aranmaktadır. Ayrıca tazminatın ödenmesinin hakkaniyete dayanması gerekmektedir<sup>25</sup>.

<sup>22</sup> Bkz., **BAŞOĞLU**, Başak; "Sözleşme Dışı Kusursuz Sorumluluk Hukuku ve özellikle Tehlike Sorumluluğuna İlişkin Değerlendirmeler", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.6, S.2, 2015, s. 38; **OSER/SCHÖNENBERGER**, s. 500, (Borçlar Hukuku).

<sup>23</sup> Bkz., **ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA**, s. 359; **DURAL**, s. 87.

<sup>24</sup> Bkz., **ANTALYA**, O. Gökhan; Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II, Legal Yayıncılık, 2017, s. 243; **ATAAY**, s. 320-321; **HELVACI**, Temyiz Kudreti, s. 153; **NART**, s. 186-187; **DURAL**, s. 87; **VELİDEDEOĞLU/KAYNAR**, s. 124; **KARA**, Hacı; "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun Getirdiği Yeni Düzenlemeler", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.107, 2013, s. 362-363.

<sup>25</sup> Bkz., **HELVACI**, Temyiz Kudreti, s. 165, **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 189; **ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA**, s. 359.

## **II. HUKUKİ İŞLEMLERE ETKİSİ AÇISINDAN TÜRK BORÇLAR KANUNU'NUN 59. MADDESİ**

### **A. Genel Olarak**

Ayırt etme gücüne sahip olmayan kişilerin yapmış oldukları işlemler, kural olarak hiçbir zaman hak ve borç doğurmaz<sup>26</sup>. TMK'nin 15. maddesi de “*Kanunda gösterilen ayırık durumlar saklı kalmak üzere, ayırt etme gücü bulunmayan kimsenin fiilleri hukukî sonuç doğurmaz.*” diyerek konuya ilişkin genel bir kural koymuştur. Maddede geçen “*kanunda gösterilen ayırık durumlar saklı kalmak üzere*” ifadesinden ayırt etme gücüne sahip olmayanların yapmış oldukları hukuki işlemlerin bazılarında sorumlu olabileceği sonucu ortaya çıkmaktadır.

Ayırt etme gücüne sahip olmayanların haksız fiillerinden dolayı sorumlu tutulabilecekleri hâller şartların sağlanması kaydıyla TBK'nin 65. maddesinde düzenlenen hakkaniyet sorumluluğu ile TBK'nin 59. maddesinde düzenlenen ayırt etme gücünün geçici kaybı durumlarıdır. Bu noktada akla gelen soru TBK'nin 59. maddesinin, hukuki işlemlere uygulanıp uygulanamayacağı; bir başka ifadeyle, ayırt etme gücünü geçici olarak kaybeden bir kişinin, bu esnada yapmış olduğu hukuki işlemin akıbetinin ne olacağıdır.

### **B. Türk Borçlar Kanunu'nun 59. Maddesinin Hukuki İşlemler Bakımından Etkisi**

Türk Borçlar Kanunu'nun 59. maddesinin, hukuki işlemler bakımından etkisi tespit edilirken TBK'nin 114. maddesinin ikinci fıkrasındaki (OR Art. 99 Abs. 3) düzenlemeden hareket edilmesi gerekir.

<sup>26</sup> Bkz., **BELGESAY**, Mustafa Reşit; Türk Kanunu Medenisi Şerhi I, Umumî Esaslar-Şahsın Hukuku, M. Sadık Kâğıtçı Matbaası, İstanbul 1945, s. 117; **OĞUZOĞLU**, Cahit; Medenî Hukuk I-Şahsın Hukuku, Yeni Desen Matbaası, 5. Baskı, Ankara 1963, s. 260; **GÖKTÜRK**, Hüseyin Avni; Türk Medeni Hukuku-Şahsın Hukuku (Kişiler Hukuku), Güney Matbaacılık ve Gazetecilik T.A.O., 3. Baskı, Ankara 1954, s. 124; **SEROZAN**, Rona; Medeni Hukuk (Genel Bölüm/Kişiler Hukuku), Vedat Kitapçılık, 6. Baskı, İstanbul 2015, s. 436; **KÖPRÜLÜ**, s. 217; **VELİDEDEOĞLU**, s. 64-65; **AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN**, s. 304; **GUTZWILLER**, s. 331; **ARAL**, s. 746; **NOMER**, s. 169.

TBK'nin 114. maddesinin ikinci fıkrasında “*Haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler, kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hâllerine de uygulanır.*” ifadesi yer almaktadır<sup>27</sup>.

Türk Borçlar Kanunu'nun 59. maddesinin hukuki işlemlerde uygulanabilirliği hakkında İsviçre ve Türk Hukuku doktrininde farklı görüşler yer almaktadır.

### 1. İsviçre Hukuku Açısından

İsviçre Hukuk doktrininde, Türk Hukuku'ndaki hâkim görüşün aksine, OR Art. 99/III'teki düzenleme sadece zararın hesaplanmasına ilişkin hükümlerle sınırlı tutulmamaktadır<sup>28</sup>. Haksız fiil kurallarının uygulanmasından bahseden OR Art. 99/III, sözleşmeden kaynaklanan sorumluluğun kurulmasına ve sözleşmenin şartlarına ilişkin bir yardım işlevi görmektedir<sup>29</sup>.

OR Art. 99/III'ün uygulama alanı sadece zarar hesabına ilişkin olmayıp daha geniş bir çerçeveye sahiptir. Hemen belirtmek gerekir ki OR Art. 99/III, “*haksız fiil durumunda sorumluluğun kapsamına ilişkin hükümlere*” atıfta bulunduğundan, ifadenin bu durumla çeliştiği söylenebilir<sup>30</sup>. Ancak hukuki yarar dikkate alınarak, OR Art. 99/III'ün kıyasen uygulanması sözleşmenin her aşamasına yayılmalı; sözleşmenin kuruluşu ve şartlarına uygulanmalıdır.

<sup>27</sup> TBK'nin 114. maddesinin ikinci fıkrası için bkz., **KAHVECİ**, Nalan; “*Sorumluluğun ve Giderim Borcunun Kapsamı-Sorumsuzluk Anlaşması-Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk m. 114-116*”, İstanbul Şerhi-Türk Borçlar Kanunu-Yürürlük Kanunu, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, İstanbul 2018, s. 909 vd.; **BAYSAL**, Başak; Zarar Görenin Kusuru (Müterafık Kusur), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 281; **HAUSHEER/AEBI-MULLER**, s. 72.

<sup>28</sup> Bkz., **WIEGAND**, Wolfgang; Basler Kommentar, Obligationenrecht I (Art. 1-529 OR), (Kommentierung zu Art. 99 OR), Hrsg. Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand, Verlag Helbing Lichtenhahn, 4. Aufl., Basel 2007, Art. 99, Rn. 23, s. 591; **BRUNNER**, Hans-Ulrich; Die Anwendung deliktischer Regeln auf die Vertragshaftung, Universitätsverlag, Freiburg 1991, s. 38; **PAKSOY**, Meliha Sermin; Sözleşmeyi İhlale Yönelme, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 147.

<sup>29</sup> Bkz., **SCHLUEP**, Walter R.; “*Schuldrechtliche Aspekte der Verleitung zum Vertragsbruch*”, Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1989, s. 287; **OFTINGER**, s. 692. Ayrıca bkz., BGE 115 II 42, [www.bger.ch](http://www.bger.ch), Erişim Tarihi: 12.10.2020.

<sup>30</sup> **SCHLUEP**, s. 287.

Zulliger'e göre OR Art. 99/III tazminat açısından sözleşme ile haksız fiil sorumluluğu arasındaki boşluğu kapatmış ve iki sorumluluk bakımından iç bağlantıyı sağlamıştır<sup>31</sup>. Her iki sorumluluğu uyumlaştırmak İsviçre yasa tekniğine de uygundur<sup>32</sup>. Gerçekten de bu görüşe göre tazminat başta olmak üzere hem sözleşme hem de haksız fiillerde OR Art. 99/III her iki sorumluluk arasındaki bağlantıyı kurmakta; bu bağlantı sayesinde sorumlulukların büyük ölçüde standartlaştırılması sağlanmaktadır<sup>33</sup>. Bu nedenle, hükmün yorumuyla OR Art. 99/III'ün sözleşmesel sorumluluğun tüm aşamalarında kendini gösterdiğini söylemek mümkündür.

## 2. Türk Hukuku Açısından

Türk Hukuku'ndaki hâkim görüşe göre<sup>34</sup> TBK'nin 114. maddesinin ikinci fıkrasından hareketle TBK'nin 59. maddesinin hukuki işlemlerde kıyasen uygulanması mümkün değildir. Çünkü TBK'nin 114. maddesinin ikinci fıkrasının kıyasen uygulanabilmesi ancak sözleşmeye aykırılık durumunda geçerli olmaktadır<sup>35</sup>. Fakat TBK'nin 59. maddesi açısından ayırt etme gücünü geçici olarak kaybeden kişilerin bu hâlde yaptıkları hukuki işlemle bağlı olmaları sözleşmeye aykırılıktan sorumlu olma niteliğini taşımamaktadır. Ancak böyle bir durumda TMK'nin 2. maddesindeki dürüstlük kuralı devreye girebilir ve kural olarak işlemin geçerli sayılması gerekir<sup>36</sup>.

Türk Hukuku açısından durumun çözümü için (doğrudan TBK'nin 114. maddesinin ikinci fıkrasından hareketle değil de) TBK'nin 59. ve 114. maddesi ile TMK'nin 2. maddesinin birlikte uygu-

<sup>31</sup> Bkz., **ZULLIGER**, Felix; Eingriffe Dritter in Forderungsrechte, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1988, s. 49-50.

<sup>32</sup> Bkz., **ZULLIGER**, s. 50.

<sup>33</sup> Ayrıca bkz., **GAUCH**, Peter; "Die Vereinheitlichung der Delikts- und Vertragshaftung", Zeitschrift für schweizerisches Recht, S.116, 1997, s. 316.

<sup>34</sup> Bkz., **ARPACI**, s. 45.

<sup>35</sup> Sözleşmeye aykırılık hâllerinde bu maddenin uygulanacağı yönünde bkz., **TEKİNAY**, Selâhattin Sulhi/**AKMAN**, Sermet/**BURCUOĞLU**, Hâluk/**ALTOP**, Atillâ; Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Filiz Kitabevi, 7. Baskı, İstanbul 1993, s. 502; **SCHWARZ**, s. 117; **VON TUHR/ESCHER**, s. 117; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 189; **ARAL**, s. 754-755.

<sup>36</sup> Bkz., **ARPACI**, s. 45.

lanması, bu görüş sahiplerine göre “*adil olma*” açısından daha fazla yarar sağlamaktadır. TMK’nin 2. maddesi, TBK’nin 59 ve 114. maddelerinin birlikte uygulanabilmesi açısından bağlayıcı rol oynamaktadır. Örneğin kendi isteğiyle sarhoş olup bir hukuki işlem yapan ve işlemi yaptıktan sonra ayılarak bu işlemi sarhoşken yaptığını iddia eden kişi ilgili hukuki sonuçlardan kurtulamaz<sup>37</sup>. Bunun yanı sıra ayırt etme gücünün herhangi bir sebeple geçici olarak kaybedildiğini bilen karşı tarafın korunması gerektiğinden kural olarak bahsedilemez. Ancak bununla birlikte kimi durumlarda ilk bakışta ayırt etme gücünün kaybedildiği anlaşılabilir. Ayırt etme gücünün kaybında karşı tarafın da iyiniyeti açısından TMK’nin 3. maddesinden hareketle bir sonuca ulaşmak gerekir.

Türk Hukuku açısından TBK’nin 114. maddesinin sözleşmelerin kuruluşu ve şartları için uygulanması kabul edilmeyecekse; TBK’nin 59. maddesinden yararlanmak suretiyle, TMK’nin 2. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen hakkın kötüye kullanılmasını gündeme getirmek ve ayırt etme gücünü geçici olarak kaybedenlerin yaptığı hukuki işlemleri kural olarak geçerli saymak uygun olabilir. Ancak TBK’nin 114. maddesini, sözleşmelerin kuruluşu ve şartları açısından tamamen uygulama dışı bırakmak, kanaatimizce ayırt etme gücünün geçici kaybı durumunda birtakım problemlere sebebiyet verebilir. TBK’nin 59. maddesi kapsamında ayırt etme gücünü geçici olarak kaybedenlerin yapmış oldukları sözleşmelerde, sözleşmesel sorumluluklarından bahsedilebilmesi için özellikle TBK’nin 114. maddesinin ikinci fıkrasının geniş yorumlanarak uyuşmazlıkların çözümünde öncelikle uygulanması ve dikkate alınması kanaatimizce yerinde olur.

Hukuki işlemin karşı tarafının, ayırt etme gücünü geçici olarak kaybeden kişiyi bu hâle sokan üçüncü kişi ya da kişilere başvurusunun mümkün olup olmadığı sorusu akla gelmektedir. Doktrinde, ayırt etme gücünü geçici olarak kaybedeni o hâle sokan üçüncü kişi veya kişilerin, hukuki işlemin diğer tarafına karşı sorumlu oldukları ve bu

---

<sup>37</sup> Bkz., **ARPACI**, s. 45.

sorumluluğun sınırı ve ölçüsü tespit edilirken uygun illiyet teorisinden faydalanılması gerektiği belirtilmektedir<sup>38</sup>.

Ayırt etme gücünü geçici olarak kaybeden ve birtakım zarar verici hareketlerde bulunan kişinin, o duruma düşmesi için kullanılan araçların, söz konusu zarar verici hareketleri yaptırmaya elverişli olup olmadığının araştırılması ve buna göre de kusur ve sorumluluk derecelerinin tespit edilmesi gerekmektedir. Benzer durum tıbbi müdahale için anestezi uygulanan ve bu esnada zarara sebebiyet veren kişi için de söz konusu olabilir. Burada anestezi verilen kişinin, bu esnada zarar vermesinin önüne geçilmesi gerekmekte; aksi hâlde doktor veya sağlık personellerinin sorumluluğu gündeme gelebilmektedir<sup>39</sup>.

### **3. Görüşümüz**

Kanaatimizce durumu sadece sözleşmeye aykırılık hâleriyle sınırlı tutmamak gerekir. Bir başka ifadeyle TBK'nin 114. maddesinin ikinci fıkrası, sadece zararın hesaplanması açısından değerlendirilmemeli; niteliği uygun düştüğü ölçüde haksız fiile ilişkin hükümler, sözleşmesel sorumluluk açısından da kıyasen uygulanmalıdır<sup>40</sup>.

Türk Borçlar Kanunu'nun 114. maddesinin ikinci fıkrasına ilişkin değerlendirmede bulunurken kanaatimizce lafzi yorumdan ziyade amaçsal yorum yapılmalıdır. Amaçsal yorumdan maksat, normun amacının araştırılması; normun sözü ile özünün birlikte değerlendirilerek sonuca ulaşılmasıdır<sup>41</sup>. TBK'nin 114. maddesinin ikinci fıkrası geniş yorumlanarak uygulama alanı genişletilmelidir.

Türk Hukuku'ndaki hâkim görüş doğrultusunda, TMK'nin 2. maddesinin, TBK'nin 59 ve 114. maddelerinin uygulanmasında oyna-

<sup>38</sup> Bkz., **FEYZİOĞLU**, Feyzi Necmeddin; Borçlar Hukuku Genel Hükümler-Cilt I, Fakülteler Matbaası, 2. Baskı, İstanbul 1976, s. 469.

<sup>39</sup> Bkz., **SCHNYDER**, Art. 54, Rn. 12, s. 413.

<sup>40</sup> Ayrıca bkz., **PAKSOY**, s. 147.

<sup>41</sup> Amaçsal yorum için ayrıca bkz., **KEYMAN**, Selâhattin/**TOROSLU**, Haluk; Hukuka Giriş, Yetkin Yayınları, 5. Baskı, Ankara 2012, s. 50; **KAYA**, Asım; "Amaçsal Yorum", Ankara Barosu Dergisi, 2014/4, s. 367 vd.



dığı bağlayıcı rol, kanaatimizce, TBK'nin 114. maddesinin ikinci fıkrasının *sözleşmesel sorumluluğun her aşamasında* uygulanmasının kabul edilmesiyle aynı sonuca ulaştıracaktır. Gerçekten de ayırt etme gücünü geçici olarak kaybeden kişi, bir hukuki işlem yaptıktan sonra bu işlemi kendinde olmadığı bir sırada yaptığını ileri sürmek suretiyle bu işlemden kurtulmak istemesi durumunda TMK'nin 2. maddesi yerine doğrudan TBK'nin 114. maddesinin ikinci fıkrasındaki düzenlemeden hareket edilmesi ve söz konusu hükmün geniş yorumlanarak TBK'nin 59. maddesinin kıyasen uygulanması, uyuşmazlığı daha net ve somut bir çözüme kavuşturacaktır.

Türk Borçlar Kanunu'nun 114. maddesinin ikinci fıkrasından hareketle, sözleşmesel sorumluluğun her aşaması için TBK'nin 59. maddesinin kıyasen uygulanması, menfaat dengesi ve adalet duygusuna da aykırılık oluşturmaz. Ayrıca bu sayede TMK'nin 2. maddesinin (dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması) uygulanmasında da aşırılığa kaçılmayacaktır.

Sonuç itibariyle TBK'nin 59. maddesi uyarınca ayırt etme gücünü geçici olarak kaybeden kişiler de -ayırt etme gücünü kaybetmede kusuru olmadığını ispat edemediği sürece- sadece verdiği zarardan değil bu hâl içinde yapmış oldukları sözleşmeden dolayı da (sözleşmeden kaynaklanan sorumluluğun kurulması ve sözleşmenin şartları) sorumlu tutulmalıdırlar<sup>42</sup>. Sözleşmenin kurulması aşaması bakımından da ayırt etme gücünü geçici olarak kaybeden kişi, TBK'nin 114. maddesine istinaden yapılacak amaçsal yorum çerçevesinde, sorumlu olmalıdır.

## **SONUÇ**

Türk Borçlar Kanunu'nun 59. maddesi ayırt etme gücünü geçici olarak kaybedenlerin vermiş oldukları zararlardan dolayı sorumlu-

---

<sup>42</sup> Ayrıca bkz., **SCHÖNENBERGER**, Beat; *Kurzkommentar OR, (Kommentierung zu Art. 41-59a)*, Hrsg. Heinrich Honsell, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2014, Rn. 2, s. 271.

luklarını düzenlemektedir. Buna göre ayırt etme gücünü geçici olarak kaybeden kişi, ayırt etme gücünü kendi kusuru olmaksızın kaybettiğini ispat edemedikçe ortaya çıkan zarardan dolayı sorumlu tutulmaktadır.

Ayırt etme gücünün geçici olarak kaybedilmesi, Aile ve Miras Hukuku bakımından TMK'nin bazı maddelerinde düzenlenmektedir. Aile Hukuku açısından TMK'nin 148. maddesi ile miras hukuku açısından TMK'nin 557. maddesi bu kapsamda söz konusu olmaktadır.

Türk Borçlar Kanunu'nun 59. maddesinin hukuki işlemler bakımından da uygulanıp uygulanamayacağı meselesi tereddüt oluşturmaktadır. İlgili 59. maddenin, hukuki işlemler açısından geçerli olup olmayacağını tespiti, TBK'nin 114. maddesinin ikinci fıkrasından hareketle yapılmalıdır. TBK'nin 114. maddesinin ikinci fıkrasına göre haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler, kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hâllerine de uygulanır. Her iki düzenleme birlikte değerlendirildiğinde, TBK'nin 59. maddenin uygulanması İsviçre ve Türk doktrininde farklı görüşlerin ortaya çıkması sebep olmuştur. İsviçre doktrinindeki baskın görüşe göre haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler sadece sözleşmeye aykırılık hâllerinde değil; sözleşmenin kuruluşu ve sözleşme şartlarının belirlenmesinde de uygulanmalıdır. Türk doktrininde ise bunun tam aksine hükümlerin sadece sözleşmeye aykırılık hâllerinin varlığında uygulanması gerektiği savunulmaktadır. Kanaatimizce uygulama alanı sadece sözleşmeye aykırılık hâleriyle sınırlanmamalı; tıpkı İsviçre doktrininde olduğu gibi daha geniş kapsamlı tutulmalıdır. Bu açıdan ayırt etme gücünü geçici olarak kaybeden ve ayırt etme gücünü kaybetmede kusuru olmadığını ispatlayamayan kişi, sadece sözleşmeye aykırılıktan değil; sözleşmenin kuruluşu veya şartlarının belirlenmesinden de sorumlu tutulmalıdır.

## KAYNAKÇA\*\*

- AÇIKGÖZ**, Aslı; Dar Anlamda Vesayeti Gerektiren Hâller ve Vesayet Altına Almanın İşlem Ehliyeti Bakımından Sonuçları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.
- ALTOP**, Atilla; *“Hakkaniyet Sorumluluğu”*, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.VI, S.1, 2007, s. 7-16.
- ANTALYA**, O. Gökhan; Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II, Legal Yayıncılık, İstanbul 2017.
- ARAL**, Fahrettin, *“Temyiz Kudretinden Mahrum Şahısların Hukuki Sorumluluğu”*, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C.10, S.3, 1980, s. 733-758.
- ARPACI**, Abdülkadir; Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler), Beta Basım Yayım Dağıtım, 2. Baskı, İstanbul 2000.
- ATAAY**, Aytekin; Borçlar Hukukunun Genel Teorisi Birinci Yarım, Fakülteler Matbaası, 2. Baskı, İstanbul 1975.
- AYDIN**, Gülşah Sinem; Kişilik Hakkı İhlâlından Doğan Vekâletsiz İş-görme, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.
- BAŞOĞLU**, Başak; *“Sözleşme Dışı Kusursuz Sorumluluk Hukuku ve özellikle Tehlike Sorumluluğuna İlişkin Değerlendirmeler”*, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.6, S.2, 2015, s. 29-56.
- BAYSAL**, Başak; Zarar Görenin Kusuru (Müterafık Kusur), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012.
- BELGESAY**, Mustafa Reşit; Türk Kanunu Medenisi Şerhi I, Umumî Esaslar-Şahsın Hukuku, M. Sadık Kâğıtçı Matbaası, İstanbul 1945.

---

\*\* Birden fazla yayını olan ya da aynı soyadını taşıyan ve bunlara yollama yapılan yazarların eserleri için dipnotlarda parantez içinde kısaltmalar kullanılmıştır.

- BREHM**, Roland; Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band IV, Obligationenrecht, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen (Art. 41-61 OR), H.v. Heinz Hausheer/Hans Peter Walter, Stämpfli Verlag AG, 3. Aufl., Bern 2006.
- BRÜCKNER**, Christian; Das Personenrecht des ZGB, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich 2000.
- BUCHER**, Andreas; Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz, Helbing Lichtenhahn Verlag, 4. Aufl., Basel 2009.
- BURCKHARDT**, Walther; Einführung in die Rechtswissenschaft, Polygraphischer Verlag, Zürich 1939.
- BRUNNER**, Hans-Ulrich; Die Anwendung deliktischer Regeln auf die Vertragshaftung, Universitätsverlag, Freiburg 1991.
- ÇABRİ**, Sezer, Miras Hukuku Şerhi Cilt I (TMK m. 495-574), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018.
- DURAL**, Mustafa; Türk Medenî Hukukunda Gerçek Kişiler, Filiz Kitabevi, 3. Baskı, İstanbul 1987.
- DURAL**, Mustafa/**ÖZ**, Turgut, Türk Özel Hukuku Cilt IV-Miras Hukuku, Filiz Kitabevi, 10. Baskı, İstanbul 2016.
- EREN**, Fikret/**YÜCER AKTÜRK**, İpek, Türk Miras Hukuku, Yetkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara 2019.
- ERKAN**, Vehbi Umut/**YÜCER**, İpek; "Ayırt Etme Gücü", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.60, S.3, 2011, s. 485-522.
- FELLMANN**, Walter/**KOTTMANN**, Andrea; Schweizerisches Haftpflichtrecht Band I, Stämpfli Verlag AG, Bern 2012.
- FEYZİOĞLU**, Feyzi Necmeddin; Borçlar Hukuku Genel Hükümler-Cilt I, Fakülteler Matbaası, 2. Baskı, İstanbul 1976.

- FUNK**, Fritz; Borçlar Kanunu Şerhi I- Umumî Hükümler, Çev: Hıfzı Veldet/Cemal Hakkı Selek, Üniversite Kitabevi, İstanbul 1938.
- GAUCH**, Peter; *“Die Vereinheitlichung der Delikts- und Vertragshaf-tung”*, Zeitschrift für schweizerisches Recht, S.116, 1997, s. 316-336.
- GÖKTÜRK**, Hüseyin Avni; Türk Medeni Hukuku-Şahsın Hukuku (Kişiler Hukuku), Güney Matbaacılık ve Gazetecilik T.A.O., 3. Baskı, Ankara 1954.
- GUTZWILLER**, Max; Einleitung und Personenrecht, Verlag Von Helbing&Lichtenhahn, Basel und Stuttgart 1967.
- HAUSHEER**, Heinz/**AEBI-MULLER**, Regina E.; Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Stämpfli Verlag AG, 3. Aufl., Bern 2012.
- HELVACI**, İlhan; *“Temyiz Kudretinden Yoksun Şahısların Hukukî Sorumluluğu Üzerine”*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.LV, S.4, 1997, s. 145-171, (Temyiz Kudreti).
- HELVACI**, Serap; Gerçek Kişiler, Legal Yayıncılık, 8. Baskı, İstanbul 2017, (Gerçek Kişiler).
- İMRE**, Zahit; Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1949.
- KAHVECİ**, Nalan; *“Sorumluluğun ve Giderim Borcunun Kapsamı-Sorumsuzluk Anlaşması-Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk m. 114-116”*, İstanbul Şerhi-Türk Borçlar Kanunu-Yürürlük Kanunu, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, 2018, s. 905-942.
- KARA**, Hacı; *“6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun Getirdiği Yeni Düzenlemeler”*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.107, 2013, s. 353-388.

- KAVAK**, Yalçın; *“Medeni Hukukta İspat Yükü”*, Banka ve Finans Hukuku Dergisi-Ali Necip Ortan’a Armağan (1. Cilt), C.8, S.32, 2019, s. 1573-1599.
- KAYA**, Asım; *“Amaçsal Yorum”*, Ankara Barosu Dergisi, 2014/4, s. 363-383.
- KEYMAN**, Selâhattin/**TOROSLU**, Haluk; *Hukuka Giriş, Yetkin Yayınları*, 5. Baskı, Ankara 2012.
- KILIÇOĞLU**, Ahmet M.; *Medeni Hukuk*, Turhan Kitabevi, Ankara 2016, (Medeni).
- KILIÇOĞLU**, Ahmet M.; *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Turhan Kitabevi, 21. Baskı, Ankara 2017, (Borçlar).
- KÖPRÜLÜ**, Bülent; *Medeni Hukuk, Genel Prensipler-Kişinin Hukuku*, Acar Matbaacılık Tesisleri, 2. Baskı, İstanbul 1984.
- KÖSEOĞLU**, Bilâl/**KOCAAĞA**, Köksal, *Aile Hukuku ve Uygulaması*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2009.
- NART**, Serdar; *Ayırt Etme Gücünden Yoksun Kimselerin Hukuki Sorumluluğu (Hakkaniyet Sorumluluğu)*, Adalet Yayınları, Ankara 2014.
- NOMER**, Haluk N.; *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Beta Basım Yayım Dağıtım, 15. Baskı, İstanbul 2017.
- OFTINGER**, Karl; *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, Schulthess Polygraphischer Verlag, 5. Aufl., Zürich 1995.
- OĞUZMAN**, M. Kemal/**SELİÇİ**, Özer/**OKTAY-ÖZDEMİR**, Saibe; *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*, Filiz Kitabevi, 15. Baskı, İstanbul 2015.
- OĞUZMAN**, M. Kemal/**ÖZ**, M. Turgut; *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-2*, Vedat Kitapçılık, 13. Baskı, İstanbul 2017.

**OĞUZOĞLU**, Cahit; Medenî Hukuk I-Şahsın Hukuku, Yeni Desen Matbaası, 5. Baskı, Ankara 1963.

**OSER**, Hugo/**SCHÖNENBERGER**, Wilhem; İsviçre Medenî Kanunu Şerhi Giriş ve Kişinin Hukuku (Mad. 1-10 ve 11-89), Çev: Volf Çernis, Yeni Cezaevi Basımevi, 2. Baskı, Ankara 1947, (Giriş ve Kişiler Hukuku).

**OSER**, Hugo/**SCHÖNENBERGER**, Wilhem; İsviçre Medenî Kanunu Şerhi Borçlar Hukuku, İkinci Kısım Madde 41-108 (TBK 41-108), Çev: Recai Seçkin, Yeni Cezaevi Basımevi, 2. Baskı, Ankara 1950, (Borçlar Hukuku).

**OZANEMRE**, Hatice Tolunay, Ayırt Etme Gücünden Yoksunun “Haksız Fiil” Sorumluluğu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2004.

**ÖZTAN**, Bilge; Şahsın Hukuku Hakiki Şahıslar, Turhan Kitabevi, 10. Baskı, Ankara 2001.

**PAKSOY**, Meliha Sermin; Sözleşmeyi İhlale Yöneltilme, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018.

**REY**, Heinz; Ausservertragliches Haftpflichtrecht, Schulthess Juristische Medien AG, 3. Aufl., Züriç-Basel-Genf 2003.

**SAYMEN**, Ferit H.; Türk Medenî Hukuku, Cilt II- Şahsın Hukuku, Kenan Matbaası, İstanbul 1948, (Şahsın Hukuku).

**SAYMEN**, Ferit H.; Borçlar Hukuku Dersleri, Cilt I-Umumî Hükümler, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1950, (Borçlar).

**SCHLUEP**, Walter R.; “*Schuldrechtliche Aspekte der Verleitung zum Vertragsbruch*”, Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag, Schulthess Polygraphischer Verlag, Züriç 1989, s. 261-298.

**SCHNYDER**, Anton K.; Basler Kommentar, Obligationenrecht I (Art. 1-529 OR), (Kommentierung zu Art. 54 OR), Hrsg. Heinrich Hon-

sell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand, Verlag Helbing Lichtenhahn, 4. Aufl., Basel 2007.

**SCHÖNENBERGER**, Beat; Kurzkomentar OR, (Kommentierung zu Art. 41-59a), Herausg: Heinrich Honsell, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2014.

**SCHWARZ**, Andreas B., Borçlar Hukuku Dersleri, I. Cilt, Çev.: Bülent Davran, Kardeşler Basımevi, İstanbul 1948.

**SEROZAN**, Rona; Medeni Hukuk (Genel Bölüm/Kişiler Hukuku), Vedat Kitapçılık, 6. Baskı, İstanbul 2015.

**TANDOĞAN**, Halûk; Türk Mes'uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdî Mes'uliyet), Vedat Kitapçılık, 2. Baskı, İstanbul 2010.

**TEKİNAY**, Selâhattin Sulhi/**AKMAN**, Sermet/**BURCUOĞLU**, Hâluk/**ALTOP**, Atillâ; Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Filiz Kitabevi, 7. Baskı, İstanbul 1993.

**TEKİNAY**, Selâhattin Sulhi; Medenî Hukuka Giriş Dersleri, Filiz Kitabevi, 5. Baskı, İstanbul 1987.

**TOPUZ**, Murat, *"İsviçre Borçlar Kanunu'nun (OR) Genel Hükümlerine İlişkin 2020 Tasarısında Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkilerinin Düzenleniş Biçimi ve Türk Borçlar Kanunu ile Karşılaştırılması"*, Cevdet Yavuz'a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi-Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.22, S.3, 2016, s. 2693-2714.

**VELİDEDEOĞLU**, Hıfzı Veldet/**KAYNAR**, Reşad; Borçlar Hukuku Umumî Hükümler, Nazir Akbasan Matbaası, 2. Baskı, İstanbul 1957.

**VELİDEDEOĞLU**, Hıfzı Veldet; Türk Medenî Hukuku, Cilt I-Cüz 2, Şahsın Hukuku, Nurgök Matbaası, 6. Baskı, İstanbul 1963.

**VON TUHR**, Andreas/**ESCHER**, Arnold; Schweizerischen Obligationenrecht-Allgemeiner Teil, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, 3. Aufl., Zürich 1974.



**WIEGAND**, Wolfgang; Basler Kommentar, Obligationenrecht I (Art. 1-529 OR), (Kommentierung zu Art. 99 OR), Hrsg. Heinrich Hon-sell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand, Verlag Helbing Lichtenhahn, 4. Aufl., Basel 2007.

**ZEVKLİLER**, Aydın; Kişiler Hukuku Gerçek Kişiler, Olgaç Matbaası, Ankara 1981.

**ZEVKLİLER**, Aydın/**ACABEY**, M. Beşir/**GÖKYAYLA**, K. Emre; Zevkliler Medeni Hukuk, Seçkin Yayınevi, 6. Baskı, Ankara 1999.

**ZULLIGER**, Felix; Eingriffe Dritter in Forderungsrechte, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1988.

## **BİLANÇODA GÖRÜLMEKLE BİRLİKTE İŞLETMEDE BULUNMAYAN ORTAKLARDAN OLAN ALACAKLARA İLİŞKİN KAYITLARIN DÜZELTİLMESİNE İZİN VERİLMESİ YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN HUKUKİ SORUMLULUĞUNU ORTADAN KALDIRIR MI?**

*Does The Allowance to Make Adjustments for Receivables from Shareholders, Which Are Shown in The Balance Sheet, However Not Present In The Company Remove The Legal Responsibility of The Members of The Board Of Directors?*

**Dr. Öğr. Üyesi Esra KAŞAK<sup>1</sup>**

### **Öz**

6111 sayılı Kanun m. 11/2'de şirket bilançosunda yer aldığı halde işletmede bulunmayan ortaklardan alacaklar hakkında bilançoda düzeltme yapma imkânı tanınmıştır. Bu düzeltme ile anonim şirketin pay sahibinden olan alacağının kayıtlardan çıkarılması söz konusu olabilir. Bu kapsamda şirketin malvarlığının azalması sonucunu doğuracak işlemler gündeme gelebilir. Bu da şirketin zarara uğradığı anlamına gelir. Esasen benzer içerikteki düzenleme 6555 sayılı Kanun

---

<sup>1</sup> Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı,

E-posta: esra.kasak@hbv.edu.tr,

ORCID: 0000-0001-8294-4408.

Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından 9-10-11-12 Şubat 2021 tarihlerinde düzenlenen Ticaret Hukuku Sempozyumu'nda, "Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğunun 6111 Sayılı Kanun m. 11/2 Bağlamında Değerlendirilmesi" başlığıyla sunulmuş bildirinin genişletilmiş ve yeni mevzuata uygun olarak güncellenmiş tam metin halidir.

m. 74/1-a, 6736, 7143 sayılı Kanun'lar ve son olarak 03.06.2021 tarih ve 7326 sayılı Kanun m. 6/3'te de yer almaktadır. Yargıtay 15. Ceza Dairesi, 6111 sayılı Kanun'un 11. maddesinin 2. fıkrasından faydalanan yönetim kurulu üyeleri bakımından hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunun unsurlarının oluşmadığına karar vermiştir. Buna karşılık bu düzeltme imkânının yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğunu sınırladığı veya ortadan kaldıran bir hüküm olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Bu sebeple TTK m. 553'te yönetim kurulu üyeleri hakkında öngörülen sorumluluğun şartlarının oluşması halinde, üyelere sorumluluk davası açılabilir. Yapılan işlemin ilgili kanunlar uyarınca yapılmış olması, sorumluluğu ortadan kaldırmaz.

**Anahtar Kelimeler:** 6111 sayılı Kanun m. 11/2, 6555 sayılı Kanun m. 74/1-a, 6736, 7143 ve 7326 Sayılı Kanunlar m. 6/3, Yönetim Kurulu Üyeleri, Hukuki Sorumluluk, Ortaklardan Olan Alacaklar, Vergi Affi.

### **Abstract**

Second paragraph of Art. 11 of the Law no. 6111, has allowed to make adjustments for receivables from shareholders, which are shown in the balance sheet, however not present in the company. With this adjustment, the receivable of the joint stock company from the shareholder may be deleted from the records. In this context, transactions that will result in a decrease in the company's assets may come to the fore. And this means that the company suffered a loss. Essentially, there are regulations with similar contents in Art. 74/1-a of Law No. 6555, Art. 6/3 of Laws No. 6736, 7143 and finally Law No. 7326 dated 03.06.2021. 15<sup>th</sup> Penal Chamber of the Court of Cassation has given a ruling that the elements of the crime of abuse of position of trust had not occurred for the members of the board of directors, who had benefited from the second paragraph of Article 11 of the Law No. 6111. On the other hand, it is not possible to qualify this possibil-

ity of adjustment as a provision that limits or excludes the legal responsibility of the members of the board of directors. For this reason, in case the conditions of responsibility stipulated in Art. 553 TCC for the members of the board of directors are met, a responsibility lawsuit can be brought against the members. The fact that the transaction was carried out in accordance with the aforesaid laws does not exclude the responsibility.

**Keywords:** Art. 11/2 of Law No. 6111, Art. 74/1-a of Law No. 6555, Art. 6/3 of Law No. 6736, 7143 and 7326, Members of Board of Directors, Legal Responsibility, Receivables from Shareholders, Tax Amnesty.

## **I. Giriş**

Küresel düzeyde yaşanan ekonomik daralmanın ülkemizdeki etkilerini hafifletmek ve kamu gelirlerinin tahsilini sağlamak amacıyla 2011 yılında 6111 sayılı Kanun kabul edilmiştir. Çok sayıda alacak türleri bakımından düzenleme öngörülen bu Kanun'un 11. maddesinin 2. fıkrasında, bilanço esasına göre defter tutan kurumlar vergisi mükelleflerine, bilançolarında görülmekle birlikte işletmelerinde bulunmayan ve işletmenin esas faaliyet konusu dışındaki işlemleri dolaısıyla (ödünç verme ve benzer nedenlerle ortaya çıkan) ortaklarından alacaklı bulunduğu tutarlar ile ortaklara borçlu bulunduğu tutarlar arasındaki net alacak tutarlarını vergi dairelerine beyan etmek suretiyle kayıtlarını düzeltme imkânı tanınmıştır. Bu düzenleme ile amaçlanan bir yandan kamu gelirlerinin tahsilini sağlamakken diğer yandan işletme kayıtlarının gerçek duruma uygun hale getirilmesini teşvik etmektedir.

Bilanço esasına göre defter tutan kurumlar vergisi mükellefleri arasında anonim şirketler de bulunmaktadır. Esasen 6111 sayılı Kanun'un 11. maddesinin 2. fıkrasına göre, bilançoda yapılacak düzeltmelerin, şirketin pay sahiplerinden olan alacaklarından karşılıksız olarak vazgeçmesi sonucunu doğurması mümkündür. TBMM tutanak-

larından edinilen bilgiye göre, 6111 sayılı Kanun m. 11/2'den yararlanan mükellef sayısı otuz altı bin civarındadır. Bizi bu çalışmayı yapmaya sevk eden sebep esas itibarıyla Yargıtay 15. CD.'nin konuyla ilgili olarak verdiği bir karardır. Mezkûr kararda, halka açık bir anonim şirketin pay sahibi olan yönetim kurulu üyeleri, şirkete olan yüklü miktardaki borçları hakkında bu Kanun'a dayanarak bir düzeltme işlemi yapmıştır. Akabinde bu kişiler hakkında hizmet nedeniyle görevi kötüye kullanma suçu işledikleri gerekçesiyle ceza davası açılmıştır. Somut olayda şirketin %54'ü halka açıktır; bu sebeple Sermaye Piyasası Kurulunun suçtan zarar gören kişi olarak davaya katılma talebi kabul edilmiştir.

Yargıtay 15. CD., yönetim kurulu üyelerinin yaptığı işlemin 6111 sayılı Kanun'un m. 11/2 hükmüne uygun olduğu, bu şekilde kayıtlarını yasal hale getirdiklerinden haklarında hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunun unsurlarının oluşmadığı yönünde karar vermiştir. Yargıtay, hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunun unsurlarının oluşup oluşmadığı noktasında incelemelerini ceza hukuku yönünden gerçekleştirmiştir. Kararda özellikle yapılan işlemin bir kanun hükmüne dayandığına vurgu yapılmış ve suçun unsurlarının oluşmadığı kanaatine varılmıştır. Bu noktada, bu kanun hükmünün yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğunu da ortadan kaldıracak şekilde yorumlanmasının mümkün olup olmadığı sorusu ortaya çıkmaktadır.

Bilançolarda düzeltme yapılmasına imkân veren düzenleme 6111 sayılı Kanun'la sınırlı kalmamış, daha sonra 6555 sayılı Kanun m. 74/1-a, 6736, 7143 ve 7326 sayılı Kanun'ların m. 6/3 hükümleriyle mükelleflere tekrar tanınmıştır. Hatta 03.06.2021 tarihli 7326 sayılı Kanun oldukça yenidir. Şirket malvarlığını azaltıcı sonuç doğurabilecek bu imkândan istifade edilmiş olmasının yönetim kurulu üyeleri hakkında TTK m. 553 vd. hükümlerinde öngörülen hukuki sorumluluğu ortadan kaldırıp kaldırmayacağı konusu bu çalışmada ele alınmıştır. Konu anonim şirketlerde malvarlığının korunması ilkesi ve yönetim kurulu üyelerinin özen ve bağlılık yükümlülükleriyle birlikte incelenmiştir.

*Bilançoda Görülmekle Birlikte İşletmede Bulunmayan Ortaklardan Olan Alacaklara İlişkin Kayıtların Düzeltilmesine İzin Verilmesi Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğunu Ortadan Kaldırır mı?*

## **II. 6111 Sayılı Kanun m. 11/2, 6552 Sayılı Kanun m. 74/1-a, 6736, 7143 ve 7326 Sayılı Kanun'ların m. 6/3 Hükümlerinin İçeriği ve Amacı**

### **A. 6111 Sayılı Kanun m. 11/2 Hükümü**

13.2.2011 tarih ve 6111 sayılı “Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ile Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ve Diğer Bazı Kanun ve Kanun Hükümünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun”, yaşanan küresel ekonomik krizin etkisiyle ortaya çıkan daralma sebebiyle bazı işletmelerin kamuya yönelik yükümlülüklerini yerine getirmede geciktiği, ayrıca mevcut yasal imkânların da işletmelerin kamuya olan borçlarını ödemede yeterli olmadığı gerekçesiyle, “ekonomik kalkınmanın sürdürülebilir şekilde devamlılığını temin etmek, yatırım ortamını iyileştirmek, özel sektörün kamuya olan borç yükünü azaltmak, maliye ve para politikalarının daha etkin şekilde kullanılmasını sağlamak amaçlarıyla” hazırlanmıştır<sup>2</sup>. Kanun’la kamu alacaklarının tahsili amacına matuf birtakım yeniden yapılandırma imkânlarının, ödeme kolaylıklarının ve muafiyetlerin öngörüldüğü veya kamu gelirlerinin artırılmasına yönelik birtakım düzenlemeler yapıldığı görülmektedir. Kapsam itibarıyla Kanun’un alacaklı idareler ve alacak türleri bakımından geniş tutulduğu rahatlıkla söylenebilir<sup>3</sup>.

Kanun ile kurumlar vergisi mükelleflerinin bilançolarında yer almakla birlikte, işletmede bulunmayan ortaklardan alacaklarının %3 oranında vergi ödenmesi karşılığında şirket kayıtlarından çıkarılmasına izin verilmiştir. Kanun’un bu düzenlemeyi içeren ve çalışma konumuzu ilgilendiren 11/2 maddesinin alakalı kısmı şu şekildedir:

<sup>2</sup> Bkz. Kanun’un Genel Gereke kısmı, [https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d23/c090/tbmm23090\\_053ss0606.pdf](https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d23/c090/tbmm23090_053ss0606.pdf), s. 4 vd. (ET. 10.06.2021).

<sup>3</sup> Bkz. Genel Gereke kısmı. 6111 sayılı Kanun’un Cumhuriyet tarihinin en kapsamlı af kanunu olduğu yönünde bkz. Dursun Ali Yaz, “Gerçek Dışı Kasa Mevcutlarının Torba Yasa Kapsamında Değerlendirilmesi”, Vergi Dünyası Dergisi, S. 355, Mart 2011, s. 195.

*“Kayıtlarda yer aldığı halde işletmede bulunmayan kasa mevcudu ve ortaklardan alacaklar hakkında aşağıdaki hükümler uygulanır:*

*a) Bilanço esasına göre defter tutan kurumlar vergisi mükellefleri, 31/12/2010 tarihi itibarıyla düzenleyecekleri bilançolarında görülmekle birlikte işletmelerinde bulunmayan kasa mevcutları ve işletmenin esas faaliyet konusu dışındaki işlemleri dolayısıyla (ödünç verme ve benzer nedenlerle ortaya çıkan) ortaklarından alacaklı bulunduğu tutarlar ile ortaklara borçlu bulunduğu tutarlar arasındaki net alacak tutarlarını bu Kanunun yayımlandığı tarihi izleyen üçüncü ayın sonuna kadar vergi dairelerine beyan etmek suretiyle kayıtlarını düzeltebilirler.*

*b) (a) bendi kapsamında beyan edilen tutarlar üzerinden % 3 oranında hesaplanan vergi, beyanname verme süresi içinde ödenir”.*

Kanun’un 11. maddesinin teklif edilen ilk halinde, yalnızca kayıtlarda yer aldığı halde işletmede bulunmayan kasa mevcudu hakkında düzenleme yapılmıştır<sup>4</sup>. Ancak daha sonra Alt Komisyonca madde metnine kayıtlarda yer aldığı halde işletmede bulunmayan ortaklardan alacaklar da eklenmiştir<sup>5</sup>.

Düzenleme ile bilanço esasına göre defter tutan kurumlar vergisi mükelleflerine, işletmelerinde bulunmamakla birlikte bilançolarında görülen ortaklardan alacaklar varsa, bilançolarını gerçek duruma uygun hale getirmelerine imkân tanınmış; bunun karşılığında %3 vergi ödenmesi ile kamu gelirlerinin tahsilinin sağlanması amaçlanmıştır<sup>6</sup>. Şirketin hesaplarına göre ortaklardan alacak olarak gözüken tutarın kayıtlardan çıkarılması, şüphesiz şirket malvarlığını azaltıcı bir sonuç

<sup>4</sup> <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d23/c090/tbmm23090053ss0606.pdf>, s. 24 (E.T: 10.06.2021).

<sup>5</sup> Kanun’un teklif edilen ilk hali için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d23/c090/tbmm23090053ss0606.pdf>, s. 204 (E.T: 10.06.2021). Vergi affı gündeme geldiğinde akla ilk gelen hesaplardan birinin ortaklardan alacaklar hesabı olduğu yönündeki açıklama için bkz. Ramazan **Yakışıklı**, “6111 Sayılı Yasa Kapsamında Kayıtlarda Yer Aldığı Halde İşletmede Bulunmayan Ortaklardan Alacakların Beyanı”, Vergi Dünyası Dergisi, S. 356, Nisan 2011, s. 11.

<sup>6</sup> Bunun bir vergi affı sonucunu doğurabileceği de belirtilmektedir. Bkz. **Yaz**, s. 199.

*Bilançoda Görülmekle Birlikte İşletmede Bulunmayan Ortaklardan Olan Alacaklara İlişkin Kayıtların Düzeltilmesine İzin Verilmesi Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğunu Ortadan Kaldırır mı?*

doğurabilir. Çünkü burada şirketin ortaklardan olan alacağını almak-  
tan vazgeçmesi sonucu ortaya çıkabilir.

Bilanço esasına göre defter tutan kurumlar vergisi mükellefleri arasında anonim şirketler de bulunmaktadır<sup>7</sup>. Bu açıdan bir anonim şirket, 6111 sayılı Kanun'un m. 11/2 hükmünden ve yıllar içerisinde yürürlüğe konulan aşağıda belirtilen diğer yasal düzenlemelerden yararlanarak bilançosunda, ortaklardan alacaklar hesabında düzeltme yapabilir. Hem gerçek hem tüzel kişi pay sahiplerinden olan alacaklar madde kapsamına girer<sup>8</sup>. Ayrıca işletme konusu dışındaki işlemler dolayısıyla oluşan alacaklardan bahsedildiği için şirketin işletme konusu ile ilgili ticari ilişkiden doğan alacaklar bu kapsamda değerlendirilmez<sup>9</sup>.

## **B. 6552 Sayılı Kanun m. 74/1-a, 6736, 7143 ve 7326 Sayılı Kanun'ların Benzer Hükümleri**

6111 sayılı Kanun m. 11/2'de öngörülenle benzer imkân, daha sonraki yıllarda çıkarılan kanunlarla farklı tarihlerde düzenlenen bilançolar bakımından tanınmaya devam edilmiştir. Sırasıyla 10.09.2014 tarih ve 6552 sayılı "*İş Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması ile Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair Kanun*"<sup>10</sup> m. 74/1-a ile 31.12.2013 tarihi itibarıyla düzenlenen bilançolarda; 03.08.2016 tarih ve 6736 sayılı "*Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına İlişkin Kanun*"<sup>11</sup> m. 6/3 ile 31.12.2015 tarihi itibarıyla düzenlenen bilançolarda, 11.08.2018 tarih ve 7143 sayılı "*Vergi ve Diğer Bazı Alacakların Yeni-*

<sup>7</sup> 213 sayılı Vergi Usul Kanunu m. 176 ve 177'de bilanço esasına göre defter tutan tüccarlar arasında "*ticaret şirketleri*" sayılmış, 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu m. 1/a'da "*sermaye şirketleri*"nin kazançlarının kurumlar vergisine tâbi olduğu kabul edilmiştir. Anonim şirketler, sermaye şirketi vasfını haiz bir ticaret şirketi olduğundan (TTK m. 124/1, 2) düzenlemeden yararlanabilir.

<sup>8</sup> **Yakışıklı**, s. 12; Recep **Özdemir**/Tahir **Özürmak**, "6111 sayılı Kanunla Getirilen Kasa Fazlalıklarının ve Ortaklardan Alacak Tutarlarının Düzeltilmesi", Vergi Dün-yası Dergisi, S. 393, Mayıs 2014, s. 46.

<sup>9</sup> **Özdemir/Özürmak**, s. 46; esas faaliyet dışı alacaklar ibaresinin Kanun metnine uygun olmadığı yönünde bkz. **Yakışıklı**, s. 12.

<sup>10</sup> RG., 11.09.2014, S. 29116 (Mükerrer).

<sup>11</sup> RG., 19.08.2016, S. 29806.



den Yapılandırılması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun<sup>12</sup> m. 6/3 ile 31.12.2017 tarihi itibarıyla düzenlenen bilançolarda<sup>13</sup> ve nihayet 03.06.2021 tarih ve 7326 sayılı "Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun"un 6/3. maddesi ile 31.12.2020 tarihi itibarıyla düzenlenen bilançolardaki ortaklardan alacaklar hesabında düzeltme yapma imkânı tanınmıştır.

Adı geçen kanuni düzenlemelere bakıldığında esasen bilançolar-da görülmekle birlikte işletmede bulunmayan ortaklardan alacaklı olunan tutarlar bakımından anonim şirketlere %3 oranında ödenecek vergi karşılığında bir düzeltme imkânı verildiği görülmektedir. Ancak 6111 sayılı Kanun 11/2. maddesi ve 6552 sayılı Kanun m. 74/1-a'da hükmün lafzı aynı iken 6736 sayılı Kanun'la değişikliğe uğramıştır<sup>14</sup>. TBMM genel kurulunda yapılan değişiklik teklifi, Kanun teklifinin 6. maddesinin 3. fıkrasının ilk cümlesinde yer alan "ortaklardan alacaklar" ibaresinden sonra gelmek üzere "ile bunlarla ilgili diğer işlemler" ibaresinin eklenmesi; aynı fıkranın (a) bendinde yer alan "net alacak tutarlarını" ibaresinin "net alacak tutarları ile bunlarla ilgili diğer hesaplarda yer alan işlemlerini" şeklinde değiştirilmesi yönündedir ve öneri Mecliste de bu şekilde kabul edilmiştir<sup>15</sup>. Bu değişiklik ile 6111 sayılı Kanun'dan farklı olarak 6736 sayılı Kanun ile sadece "kasa ve

<sup>12</sup> RG., 18.05.2018, S. 30425.

<sup>13</sup> Kanun'un Genel Gereğesinde, kanunun amaçlarından birinin işletme kayıtlarının fiili duruma uygun hale getirilerek kayıtlı ekonomiye geçişin teşvik edilmesi olduğu ifade edilmiştir (Genel Gereğçe için bkz. Corpus Mevzuat ve İçtihat Programı, ET. 17.06.2021).

<sup>14</sup> Değişiklik hakkındaki Meclis tutanakları için bkz. Corpus Mevzuat ve İçtihat Programı, ET. 17.06.2021.

<sup>15</sup> Kanun'un değişiklikten sonraki hali "Kayıtlarda yer aldığı halde işletmede bulunmayan kasa mevcudu ve ortaklardan alacaklar ile bunlarla ilgili diğer işlemler hakkında aşağıdaki hükümler uygulanır:

a) Bilanço esasına göre defter tutan kurumlar vergisi mükellefleri, 31/12/2015 tarihi itibarıyla düzenledikleri bilançolarında görülmekle birlikte işletmelerinde bulunmayan kasa mevcudları ve işletmenin esas faaliyet konusu dışındaki işlemleri dolayısıyla (ödünç verme ve benzer nedenlerle ortaya çıkan) ortaklarından alacaklı bulunduğu tutarlar ile ortaklara borçlu bulunduğu tutarlar arasındaki net alacak tutarları ile bunlarla ilgili diğer hesaplarda yer alan işlemlerini bu Kanunun yayımlandığı tarihi izleyen üçüncü ayın sonuna kadar vergi dairelerine beyan etmek suretiyle kayıtlarını düzeltebilirler" şeklini almıştır.

ortaklar cari hesabı”nın bakiyesi değil, bu hesaplarda izlenmesi gerekmesiyle birlikte başka hesaplarda izlenen kayıtların da fiili duruma uygun hale getirilmesinin yolu açılmıştır<sup>16</sup>. 7143 ve 7326 sayılı Kanun’ların ilgili maddeleri de 6736 sayılı Kanun bakımından öngörülen bu değişiklik muhafaza edilerek yasalasmıştır.

### **III. Yarg. 15. CD.’nin E. 2015/9539, K. 2017/22801, 08.11.2017 Tarihli İçtihadı**

Yargıtay 15. CD., 08.11.2017 tarihli içtihadında, 6111 sayılı Kanun m. 11/2 hükmünden yararlanmak üzere başvuran, bu amaçla yönetim kurulu kararı aldıktan sonra bu kararı genel kurulda onaylatan yönetim kurulu üyelerinin gerçekleştirdikleri işlemlerin 6111 sayılı Kanun’un 11/2 maddesine uygun olduğu, bu şekilde kayıtlarını yasal hale getirdiklerinden “*hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma*” suçunun unsurlarının oluşmadığı yönünde hüküm kurmuştur. Karara konu olan olayda, halka açık bir anonim şirket söz konusudur. Sanık konumunda olan yönetim kurulu üyelerinin 12.654.346 TL şirketten nakit çekmek, 206.613 TL ise kişisel harcama yapmak suretiyle şirkete borçlu oldukları iddia edilmiştir. Yargıtay yönetim kurulu üyelerinin 6111 sayılı Kanun m. 11/2’ye dayalı olarak kendilerinin şirkete olan borçlarını kayıtlardan çıkarmaları işleminin hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunu oluşturmayacağı yönünde karar vermiştir<sup>17</sup>.

<sup>16</sup> Özcan **Avcı**, “Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına İlişkin 6736 Sayılı Kanun’un Getirdikleri ve Devam Eden Vergi İncelemelerine Etkisi”, Vergi Dünyası Dergisi, S. 421, Eylül 2016, s. 115.

<sup>17</sup> Kararın geniş hali şu şekildedir: “*Sanıkların yönetim kurulu üyesi oldukları şirketin %54’nün halka açık olduğu, bu kısmın haklarının ... tarafından temsil edildiğinin kabulünün gerektiği, aksi takdirde pay sahiplerinin bu davadan haberdar olmalarının mümkün olmadığı, bu sebeple Sermaye Piyasası Kurulunun suçtan zarar gören kişi olarak katılma talebinin kabul edilerek yapılan incelemede; Sanıkların halka açık ... Ticaret A.Ş.’nin yönetim kurulu üyesi oldukları, şirketin % 42’lik hissesinin sanıklardan ... ve...’a ait olduğu, bu sanıkların 12.654.346 TL şirketten nakit çekmek, 206.613 TL’nin ise bu sanıkların kişisel harcama yapmak suretiyle şirkete borçlu oldukları, bu şekilde hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunu işledikleri iddia edilen olayda; sanıkların savunmaları, şikayetçi beyanları, bilirkişi raporları ve tüm dosya kapsamına göre, sanıkların yetkilisi buldukları şirket adına, 6111 sayılı Kanunun 11/2 maddesinden yararlanmak üzere başvuruda buldukları, bu yasa-*

Yargıtay 15. CD.'nin belirtilen içtihadı her ne kadar üyelerin cezai sorumluluğu bakımından değerlendirme içeriyorsa da, açılacak bir tazminat davasında aynı esaslardan hareket edilirse mevzuata aykırı bir durum oluşabilir. Bu sebeple 6111 sayılı Kanun'un 11/2. maddesinin yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğuna nasıl bir etki-sinin olacağına ortaya konulması gerekir. Üyelerin hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunu işlemedikleri şeklinde varılan bu sonuç, şirketin uğradığı zararın tazmini bakımından yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğunun bulunup bulunmadığı hususunun ortaya konulmasını daha önemli hale getirmektedir. TBMM genel kurul tutanaklarında 6111 sayılı Kanun'un 11. maddesi ile öngörülen düzenlemeden otuz altı bin civarında vergi yükümlüsünün yararlandığı beyan edilmiştir<sup>18</sup>. Yıllar içerisinde yürürlüğe konulan ve en son 2020 yılı itibarıyla düzenlenen bilançolar bakımından da aynı düzeltme imkânının getirilmesi nedeniyle bu konu daha uzun yıllar güncel kalmaya müsaittir. Belirtilen kanuni düzenlemelere istinaden yapılan düzeltme işlemlerinden dolayı, yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğu hakkında aşağıda değerlendirmeler yapılmıştır.

---

*nın "Bilanço esasına göre defter tutan kurumlar vergisi mükellefleri, 31/12/2010 tarihi itibarıyla düzenleyecekleri bilançolarında görülmekle birlikte işletmelerinde bulunmayan kasa mevcutları ve işletmenin esas faaliyet konusu dışındaki işlemleri dolayısıyla (ödünç verme ve benzer nedenlerle ortaya çıkan) ortaklarından alacaklı bulunduğu tutarlar ile ortaklara borçlu bulunduğu tutarlar arasındaki net alacak tutarlarını bu Kanunun yayımlandığı tarihi izleyen üçüncü ayın sonuna kadar vergi dairelerine beyan etmek suretiyle kayıtlarını düzeltebilirler", hükmünü içerdiği, sanıkların bu amaçla 04.04.2011 tarih ve 2011/5 sayılı Yönetim Kurulu kararı aldıktan sonra genel kurulda onaylatarak gerçekleştirdikleri işlemlerin 6111 sayılı kanunun 11/2 maddesine uygun olduğu, bu şekilde kayıtları yasal hale getirdiklerinden, unsurları itibarıyla oluşmayan suçtan sanıkların beraatına yönelik mahkemenin kabulünde bir isabetsizlik görülmemiş olup tebliğnamedeki bozma düşüncesine iştirak edilmemiştir. Yapılan yargılama sonunda, yüklenen suçun unsurlarının oluşmadığı gerekçe gösterilerek mahkemece kabul ve takdir kılınmış olduğundan, şikayetçi vekilinin, beraat hükmünün kanuna aykırı olduğuna ve eylemin suç teşkil ettiğine ilişkin temyiz itirazlarının reddiyle hükmün ONANMASINA, 08/11/2017 tarihinde oybirliği ile karar verildi" (Corpus Mevzuat ve İçtihat Programı, ET. 26.06.2021).*

<sup>18</sup> Bkz. TBMM, Genel Kurul Tutanağı, 24. Dönem, 4. Yasama Yılı, 126. Birleşim, 25 Temmuz 2014, [https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tutanak\\_sd.birlesim\\_baslangic?P4=22221&P5=H&page1=27&page2=27&web\\_user\\_id=19925208](https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tutanak_sd.birlesim_baslangic?P4=22221&P5=H&page1=27&page2=27&web_user_id=19925208), ET. 10.06.2021.

*Bilançoda Görülmekle Birlikte İşletmede Bulunmayan Ortaklardan Olan Alacaklara İlişkin Kayıtların Düzeltilmesine İzin Verilmesi Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğunu Ortadan Kaldırır mı?*

#### **IV. Öngörülen Düzeltme İmkânının Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğuna Etkisi**

##### **A. Ön Açıklamalar**

6111 sayılı Kanun m. 11/2, 6552 sayılı Kanun m. 74/1-a, 6736, 7143 ve 7326 sayılı Kanun'ların m. 6/3 hükümleri ile yapılan uygulama neticesinde şirketin zarara uğraması ihtimal dâhilindedir. Nitekim bazı yayınlarda 6111 sayılı Kanun'un m. 11/2 kapsamında yapılan düzeltmeler sonucunda, şirketlerde öz kaynak hesaplarının karşılıksız kaldığına ve bu şirketlerin TTK m. 376 kapsamında işlemler yaptığına dikkat çekilmektedir<sup>19</sup>. Şirket yönetim kurulu üyelerinin kusurlu fiilleri ile şirketi zarara uğratmaları halinde kendilerine karşı sorumluluk davası açılarak, şirketin zararının tazmini sağlanır. Şirket kayıtlarının düzeltilmesine imkân veren bu düzenleme, yönetim kurulu üyeleri hakkında TTK m. 553 vd. hükümlerinde öngörülen özel sorumluluk hükümleriyle, malvarlığının korunmasına ilişkin hükümlerle ve yönetim kurulu üyelerinin özen ve bağlılık yükümlülüğü ile yakından ilişkilidir. Bu nedenle konunun belirtilen yönlerden incelenmesi gerekir.

Yönetim kurulu üyeleri hakkında TTK m. 553 vd.'nda öngörülen sorumluluk davasının denkleştirme ve önleyici fonksiyonu bulunur<sup>20</sup>. Burada zarar gören şirketin menfaatleri; şirket, pay sahipleri ve şirket alacaklılarına tanınmış tazminat talebi ile denkleştirilir. Aynı şekilde sorumluluk tehdidi, yönetim kurulu üyelerini şirket faaliyetlerinde daha özenli davranmaya teşvik eder. Bu yönden sorumluluk davası, şirketin menfaatlerine aykırı harekete tevessül eden yöneticiler bakımından, bu hareketleri önleyici bir işlev de görmektedir. Üyeler

<sup>19</sup> Kiral Aydın **Aksoy**, "6111 Sayılı Yasanın 11. Maddesinin 2. Fıkrasına Göre Beyan Edilen Tutarlar İle İlgili Sonradan Gündeme Gelen Sorunlar", <http://www.neksymm.com/6111-sayili-yasanin-11-maddesinin-2-fikrasina-gore-beyan-edilen-tutarlar-ile-ilgili-sonradan-gundeme-gelen-sorunlar-i307/>, (ET. 26.06.2021).

<sup>20</sup> Bu hususta bkz. Esra **Kaşak**, Anonim Şirketlerde Genel Kurul ile Yönetim Kurulu Arasındaki Yetki Dağılımına İlişkin Temel Esaslar, Tipoloji Kuramı ve Kurumsal Yönetim Perspektifinden Yapılan İnceleme ile Birlikte, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, N 4.135.

hakkında öngörülen bu sorumluluk şahsidir<sup>21</sup>. Bu nedenle sorumluluğun şartlarının mevcut olup olmadığı, her bir üye bakımından ayrı ayrı incelenmelidir<sup>22</sup>.

Aşağıda öncelikle yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunun şartlarına ve bu sorumluluğu ortadan kaldıran sebeplere yer verilmiş; daha sonra anonim şirketlerde malvarlığının korunması ilkesi kapsamında pay sahiplerine ve yönetim kurulu üyelerine yapılacak ödemeler ile üyelerin özen ve bağlılık yükümlülüğü, konuyla ilgili olduğu ölçüde ele alınmış, en son 6111 sayılı Kanun m. 11/2 hükmü ve diğer Kanun'larla tanınan düzeltme imkânından yararlanan yönetim kurulu üyeleri bakımından TTK m. 553 vd.'nda yer alan sorumluluğun devam edip etmeyeceği ortaya konulmuştur.

## **B. Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğunun Şartları**

*Yönetim kurulu üyeleri hakkında TTK m. 553'te öngörülen sorumluluğun şartları, "yükümlülük ihlali", "zarar", "illiyet bağı" ve "kusur"dur. Aşağıda kısaca ve konuyla ilgili olduğu ölçüde bu unsurlar açıklanmıştır. Bunun yanı sıra "ibra", "zamanaşımı", "genel kurul kararının bulunması" gibi sorumluluğu ortadan kaldıran sebeplerden birinin de bulunmaması gerekir.*

### **1. Zarar**

Sorumluluk bakımından aranan ilk şart, zarardır. Bir yönetim kurulu üyesinin hukuka aykırı bir fiili bulunmasına rağmen; eğer zarar yoksa sorumluluk da söz konusu olmaz<sup>23</sup>. Zararın belirlenmesi konusunda anonim şirketler hukukunda ilke olarak fark teorisi esas alı-

<sup>21</sup> Peter **Forstmoser**/Arthur **Meier-Hayoz**/Peter **Nobel**, Schweizerisches Aktienrecht, Stämpfli Verlag, Bern 1996, § 36 N 5.

<sup>22</sup> **Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel**, § 36 N 5.

<sup>23</sup> Bu hususta bkz. Oruç Hami **Şener**, Ortaklıklar Hukuku, 4. Bası, Ankara 2019, s. 421; Peter **Forstmoser**, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2. Aufl., Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1987, N 154; Peter **Forstmoser**/Thomas **Sprecher**/Gian Andri **Töndury**, Persönliche Haftung nach Schweizer Aktienrecht/Personal Liability according to Swiss Corporate Law, Schulthess Verlag, Zürich 2005, N 72.

nır<sup>24</sup>. Buna göre şirket malvarlığının mevcut durumu ile zarar verici davranış olmasaydı malvarlığının bulunacağı durum arasındaki fark zarar olarak adlandırılır<sup>25</sup>. Söz konusu zarar, hem olumlu zarar hem de yoksun kalınan kâr şeklinde ortaya çıkabilir<sup>26</sup>. Zarar veren yöneticinin kendisine bir menfaat temin etmesi veya bunu amaçlaması da gerekli değildir<sup>27</sup>.

## 2. Yükümlülüğe Aykırı Fiil

Yükümlülüğe aykırılık, yönetim kurulu üyelerinin, kanun ve esas sözleşme ile öngörülen yükümlülüklerine riayet etmemesi anlamına gelir<sup>28</sup>. Kanun denildiğinde, bunun Türk Ticaret Kanunu ile sınırlı düşünülmemesi gerekir, duruma göre ceza kanunlarında, diğer finansal

<sup>24</sup> Necla **Akdağ Güney**, Anonim Şirket Yönetim Kurulu, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016, s. 294.

<sup>25</sup> Bu hususta bkz. **Akdağ Güney**, s. 294, **Kaşak**, 2019, N 6.136; İsvBK m. 754 bakımından bkz. ve karşı Robert **Meier**, Die Aktiengesellschaft, Ein Rechtshandbuch für die praktische Arbeit in der schweizerischen Aktiengesellschaft, Schulthess Verlag, 3. Aufl. 2005, N 11.15; **Forstmoser**, N 149; Dieter **Gericke**/Stefan, **Waller**, Basler Kommentar Obligationenrecht II, Art. 530-964 OR (Art. 1-6 SchlT AG, Art. 1-11 ÜBest GmbH), Hrsg: Heinrich Honsell, Nedin Peter Vogt, Rolf Watter, 5. Auflage, Helbing & Lichtenhahn (Verlag), 2016, Art. 754 N 13; Luca **Dalla Torre**, Präjudizienbuch OR, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875-2015), Hrsg: Peter Gauch, Viktor Aepli, Hubert Stöckli, 9. Aufl., Schulthess Juristische Medien AG, Zürich 2016, Art. 754 OR N 3.

<sup>26</sup> **Akdağ Güney**, 2016, s. 294. İsviçre hukuku bakımından bkz. Harald **Bärtschi**, "Die Klage aus unmittelbarem Schaden im Verantwortlichkeitsrecht", Hrsg: Weber, Rolf H./Isler, Peter R., Europa Institut Zürich, 104, Schulthess Verlag, Zürich 2010, s. 230-231.

<sup>27</sup> **Akdağ Güney**, 2016, s. 294.

<sup>28</sup> "Görev" ile "yükümlülük" kavramlarının birbirinden farklı olduğu, TTK m. 553 anlamında yükümlülüğün, görev kavramından daha dar olduğu yönünde bkz. Ünal **Tekinalp**, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku (Anonim ve Limited Ortaklıklar, Tek Kişi Ortaklığı, Ortaklıklar Topluluğu, Birleşme, Bölünme, Tür Değiştirme), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015, N 16-59 vd. Bu ayrımın eleştirisi ve farklı bir değerlendirme için bkz. **Akdağ Güney**, 2016, s. 304-305. Anonim şirketler hukukunda, «*hukuka aykırılık*» yerine "yükümlülüğe aykırılık" ifadesinin kullanıldığı görüşünde bkz. Thomas **Rihm**/David **Känzig**, Aktienrecht Kommentar, Aktiengesellschaft, Rechnungslegungsrecht, VegüV, GeBüV, VASR, OFK - Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch), Hrsg: Jeannette K. Wibmer, 1. Auflage, Orell Füssli Verlag AG, 2016, Art. 754 OR N 69. Yükümlülüğe aykırılığın hukuka aykırılık kavramının özel bir şekli olduğu yönünde bkz. **BSK OR II-Gericke/Waller**, Art. 754 N 23. Alman hukukundan bir değerlendirme için bkz. ve karşı Jens **Koch**, Aktiengesetz, Hrsg.: Uwe Hüffer/Jens Koch, C.H. Beck Verlag, 15. Auflage 2021, AktG § 93 N 40.

piyasalara ilişkin kanunlarda da yükümlülükler söz konusu olabilir<sup>29</sup>. Ayrıca iç yönerge veya genel kurulu kararı da yükümlülük kaynağı olarak karşımıza çıkabilir<sup>30</sup>. Eğer bir yapma yükümlülüğü varsa, ihmali davranışlar da yükümlülüğe aykırılık oluşturur<sup>31</sup>. TTK m. 369'da öngörülen özen ve bağlılık yükümlülüğü, yönetim kurulu üyelerinin en önemli sorumluluk sebeplerinden biridir<sup>32</sup>. Daha ayrıntılı olarak aşağıda görüleceği üzere bağlılık yükümlülüğü, genellikle “*üyelerin kendi veya başkalarının menfaatlerini, şirket menfaatlerine üstün tutmama*” yükümlülüğü şeklinde açıklanmaktadır<sup>33</sup>; özen yükümlülüğü, daha ziyade yönetim kurulunun görevlerini yerine getirme modaliteleri, bir başka anlatımla yönetim kurulunun yükümlüklerini nasıl yerine getirmesi gerektiği ile ilgilidir<sup>34</sup>. Yükümlülüklerin önemli bir diğer kısmını, 6102 sayılı Kanun'un bir yeniliği olarak m. 375'te yer alan devri mümkün olmayan yetkiler oluşturmaktadır<sup>35</sup>.

### 3. Kusur

Anonim şirketler hukuku sorumluluğu, bir kusur sorumluluğudur<sup>36</sup>. Bir üye eğer kusurlu davranmamış ise, zarar doğsa dahi sorumlu tutulamaz; dolayısıyla burada üyenin yükümlülüklerini kusurlu olarak ihlal etmesi aranır. Kusurun derecesi hakkında TTK m. 553'te herhangi bir ayırım yapılmamıştır. Bu sebeple hafif kusur dahi, sorum-

<sup>29</sup> Bärtschi, s. 237; Mehmet Bahtiyar, Ortaklıklar Hukuku, Beta Basım Yayın, 15. Baskı, İstanbul 2021, s. 377.

<sup>30</sup> Bärtschi, s. 237.

<sup>31</sup> Bkz. ve karşı. BSK OR II-Gericke/Waller, 2016, Art. 754 N 23; Alman hukuku bakımından bkz. Gerald Spindler, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Hrsg: Wulf Goette/Mathias Habersack, Verlag C.H. Beck, 5. Auflage, München 2019, AktG § 93 N 168.

<sup>32</sup> Bkz. Bärtschi, s. 236

<sup>33</sup> İsviçre öğretisi bakımından bkz. ve karşı. Forstmoser/Sprecher/Töndury, N 92.

<sup>34</sup> Hans Caspar von der Crone/Antonio Carbonara/Silvia Hunziker, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit und Geschäftsführung, Ein funktionaler und systematischer Überblick, Helbing & Lichtenhahn Verlag, Basel 2006, s. 44; BSK OR II-Gericke/Waller, Art. 754 N 26; Bärtschi, s. 236.

<sup>35</sup> İsviçre hukuku bakımından bkz. ve karşı. Bärtschi, s. 236.

<sup>36</sup> Rıza Ayhan/Hayrettin Çağlar/Mehmet Özdamar, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Yetkin Yayınları, 3. Baskı, Ankara 2021, s. 390; Şener, s. 420. Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunda kusur prensibi hakkında bkz. Akdağ Güney, s. 312 vd.

luluk açısından yeterli olabilir<sup>37</sup>; ancak kusurun hafifliği, tazminatın kapsamının belirlenmesinde dikkate alınır (TBK m. 51/1)<sup>38</sup>.

#### 4. Uygun İlliyet Bağı

Sorumluluğun doğması için gerekli bir diğer şart, üyenin yükümlülüklerini kusurlu ihlal etmesi ile zarar arasında “uygun illiyet bağı” bulunmasıdır<sup>39</sup>. Buna göre, yükümlülüğe aykırı fiil, “*olayların olağan akışına ve genel hayat tecrübelerine göre, ortaya çıkan zararı gerçekleştirebilecek nitelikte*” olmalıdır<sup>40</sup>. Bir başka anlatımla zarar verici fiil olmasaydı, zarar da doğmayacak idiyse, uygun illiyet bağı vardır. Yönetim kurulu üyeleri, yalnızca kendi yükümlülüğe aykırı fiilleri ile uygun illiyet bağı içerisinde ortaya çıkan zarardan sorumlu olur. İhmalî davranışlar da sorumluluğa yol açabilir. Buna göre, yükümlülüğe uygun davranılmış olsaydı, eğer zarar doğmayacak, önlenebilecek idi ise, bu durumda uygun illiyet bağı var kabul edilir<sup>41</sup>. Buna karşılık yükümlülüğe uygun davranılmış olsaydı, yine de zarar önlenemeyecek idiyse, illiyet bağının olmadığı ifade edilmektedir<sup>42,43</sup>.

<sup>37</sup> Bu hususta bkz. ve karşı. **Şener**, s. 420; Hasan **Pulaşlı**, Şirketler Hukuku Şerhi, C. III, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, § 63 N 7; **Akdağ Güney**, s. 312; Sibel **Hacımahmutoğlu**, “The Business Judgment Rule: İş Adamı Kararı mı Yoksa Ticari Muhakeme Kuralı mı?”, Y. 2014, Batider, C. XXX, S. 4, s. 136; Hasan **Pulaşlı**, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Yükümlülüğü ve Müteselsil Sorumluluğu”, Batider, Y. 2009, C. XXV, S. 1, s. 34.

<sup>38</sup> Bu hususta bkz. ve karşı. **Pulaşlı**, 2018, § 63 N 7.

<sup>39</sup> **Ayhan/Çağlar/Özdamar**, s. 390; **Şener**, s. 421. *Tekinalp*, TTK m. 553/3 hükmünde öngörülen “*Hiç kimse kontrolü dışında kalan, kanuna veya esas sözleşmeye aykırılıklar veya yolsuzluklar sebebiyle sorumlu tutulamaz; bu sorumlu olmama durumu gözetim ve özen yükümü gerekçe gösterilerek geçersiz kılınmaz*” hükmünün “*uygun ve adil illiyet bağına yapılan bir vurgu*” niteliğinde olduğunu ifade etmektedir (**Tekinalp**, N 16-12, 16-70).

<sup>40</sup> Bu hususta bkz. **Akdağ Güney**, s. 307 vd.

<sup>41</sup> Bu hususta bkz. **BSK OR II-Gericke/Waller**, Art. 754 N 43; **OFK-Amstutz/Gohari**, Art. 754 N 66. Yapmama fiilleri bakımından illiyet bağı hakkında bkz. **Akdağ Güney**, s. 309 vd.

<sup>42</sup> Bkz. **Forstmoser/Lachat-Héritier/Plüss**, s. 16.

<sup>43</sup> Genel sorumluluk esaslarında olduğu gibi, anonim şirketler hukukunda da illiyet bağının kesilmesi söz konusu olabilir (Bkz. Marc **Amstutz/Ramin Silvan Gohari**, OR Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, OFK - Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch), 3. Aufl., Hrsg: Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz, Roland Fankhauser, Orell Füssli Verlag AG 2016, Art. 754 OR N 67; **BSK OR II-**



## 5. Sorumluluğu Ortadan Kaldıran Bir Sebebin Bulunmaması

Sorumluluğun söz konusu olması için, yukarıda belirtilen şartların yanı sıra aynı zamanda sorumluluğu ortadan kaldıran sebeplerin de bulunmaması gerekir. Dolayısıyla, yönetim kurulunun sorumluluğu hakkında yukarıda sayılan şartların mevcut olması, her zaman ilgili üyenin tazminat ödemekle yükümlü olduğu anlamına gelmez. Bazı durumlarda zararı tazmin talebi ortadan kalkarken bazı durumlarda üyenin dava yolu ile takip edilebilme imkânı bulunmaz. Talep hakkını ortadan kaldıran durumların kimi sorumluluk şartları gerçekleşmeden; kimileri ise, sorumluluk şartları gerçekleştikten sonra söz konusu olur. Bunlar içerisinde en önemlileri, «*ibra*», «*zamanaşımı*» ve «*genel kurul kararına dayanan filler*»dir:

### a. İbra

İbra, yönetim kurulu üyelerine karşı, üyelerin kusurlu yönetim faaliyetleri sebebiyle kararda belirtilen döneme ilişkin olarak şirketin sorumluluk davası açmaktan vazgeçtiğine dair beyandır<sup>44</sup>. İbra kararı ile sorumlu organa karşı, belirli bir dönemdeki yönetim kararlarından dolayı şirketin tazminat talebinin olmayacağı açıklanır<sup>45</sup>. Yönetim kurulu üyelerini yalnızca genel kurul ibra edebilir (TTK m. 408/2-b). Şirket genel kurulunun, sorumluluktan ibraya ilişkin kararı, ibranın kapsadığı açıklanan maddi olaylara ilişkin olarak, şirketin, ibraya olumlu oy veren ve ibra kararını bilerek payı iktisap etmiş olan pay

---

**Gericke/Waller**, Art. 754 N 45; Peter **Forstmoser**/Anne **Lachat-Héritier**/Adrian **Plüss**, "Die Privatrechtliche Verantwortlichkeit im Aktienrecht", Schweiz. Juristische Karthothek, 1987 <https://www.forstmoser.ch/wp-content/publications/articles/1987-verantwortlichkeit.pdf>, s. 16, ET. 24.06.2021).

<sup>44</sup> İbra hakkında bkz. ve karşı. Juerg **Vollmar**, Grenzen der Übertragung von gesetzlichen Befugnissen des Verwaltungsrats an Ausschüsse, Delegierte und Direktoren, Bern 1986, s. 204; **Bahtiyar**, s. 392; **Ayhan/Çağlar/Özdamar**, s. 405, 408; **Şener**, s. 429; Salih **Canözü**, Anonim Şirketlerde İbra, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021, s. 20 vd.

<sup>45</sup> Bu hususta bkz. ve karşı. Martina **Isler**, Konsultativabstimmung und Genehmigungsvorbehalt zugunsten der Generalversammlung Unter besonderer Berücksichtigung von Entschädigungsfragen, Dike Verlag, (SSHW 297), Zürich/St. Gallen 2010, s. 110; Peter V. **Kunz**, Rechtsnatur und Einredenordnung der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage, Darstellung der Rechtslage unter bisherigem und revidiertem Aktienrecht, Stämpfli&Cie AG, Bern 1993, s. 153; **BSK OR II-Gericke/Waller**, Art. 758 N 2.

*Bilanço'da Görülmekle Birlikte İşletmede Bulunmayan Ortaklardan Olan Alacaklara İlişkin Kayıtların Düzeltilmesine İzin Verilmesi Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğunu Ortadan Kaldırır mı?*

sahiplerinin dava hakkını kaldırır. Burada genel kurulun bilgisine sunulan olaylar ibranın kapsamına girer<sup>46</sup>. Diğer pay sahiplerinin dava hakları ibra tarihinden itibaren altı ayın geçmesiyle düşer (TTK m. 558).

İbra kararı, şirket içi bir işlemdir<sup>47</sup>; bu karar şirket alacaklılarının dava hakkına etki etmez<sup>48</sup>. Ayrıca pay sahibi ve alacaklıların, şirket malvarlığında bir azalma olmadan yönetim kurulu üyelerinin fiilleri sebebiyle doğrudan zarara uğramaları da mümkündür<sup>49</sup>. Pay sahiplerinin ve alacaklıların bu tür doğrudan zararları bakımından da, genel kurulun ibra kararları bir etki göstermez. Ayrıca genel kurulun ibra kararları, genel kurul kararlarının geçersizliğine ilişkin (yokluk, butlan ve iptal edilebilirlik) hükümlere tâbidir<sup>50</sup>.

## **b. Zamanaşımı**

Yönetim kurulu üyelerine açılacak sorumluluk davaları bakımından özel zanaşımı süreleri öngörölmüştür. Buna göre sorumlu olanlara karşı tazminat isteme hakkı, davacının zararı ve sorumluyu öğrendiği tarihten itibaren iki ve her hâlde zararı doğuran fiilin meydana geldiği günden itibaren beş yıl geçmekle zanaşımına uğrar. Ancak bu fiil cezayı gerektirip, Türk Ceza Kanunu'na göre daha uzun dava zanaşımına tâbi bulunuyorsa, tazminat davasına da bu zanaşımı uygulanır (TTK m. 560).

## **c. Genel Kurul Kararının Bulunması**

Genel kurul kararının bulunması bazı durumlarda, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunu ortadan kaldırır. Yönetim kurulu üyelerinin zarar doğurucu davranışının, genel kurul kararına dayandığı

<sup>46</sup> Kanun'da geçen "ibranın kapsadığı açıklanan maddi olaylara ilişkin olarak" ifadesinin İsvBK m. 758'e uygun olarak yorumlanması gerektiği yönünde bkz. **Şener**, s. 431; ayrıca bkz. **Canözü**, s. 87 vd.

<sup>47</sup> **Vollmar**, s. 204.

<sup>48</sup> **Bahtiyar**, s. 393; **Ayhan/Çağlar/Özdamar**, s. 409.

<sup>49</sup> Bkz. aşağıda başlık II, C.

<sup>50</sup> **Şener**, s. 433; **Canözü**, s. 245; Ersin **Çamoğlu**, Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu (Kamu Borçlarından Sorumluluk İle), 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, s. 213.

hallerde, şirkete karşı tazminat yükümlülüğü olmayacağına ilişkin - *Türk hukukundan farklı olarak*- Alman hukukunda pozitif bir düzenleme mevcuttur. APOK § 93 f. 4 c. 1'de yönetici kurulun zarara yol açan davranışı kanuna uygun bir genel kurul kararına dayanıyorsa, şirkete karşı tazminat yükümlülüğünün doğmayacağı hükme bağlanmıştır. Genel olarak § 93 f. 4 c. 1'in uygulanabilmesi için, genel kurulun şekli bir kararının olması, genel kurulun yetki alanına giren bir konuda karar almış olması, genel kurul kararının davranıştan önce alınmış olması, genel kurul kararının iptali kabil, batıl olmaması ve genel kurul kararının içeriğinin açık olması gerekir<sup>51</sup>.

TTK'de açık bir düzenleme olmasa da öğretide, genel kurul kararlarının belirli şartlarda yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunu ortadan kaldıracığına işaret edilmektedir. *Çamoğlu*, genel kurul tarafından usulüne uygun bir oturum ve oylama sonucunda alınmış (*şekli sıhhat*) ve aynı zamanda içerik (*öz*) yönünden de alınması caiz olan (*maddi sıhhat*) bir kararın icra edilmesinin sonuçlarından yönetim kurulu üyelerinin kural olarak sorumlu tutulamayacağı görüşündedir<sup>52</sup>. *Akdağ Güney* ise, genel kurul tarafından alınan geçerli bir kararın yönetim kurulu tarafından icra edilmesi halinde, üyelerin şirkete karşı sorumluluğunun ortadan kalkacağı kanaatindedir<sup>53</sup>.

Öğretide farklı ifadeler bulunmakla birlikte, genel kurulun kendi yetki alanına giren konularda kanuna uygun olarak aldığı kararların icrasının sorumluluğu ortadan kaldıracığında tereddüt yoktur. Buna karşılık yönetim kurulunun kendi yetki alanına giren bir konuda aldığı kararları genel kurula onaylatması ancak istisari mahiyet taşıyabilir<sup>54</sup>. İstisari oylamalar, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu bakı-

---

<sup>51</sup> Bu hususta bkz. Esra **Kaşak**, "Alman Hukukunda Genel Kurul Kararına Dayanan Davranışlarından Dolayı Yönetici Kurul Üyelerinin Sorumsuzluğunun Şartları ve Kapsamı", *Batider*, C. XXXVI, S. 1, Mart 2020, 101 vd.; **Kaşak**, 2019, N 6.143, dn. 1364.

<sup>52</sup> **Çamoğlu**, s. 54.

<sup>53</sup> **Akdağ Güney**, s. 448.

<sup>54</sup> İstisari oylama hakkında bkz. **Kaşak**, 2019, N 6.123 vd.

mından prensip olarak herhangi bir sonuç doğurmaz<sup>55</sup>. Ancak istişari oylamanın hiç yapılmamış gibi muameleye tabi kılınması da bazen hakkaniyet duygusunu zedeleyebilir; bu yönden belirli şartlar altında karara olumlu oy veren pay sahiplerinin dava açması TMK m. 2 bakımından çelişkili davranış yasağına (*venire contra factum proprium*) aykırı olabilir<sup>56</sup>. Bunun için pay sahiplerinin onayının bilgiye dayalı olarak verilmiş, bir başka anlatımla karar alınabilmesi için gerekli bilgilerin genel kurula sunulmuş olması gerekir<sup>57</sup>. Buna karşılık alacaklıların ve –prensip olarak– şirketin dava hakkı<sup>58</sup>, genel kurulda yapılan istişari oylama sonucundan etkilenmez<sup>59</sup>.

### **C. Sorumluluk Davasında Davacı ve Davalı Sıfatı**

Yönetim kurulu üyeleri hakkında TTK m. 553 vd. hükümlerinde öngörülen sorumluluk davaları, yönetim kurulu üyelerine karşı açılır. Davalı sıfatı yönetim kurulu üyelerinde olmakla birlikte davacı sıfatının belirlenmesi bakımından dolaylı zarar-doğrudan zarar ayrımının yapılması gerekir. Şirketin uğradığı zararın, doğrudan zarar olduğu kabul edilmektedir<sup>60</sup>. Buna karşılık pay sahipleri ve alacaklıların uğradığı zararlar doğrudan zarar veya dolaylı zarar şeklinde ortaya çıkabilir. Pay sahibi ve alacaklılar bakımından yapılan dolaylı-doğrudan zarar ayrımı, zarar gören malvarlığı parçasının zarardan doğrudan

<sup>55</sup> *Akdağ Güney*, yönetim kurulu üyelerinin devredilemez yetki alanına giren konularda genel kurulun onayının zarar görenin rızası olarak değerlendirilemeyeceği; çünkü genel kurulun bu hususlarda yetkili olmadığı kanaatinde (bkz. **Akdağ Güney**, s. 449 vd.).

<sup>56</sup> Bu konuda yapılan çeşitli değerlendirmeler için bkz. Roland **von Büren**, "Erfahrungen schweizerischer Publikumsgesellschaften mit neuen Aktienrecht", Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, 131 (1995), s. 66; Georg **Krnet**, Praxiskommentar Verwaltungsrat Art. 707-726 OR und Spezialgesetze, Ein Handbuch für Verwaltungsräte, Stämpfli Verlag AG, 2. Aufl., Bern 2005, Art. 716 OR N 1163; **Tekinalp**, N 13-13; **Kaşak**, 2019, N 6.149.

<sup>57</sup> Bu hususta bkz. **Kaşak**, 2019, N 6.133, 6.150.

<sup>58</sup> Şirketin dava hakkının ortadan kalkacağı istisnai durumlar için bkz. **Kaşak**, 2019, N 6.144.

<sup>59</sup> Bu hususta öğretide yer alan görüşler için bkz. **Kaşak**, 2019, N 6.133-135, 6.152.

<sup>60</sup> Anonim şirketler hukuku sorumluluğu bakımından şirketin prensip olarak daima doğrudan zarara uğrayacağı yönünde yapılan çeşitli açıklamalar için bkz. ve karşı **von der Crone/Carbonara/Hunziker**, s. 7-8.

veya dolaylı olarak etkilenmesine göre yapılmaktadır<sup>61</sup>. Örneğin; pay sahibine kâr payı ödemesinin yapılmaması pay sahibi bakımından doğrudan zarar niteliğindedir<sup>62</sup>. Buna karşılık, gerçek olmayan bilgilere istinaden kendisinden kredi sağlanan alacaklı da doğrudan zarara uğramaktadır<sup>63</sup>.

Pay sahibi ve alacaklıların dolaylı zararının ise şu şekilde açıklanması mümkündür: Şirketin zarar görmesi, pay sahiplerinin paylarının değerinde azalmaya yol açar ve bu eksilme dolaylı zarar olarak nitelendirilir. Dolaylı zararın, alacaklılar bakımından ise, şirketin uğradığı zararlar sonucunda iflas etmesi ve borçlarını ödeyememesi halinde ortaya çıkacağı esas kabul edilmiştir<sup>64</sup>. Alacaklıların dava hakkının iflas haliyle sınırlandırılması, şirketin zararının dava edilmesi haline özgüdür. Alacaklı eğer doğrudan zararlarını talep ediyorsa, sorumluluk davasını şirket faaliyetten de açabilir<sup>65</sup>. Görüldüğü üzere, TTK m. 553 vd. hükümlerinde yöneticiler, hem şirkete hem pay sahiplerine hem de şirket alacaklılarına karşı verdikleri zarardan sorumlu tutulmuştur. Dolayısıyla mezkûr hüküm, şirketi, pay sahiplerini ve alacaklıları koruyucu bir etkiyi haizdir.

<sup>61</sup> Doğrudan-dolaylı zarar ayrımının dayandığı bu ölçüt aslında geleneksel ayırmadır (Bu hususta bkz. Stephan **Hartmann**, "Die Unterscheidung zwischen dem unmittelbaren und dem mittelbaren Gläubigerschaden im Konkurs der Aktiengesellschaft", Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht, 2006, s. 323). Bunun yanı sıra İsviçre Federal Mahkemesi ihlal edilen hukuk normunu esas almak suretiyle de doğrudan ve dolaylı zarar ayrımı yapmıştır. Bu hususta bkz. Peter **Forstmoser**/Bertrand **Schott**, "Entwicklungen im Gesellschaftsrecht (Handelsgesellschaften und Genossenschaften) und im Wertpapierrecht/Le point sur le droit des sociétés (sociétés commerciales et sociétés coopératives) et des papiers-valeurs", Schweizerische Juristen-Zeitung, 102/2006, s. 483; von der Crone/**Carbonara/Hunziker**, s. 13 vd.; **Kaşak**, 2019, N 6.137.

<sup>62</sup> Çeşitli örnekler için bkz. ve karşı. **Şener**, s. 422; **Bahtiyar**, s. 390; **Ayhan/Çağlar/Özdamar**, s. 386; **BSK OR II-Gericke/Waller**, Art. 754 N 16; **AK-Rihm/Känzig**, Art. 754 OR N 14.

<sup>63</sup> Çeşitli örnekler için bkz. ve karşı. **Ayhan/Çağlar/Özdamar**, s. 386; **Şener**, s. 422; **Bahtiyar**, s. 390; **BSK OR II-Gericke/Waller**, Art. 754 N 16; **AK-Rihm/Känzig**, Art. 754 OR N 14.

<sup>64</sup> Bu konuda bkz. **Bahtiyar**, s. 388; **Kaşak**, 2019, N 6. 138. Şirketler topluluğunun söz konusu olması halinde, topluluk hâkiminin sorumluluğuna gidilebilmesi için bağlı şirketin iflas etmesi şartı aranmamıştır (TTK m. 202/1-c). Bu konuda bkz. Kürşat **Gök-türk**, Şirketler Topluluğunda Sorumluluk Esasları, Ankara 2015, 218 vd.

<sup>65</sup> Bu hususta bkz. **Forstmoser/Lachat-Héritier/Plüss**, s. 2.

## **D. Anonim Şirketlerde Malvarlığının Korunması İlkesi**

### **1. Genel Olarak**

Anonim şirketlerin, alacaklılarına karşı yalnızca malvarlığı ile sorumlu olması ve alacaklarını şirket malvarlığından tahsil edemeyenlerin pay sahiplerine başvuramaması sebebiyle (TTK m. 329), TTK'de malvarlığının korunmasına yönelik çeşitli hükümler yer almaktadır. Bu hükümlerle pay sahipleri ile yönetim kurulu üyelerinin şirketin bazı malvarlığı değerleri üzerinde tasarruf yetkisi sınırlandırılmıştır. Gerek pay sahiplerine gerek yönetim kurulu üyelerine şirket malvarlığından yapılacak ödemelerin neler olacağı, bunların şart ve usulleri hakkında TTK'de düzenlemeler sevk edilmiştir.

Anonim şirketin malvarlığı değerleri şirket bilançosunda gösterilir<sup>66</sup>. Bilançonun aktif kısmına şirket malvarlığının rakamsal değeri, pasif kısmına ise bu malvarlığı değerlerinin kaynağı yazılır<sup>67</sup>. Pasif tablosunda yer alan kaynaklar, öz kaynaklar ve yabancı kaynaklar olarak iki alt başlıkta ele alınabilir<sup>68</sup>. Pasif tablosunda yer alan yabancı kaynaklardan pay sahiplerine dağıtım yapılması mümkün değildir<sup>69</sup>. Öz kaynaklar, anonim şirketin esas sermayesi, tüm yedek akçeleri ile dağıtılmamış kârlarından oluşur<sup>70</sup>. Öz kaynakların bir kısmından da pay sahiplerine ödeme yapılması mümkün değildir. Bu bağlamda esas sermayeden pay sahiplerine herhangi bir ödeme yapılamaz<sup>71</sup>. Pay sahipleri de esas sermaye karşılığı malvarlığı değerleri üzerinde, bu

<sup>66</sup> Esra **Kaşak**, Anonim Ortaklıkta Sermayenin İadesi Yasağı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2011, s. 5.

<sup>67</sup> **İsmail Kırcı**, "Anonim Şirketlerde Sermayenin İadesi Yasağı (TTK m. 405/II) ile İlgili Bir İnceleme (11. HD'nin 10.06.2008 Tarih ve E. 2007/12661, K. 2008/7660 Sayılı Kararının Değerlendirilmesi)", Halûk Konuralp Anısına Armağan, C. I, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s. 644; **Kaşak**, 2011, s. 5.

<sup>68</sup> **Kırca**, s. 644.

<sup>69</sup> Alihan **Aydın**, Anonim Ortaklığın Kendi Paylarını Edinmesi, İstanbul 2008, s. 16; **Kaşak**, 2011, s. 5.

<sup>70</sup> Celal **Göle**, Anonim Ortaklıklarda Nakdi Sermaye Koyma Borcu ve Borcu İfada Temerrüt, Ankara 1976, s. 7-9; **Kırca**, s. 644; Ünal **Tekinalp**, (Reha **Poroy**/Ersin **Çamoğlu**), Ortaklıklar Hukuku II, 14. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019, N 1486; **Kaşak**, 2011, s. 5.

<sup>71</sup> **Kırca**, s. 644; **Aydın**, s. 15.

kısımın kendisine dağıtılması yönünde tasarrufta bulunamaz<sup>72</sup>. Pay sahiplerine, sermaye olarak şirkete verdiklerinin iade edilmesi, daha açık anlatımla esas sermayeden ödeme yapılması yasaktır (TTK m. 480/3)<sup>73</sup>.

Bazı öz kaynak kalemleri ise yalnızca belirli amaçlar için kullanılabilir. Bu bağlamda yine öz kaynaklar içerisinde yer alan yedek akçelerin bir kısmı genel kanuni yedek akçe olarak nitelendirilir. Genel kanuni yedek akçe sermayenin yarısını aşmadığı takdirde, sadece zararların kapatılmasına, işlerin iyi gitmediği zamanlarda işletmeyi devam ettirmeye veya işsizliğin önüne geçmeye ve sonuçlarını hafifletmeye elverişli önlemler alınması için kullanılabilir (TTK m 519/3). Dolayısıyla bu从小kısmından da pay sahiplerine ödeme yapılamaz<sup>74</sup>. Esas sözleşme hükmü veya genel kurul kararı ile ayrılmış ve belli bir amaçla özgülennmiş olan yedek akçeler, ancak özgülendikleri amaç için kullanılabilir ve pay sahiplerine bu从小kısmından ödeme yapılamaz<sup>75</sup>.

Bunun dışında kalan şirket malvarlığı üzerinde yöneticilerin serbest tasarruf yetkisi olduğu, şirket varlıklarını istedikleri gibi şirket dışına çıkarabilecekleri düşünülmemelidir. Nitekim yönetim kurulu üyeleri özen ve bağlılık yükümlülüğüne tâbi tutularak (TTK m. 369) şirket varlıklarını şirket menfaatine sarf etmekle mükellef kılınmıştır. Üyeler, şirket varlıkları üzerinde yapacakları tasarruflarda mevzuatta belirtilen ilke ve esaslara uymakla yükümlüdür. Aksi halde şartların oluşması halinde kendilerine karşı TTK m. 553 vd. hükümlerine istinaden sorumluluk davası açılabilir.

---

<sup>72</sup> Aydın, s. 15.

<sup>73</sup> TTK m. 480/3'ün mutlak anlamda emredici olduğu yönünde ve hüküm hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kırca, s. 646 vd.; emredici hükümlerin tespiti hakkında geniş inceleme için bkz. Fahri Erdem Kaşak, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırı Olarak Kanunun Emredici Hükümlerine Aykırılık, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021, N 345 vd.

<sup>74</sup> Kırca, s. 645.

<sup>75</sup> Kaşak, 2011, s. 6, 7.

## **2. Şirket Malvarlığı Üzerinde Yapılabilecek Tasarruflar**

### **a. Pay Sahiplerine Yapılabilecek Ödemeler**

Türk Ticaret Kanunu pay sahiplerine yapılacak ödemeler hakkında çeşitli hükümler sevk etmiştir. TTK m. 408/2-(d) hükmü uyarınca yıllık kâr üzerinde tasarrufa, kâr payları ile kazanç paylarının belirlenmesine, yedek akçenin kullanılmasına dair kararların alınması genel kurulun devredilemez yetkileri arasındadır. Genel kurulun bu yetkisini kendisinin kullanması gerekir.

Pay sahiplerine şirket malvarlığından yapılacak ilk ödeme, kâr payıdır. Her pay sahibi, usulüne göre pay sahiplerine dağıtılması kararlaştırılmış net dönem kârına payı oranında katılma hakkına sahiptir. Net dönem kârından ve serbest yedek akçelerden kâr payı dağıtılabilir (TTK m. 509/2)<sup>76</sup>. Burada pay sahiplerine örtülü kazanç dağıtımı (TTK m. 512) veya sermaye iadesi sonucunu doğuracak işlemler yapılmamalıdır (TTK m. 480/3). Şirketin sona ermesi hâlinde her pay sahibine, esas sözleşmede başka bir hüküm bulunmadığı takdirde, tasfiye payı ödenir (TTK m. 507/1). Kanun'da öngörülen şartlara riayet etmek kaydıyla, pay sahiplerine yapılabilecek bir başka ödeme, hazırlık dönemi faizidir (TTK m. 510). Ayrıca sermayenin azaltılması durumunda itfa ödemeleri de burada zikredilebilir<sup>77</sup>.

Türk Ticaret Kanunu'nda pay sahiplerinin şirketten hangi şartlarda ödünç alabilecekleri de düzenlenmiştir. Buna göre, pay sahipleri, sermaye taahhüdünden doğan vadesi gelmiş borçlarını ifa etmedikçe ve şirketin serbest yedek akçelerle birlikte kârı geçmiş yıl zararlarını karşılayacak düzeyde olmadıkça şirkete borçlanamaz (TTK m. 358). Ayrıca pay sahiplerine verilecek ödünçler bakımından yönetim kurulu üyeleri, diğer tüm işlemlerinde olduğu gibi özen ve bağlılık yükümlülüğüne riayet etmeli, şirket menfaatlerini ihlal edecek uygulamalardan kaçınmalıdır. Pay sahibi olan yönetim kurulu üyelerine

<sup>76</sup> Kâr payı avansı, Sermaye Piyasası Kanunu'na tâbi olmayan şirketlerde, Ticaret Bakanlığı tarafından yayımlanmış "*Kâr Payı Avansı Dağıtım Hakkında Tebliğ*" ile düzenlenmiştir (Bkz. RG., 9.8.2012, S. 28379).

<sup>77</sup> Bkz. **Kırca**, s. 645; **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, N 1437a.



verilecek ödünçler hakkında da TTK m. 358 hükmü uygulama alanı bulmaktadır.

### **b. Yönetim Kurulu Üyelerine Yapılabilecek Ödemeler**

Yönetim kurulu üyelerine şirket malvarlığından bazı ödemelerin yapılması mümkündür. Üyelere, tutarı esas sözleşmeyle veya genel kurul kararıyla belirlenmiş olmak şartıyla huzur hakkı, ücret, ikramiye, prim ve yıllık kârdan pay ödenebilir (TTK m. 394, m. 408/2-b). Yönetim kurulu üyelerine kazanç payları, sadece net kârdan ve ancak kanuni yedek akçe için belirli ayırım yapıldıktan ve pay sahiplerine ödenmiş sermayenin yüzde beşi oranında veya esas sözleşmede öngörülen daha yüksek bir oranda kâr payı dağıtıldıktan sonra verilebilir (TTK m. 511).

Yönetim kurulu üyesinin, genel kuruldan izin almadan, şirketle kendisi veya başkası adına herhangi bir işlem yapması engellenmiştir. Hükme aykırı hareket edilirse, şirket yapılan işlemin batıl olduğunu ileri sürebilir (TTK m. 395/1). Pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ile yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olmayan TTK m. 393'te sayılan yakınlarının şirkete nakit borçlanamayacakları hükme bağlanmıştır. Ayrıca bu kişiler için şirketin kefalet, garanti ve teminat veremeyeceği, sorumluluk yüklenemeyeceği, bunların borçlarını devralamayacağı da Kanun'da açıkça belirtilmiştir (TTK m. 395/2). Aksi halde yapılan işlem dolayısıyla şirket zarara uğrarsa yönetim kurulu üyelerine karşı sorumluluk davası açılabilir<sup>78</sup>.

### **E. Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen ve Bağlılık Yükümlülüğü**

Türk Ticaret Kanunu m. 369/1'de "*yönetim kurulu üyeleri ve yönetimle görevli üçüncü kişiler, görevlerini tedbirli bir yöneticinin özenine yerine getirmek ve şirketin menfaatlerini dürüstlük kurallarına uyarak gözetmek yükümlülüğü altındadırlar*" denilmekle yönetim kurulu üyeleri ve yönetimle görevli kişiler hakkında özen ve bağlılık

---

<sup>78</sup> Emek **Toraman Çolgar**, Şirkete Borçlanma Yasağı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 369.

yükümlülüğü öngörülmüştür<sup>79</sup>. Burada, kendi işi imiş gibi özen göstermek (*diligentia quam in suis*) yeterli olmayıp bunun yerine benzer işletmelerde yönetim kurulu üyelerinden beklenebilen işin gerektirdiği özenin esas alınması gerekir<sup>80</sup>. Bu ölçü alt sınırdır; yoksa ilgili yönetici veya yönetim kurulu üyesinin şirketçe bilinen ortalama üstü bir bilgisi bulunmaktaysa yükümlülük ihlali olup olmadığının tespitinde ilgili üyenin bilgi durumu dikkate alınır<sup>81</sup>. Bu ölçüden sapan bütün davranışlar özen yükümlülüğünün ihlali niteliğindedir<sup>82</sup>. Özenli davranma yükümlülüğü, üyelerin kanuna uygun davranmalarını gerektirir<sup>83</sup>. Yapılması gereken bir işi yapmamak, eksik veya geç yapmak özen yükümlülüğünün ihlali mahiyetindedir<sup>84</sup>.

Şirket menfaatinin dürüstlük kuralına göre gözetilmesi gereği de TTK m. 369'da açıkça hükme bağlanmıştır. Bu yükümlülük gereğince, yönetim kurulu üyesi; şirketin menfaatlerini, kendi kişisel menfaatine, hâkim pay sahibinin veya diğer pay sahiplerinin ve onların yakınları ile üçüncü kişilerin menfaatine üstün tutmalıdır<sup>85</sup>. Üyeler, menfaat çatışmasının bulunduğu hallerde, şirketin menfaatlerinin zarar görmemesi için gerekli önlemleri almalı, rekabet şartlarına ve emsalleri-

<sup>79</sup> Madde metninde geçen "*tedbirli bir yönetici*" kriteri hakkında bkz. Kürşat **Gök-türk**, "Amerikan, Alman, İsviçre ve Türk Hukukunda İşadamı Kararı İlkesi", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 2, Y. 2011, s. 235 vd.

<sup>80</sup> TTK m. 369 gerekçesi; Rolf **Watter**/Katha **Roth Pellanda**, Basler Kommentar: Obligationenrecht II, Art. 530-964 OR (Art. 1-6 SchlT AG, Art. 1-11 ÜBest GmbH), Hrsg: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Rolf Watter, 5. Aufl., Helbing & Lichtenhahn (Verlag), 2016, Art. 717 N 5; Jeannette K. **Wibmer**, Aktienrecht Kommentar, Aktiengesellschaft, Rechnungslegungsrecht, VegüV, GeBüV, VASR, OFK - Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch), Hrsg: Jeannette K. Wibmer, 1. Aufl., Orell Füssli Verlag AG, 2016, Art. 717 OR N 4; Cédric **Chapius**, OR Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, OFK - Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch), 3. Aufl., Hrsg: Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz, Roland Fankhauser, Orell Füssli Verlag AG, 2016, Art. 717 OR N 3.

<sup>81</sup> **OFK-Wibmer**, Art. 717 OR N 4; **BSK OR II-Watter/Roth Pellanda**, Art. 717 N 5.

<sup>82</sup> **BSK OR II-Watter/Roth Pellanda**, Art. 717 N 5.

<sup>83</sup> Rolf **Watter**/Till **Spillmann**, "Corporate Social Responsibility - Leitplanken für den Verwaltungsrat Schweizerischer Aktiengesellschaften", Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, 2-3/2006, s. 107; **BSK OR II-Watter/Roth Pellanda**, Art. 717 N 3. Bu hususta ayrıca bkz. **OFK-Wibmer**, Art. 717 OR N 6.

<sup>84</sup> **BSK OR II-Watter/Roth Pellanda**, Art. 717 N 3; Peter **Böckli**, Schweizer Aktienrecht. 4. Aufl., Schulthess Juristische Medien AG, 2009, § 13 N 566.

<sup>85</sup> TTK m. 369 gerekçesi.

ne uygun olarak (*dealing at arm's length*) işlemleri akdetmelidir<sup>86</sup>. Bu husus ayrıca pay sahipleri arasında eşit olmayan uygulamalar yapılmasının da bir gereğidir (TTK m. 357).

Öğretide TTK m. 369 hükmü kapsamında ayrıca yönetim kurulu üyelerinin prensip olarak şirketi zarara uğratabilecek işlemlerden kaçınma ve şirketin malvarlığını koruma<sup>87</sup> ve şirket değerini sürekli artırmak için çabalama yönünde bir yükümlülüğü olduğu da ifade edilmektedir<sup>88</sup>. Şirketin menfaatine aykırı, uygun karşılığı olmayan işlemler yapılmamalı veya paralar faiz getirecek şekilde yatırıma yönlendirilmelidir<sup>89</sup>. Elde edilen kazancın pay sahiplerine kâr olarak mı dağıtılacağına veya şirket bünyesinde bırakılarak yeni yatırımlar için mi kullanılacağına karar verme yetkisi genel kuruldadır (TTK m. 408/2-d). Genel kurul, şirket kazancının tamamını veya bir kısmını şirkette tutmaya karar vermiş ve bu şekilde yönetim kurulu üyelerinin tasarrufuna bırakmışsa, yönetim kurulu üyeleri, bu malvarlığı değerlerini, özen ve bağlılık yükümlülüğüne uygun şekilde şirket menfaatlerine uygun olarak kullanmakla yükümlüdür.

TTK m. 375/1-c hükmü uyarınca şirketin muhasebesi için gerekli düzenin kurulması yönetim kurulunun devredilemez ve vazgeçilemez yetki ve sorumluluk alanındadır (ayrıca bkz. TTK m. 514). Finansal tabloların kanuna ve alt düzenlemelere uygun çıkarılması için gerekli düzenin kurulması da bu yükümlülük kapsamındadır<sup>90</sup>. Anonim şirketlerin finansal tablolarının, bu kapsamda bilançonun (TTK m. 68/3), “dürüst resim ilkesi” uyarınca şirketin gerçek durumunu, dürüst ve aslına uygun olarak yansıtması gerekir. Tablolardan, şirketin malvarlığı, borçları, yükümlülükleri, öz kaynakları ve faaliyet sonuçları anlaşılabilir; tablolar tam, açık, geçmiş yıllarla karşılaştırılabilir.

<sup>86</sup> TTK m. 369 gerekçesi. Ayrıca bkz. **OFK-Wibmer**, Art. 717 OR N 7.

<sup>87</sup> Bkz. ve karşı. **Böckli**, § 13 N 569a.

<sup>88</sup> **BSK OR II-Watter/Roth Pellanda**, Art. 717 N 37.

<sup>89</sup> Bkz. ve karşı. **OFK-Wibmer**, Art. 717 OR N 3; **OFK-Chapius**, Art. 717 OR N 3; **Böckli**, § 13 N 569a.

<sup>90</sup> İsmail **Kırca**/Feyzan Hayal **Şehirli Çelik**/Çağlar **Manavgat**, Anonim Şirketler Hukuku, C. I, Temel Kavram ve İlkeler, Kuruluş, Yönetim Kurulu, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, Ankara 2013, s. 547.

*Bilançoda Görülmekle Birlikte İşletmede Bulunmayan Ortaklardan Olan Alacaklara İlişkin Kayıtların Düzeltilmesine İzin Verilmesi Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğunu Ortadan Kaldırır mı?*

meye imkân verir; ihtiyaçlara ve işletmenin niteliğine uygun, şeffaf ve güvenilir olmalıdır (TTK m. 515)<sup>91</sup>.

## **F. Hukuki Sorumluluğunun Devam Etmesi**

6111 sayılı Kanun m. 11/2, 6552 sayılı Kanun m. 74/1-a, 6736, 7143 ve 7326 sayılı Kanun'ların m. 6/3 hükümleriyle, şirket yöneticilerine, kayıtlarda yer aldığı halde işletmede bulunmayan işletmenin esas faaliyet konusu dışında kalan pay sahiplerinden olan alacaklar hakkında bilançolarında düzeltme yapma imkânı verildiği görülmektedir. Bu imkân ile kayıtları gerçeğe aykırı olan anonim şirketlere “*temiz bir sayfa*” açma olanağı tanındığı ifade edilmektedir<sup>92</sup>. Ancak kayıtlarda bu şekilde düzeltme yapılmasının, salt adı geçen kanunlardan yararlanıldığından bahisle, yönetim kurulu üyelerini sorumluluktan kurtarması mümkün değildir.

Üyelerin sorumluluktan kurtulabilmesi için, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu hakkında TTK m. 553'te aranan şartların mevcut olmaması gerekir. Bu şartlar mevcutsa, kayıtlardaki düzeltmenin adı geçen kanunlara göre yapılmış olması sorumluluğu bertaraf etmez. Bu nedenle düzeltmeye rağmen, açılacak bir sorumluluk davasında yönetim kurulu üyelerinin geçmişle hesaplaşması her zaman ihtimal dâhilindedir<sup>93</sup> ve sorumluluk bakımından da her zaman “*temiz bir sayfa*” açıldığıнын söylenmesi mümkün değildir. Buna karşılık sorumluluk için gerekli şartların mevcut olup olmadığının mutlaka araştırılması gerekir; adı geçen kanunlara göre düzeltme yapılmış olması *tek başına* sorumluluk doğacağı anlamına da gelmez. Dolayısıyla düzeltme işleminin ilgili kanunlara dayalı olarak yapılmış olması, üyeler hakkında TTK m. 553 bakımından inceleme yapılmasına engel oluşturmayacağı gibi, doğrudan doğruya bir sorumluluk sebebi olarak da nitelendirilmez.

<sup>91</sup> Açıklamalar için bkz. TTK m. 515 madde gerekçesi; **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, N 1478e.

<sup>92</sup> **Yaz**, s. 199.

<sup>93</sup> Karş. Murat **Yılmazsoy/Işıl Tireli Büyükdeğirmenci**, “6736/6 Kapsamında İşletme Kayıtlarının Düzeltilmesi ve Bağımsız Denetim Sonuçlarına Etkisi”, Vergi Dünyası Dergisi, S. 421, Eylül 2016, s. 122.

Bilançolarda yer almakla birlikte, gerçekte bulunmayan pay sahiplerinden olan alacakların muhasebe ilkeleri bakımından şu sebeplere dayanabileceği ifade edilmektedir: Kanunen yasaklanmış ödemelerin bu hesaplarda gösterilmesi, belgesiz mal ve hizmet alımı yapılması, ortakların şirket kasasından para çekmeleri, fiilen kâr dağıtım yapıldığı halde vergilenmeden bunun ortaklara borç verilmiş gibi gösterilmesi, kayıt dışı satışların bu hesaplarda gösterilmesi, ortaklar adına şirket tarafından ödeme yapılması<sup>94</sup>. Bu açıdan bakıldığında anılan işlemlerin esasen yöneticilerin bilgileri dâhilinde kayıtlara geçirildiği anlaşılmaktadır<sup>95</sup>.

Görüldüğü üzere, ortaklardan alacak olarak görünmesine rağmen aslında bu nitelikte olmayan alacaklar da olabilir. Örneğin; bir şirket, 2000 TL'lik belgesiz gider yaptıktan sonra kasa mevcudu ile kayıtlar arasında fark oluşmaması adına bunu ortağa borç vermiş gibi kaydedebilir. Bu durumda kayıttan alacak gibi görünmesine rağmen bu nitelikte olmayan bir alacak kalemi ortaya çıkmış olur<sup>96</sup>. Bu kayıt biçiminin de usulsüz olduğu, şartları varsa sorumluluğa yol açacağı açıktır. Çünkü şirket kayıtlarının usulüne uygun tutulması gerekir. Yönetim kurulu üyeleri, şirketin finansal tablolarının kanuna uygun olarak tutulması için gerekli düzenin kurulmasından sorumludur (TTK m. 375/1-c).

Üyelerin yaptıkları işlemler, şirket menfaatine ve mevzuata uygun olarak yapılmalıdır. Yukarıda yönetim kurulu üyelerinin özen ve bağlılık yükümlülükleri ve Kanun'da şirket muhasebesinin ve finansal tablolarının kanuna uygun şekilde hazırlanmasının temini ile ilgili yükümlülükleri bulunduğu ortaya konulmuştur. Yönetim kurulu üyelerinin bu yükümlülüklere uymaması sebebiyle şirket zarar görürse, diğer şartların mevcudiyeti halinde kendilerine şirketin uğradığı zararlar sebebiyle şirket, pay sahipleri ve iflas halinde alacaklılar tarafından hukuki sorumluluk davası açılabilir. Sorumluluk davası ile hem şirketin, hem alacaklıların hem de pay sahiplerinin, şirket malvarlığı

<sup>94</sup> Sebepler hakkında bkz. **Yaz**, s. 198; **Özdemir/Özırmak**, s. 44; **Yakışıklı**, s. 11.

<sup>95</sup> Bkz. **Yaz**, s. 196.

<sup>96</sup> Örnek için bkz. **Özdemir/Özırmak**, s. 44-45.

*Bilançoda Görülmekle Birlikte İşletmede Bulunmayan Ortaklardan Olan Alacaklara İlişkin Kayıtların Düzeltilmesine İzin Verilmesi Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğunu Ortadan Kaldırır mı?*

üzerindeki menfaatleri korunmuştur. Dolayısıyla yapılan düzeltme ile Devlet birtakım vergi gelirlerinden vazgeçiyorsa veya alacaklarının tahsilini amaçlıyorsa da, bu durum alacaklıların, şirketin ve pay sahiplerinin sorumluluk davası açma hakkının da elinden alındığı şeklinde yorumlanamaz.

Üyeler, şirketin menfaatine olmayan, uygun karşılığı bulunmayan işlemleri yapmamalı veya paraları faizsiz şekilde kullandırmamalıdır. Pay sahiplerine, kanuna (TTK m. 358, 395/2) ve emsallerine aykırı olarak ödünç verilmemesi gerekir; aksi halde şirketin uğradığı zarardan dolayı yöneticilere karşı sorumluluk davası açılabilir<sup>97</sup>. Yönetim kurulu üyelerinin tâbi olduğu özen ve bağlılık yükümlülüğü gereğince, borç verilecek pay sahibinin ödeme gücünün olup olmadığının araştırılması, olumsuz bir kanaatin hâsıl olması halinde borç verilmemesi, diğer hallerde emsallerine uygun olarak ödünç verilmesi gereklidir<sup>98</sup>. Ayrıca bir hareket zorunluluğunun olduğu hallerde ihmali davranışlar da sorumluluğa sebep olacağından, ödünç sözleşmesinin gereği olarak borcun pay sahibinden tahsili için gerekli işlemlerin (ihtar, icra takibi, dava açılması gibi) zamanında yapılmaması da bir yükümlülük ihlali teşkil eder. Tahsil için gerekli işlemlerin yapılmamış olması, eksik veya geç yapılması şirket kaynaklarının pay sahiplerine karşılıksız kullandırılması sonucunu doğurur. Ülkemizde şirket ortakları, şirketin kasasını kendi kasaları gibi görmek şeklinde yanlış bir eğilime sahiptir<sup>99</sup>. Oysa yukarıda izah edildiği üzere, şirket malvarlığından pay sahiplerine ve yöneticilere yapılacak ödemeler hakkında kanunlarda sevk edilmiş özel düzenlemelere uyulması gerekir.

6111 sayılı Kanun'un 11/2. maddesi kapsamında ortaklardan alacaklar, şirket kayıtlarından çıkarılmaktadır. Dolayısıyla burada yapılan işlem, şirket malvarlığını azaltıcı nitelik arz edebilir; çünkü bu durumda şirket alacaklarından vazgeçilmesi sonucu doğabilir. Burada zararın doğduğu an, her somut olayda farklılık gösterebilir. Zararın,

<sup>97</sup> Bu hususta bkz. **Toraman Çolgar**, s. 293, 368 vd.

<sup>98</sup> Bkz. **Toraman Çolgar**, s. 296 vd.; ayrıca bkz. TTK m. 369 gerekçesi. Ayrıca bkz. **OFK-Wibmer**, Art. 717 OR N 7.

<sup>99</sup> **Yaz**, s. 197.

düzeltilme işleminin yapılması ile veya bu işlemde önce doğması da ihtimal dâhilindedir. Yalnızca kayıtlar üzerinde yapılan düzeltme, şirketin oluşan zararını ortadan kaldırmayacağından, şirket malvarlığından kanuna uygun olmayan şekilde kendilerine veya pay sahiplerine aktarım yapan veya kanuna uygun olmayan harcamalarda bulunan ve bu şekilde şirketi zarara uğratan yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu devam eder. Çünkü burada zarar, belgesiz harcamanın yapılması, pay sahibinin üçüncü kişiye olan borcunun şirket tarafından ödenmesi, pay sahibinin şirket kasasını kendi kasasıymış gibi kullanması, pay sahibinden olan alacaktan şirketin vazgeçmesinden kaynaklanmakta ve düzeltme işleminin yapılması ile zarar tazmin edilmiş olmamaktadır.

Belirtilen kanunlar belirli oranda ödenecek vergi karşılığında şirketlere bilançolarında düzeltme yapma imkânı vermektedir. Ancak düzeltmeye konu olan tasarruflar (kanuna uygun olmayan şartlarda ödünç verilmesi ve bunun tahsili için gerekli işlemlerin yapılmaması, belgesiz harcamalar yapılması gibi) bakımından bir kanuna uygunluk sebebi ihdas edildiğinin kabulü mümkün değildir. Burada yapılan işlem ile şirket, vergi hukukuna özgü avantajlar elde edebilir (faiz ve ceza affı gibi), daha az vergi ödemiş olabilir. Ancak bu durum şirketin zararının tamamının tazmin edilmediği gerçeğini değiştirmez. Zararın varlığı için yönetim kurulu üyesinin bir menfaat elde etmiş olması da gerekmez.

Yönetim kurulu üyelerine sorumluluk davası açılmasına engel olabilecek bir durum, ilgililer hakkında genel kurulda ibra kararı alınmış olmasıdır. İbra, ancak genel kurula açıklanan maddi olaylara ilişkin olarak sonuç doğurur (TTK m. 558/2). Bu açıdan genel kurularda sadece bilançolarda 6111 sayılı Kanun m. 11/2 veya diğer kanunların ilgili hükümlerine göre düzeltme yapıldığının belirtilmesi ibra sonucunu doğurmaz. Burada ortaklardan alacak olarak gözüken bu işlemlerin hangi hukuki sebebe dayalı olarak ortaya çıktığının da açıklanması gerekir. Her genel kurul kararı gibi, ibra kararlarının da yokluğu, butlanının tespiti ve iptali istenebilir. Bilanço ve diğer hesaplarda, kanunda öngörülen hükümlere uyulmaması halinde alınan ibra

kararlarının iptali istenebilir<sup>100</sup>. Ayrıca pay sahiplerine yapılan ödemelerin şirketin hangi kaynağından yapıldığına göre de durum değişiklik gösterir<sup>101</sup>. Örneğin; pay sahiplerine, sermaye paylarının iade edilmesi amacıyla esas sermayeden yapılan ödemeler batıl kabul edilmektedir. Hatta öğretide pay sahibinin geri ödeme niyetinin bulunmadığı veya ekonomik durumu itibarıyla geri ödemesinin mümkün olmadığı bilinerek kendisine ödünç verilen hallerde, tutarın şirketin serbest yedek akçelerinden karşılanmış olması durumunda dahi bu uygulama sermayenin iadesi yasağının bir ihlali olarak görülmektedir<sup>102</sup>. Çünkü burada aslında sermaye iadesi yapılmakla birlikte, kayıtlarda ödünç olarak gösterilen bir işlem bulunmaktadır. Pay sahibine sermayenin ödenmesi sonucunu doğuracak işlemler batıldır<sup>103</sup>. Yönetim kurulunun yapmış olduğu batıl bir işlemi konu alan ibra kararları da batıl olur<sup>104</sup>. Genel kurulda alınan ibra kararının batıl olduğu hâkim tarafından re'sen dikkate alınır ve bu tür ibra kararları baştan itibaren hüküm ve sonuç doğurmazlar<sup>105</sup>. Ayrıca belirtmek gerekir ki alınan ibra kararının alacaklıların dava hakkına bir etkisi bulunmamaktadır. Eğer şirket iflas ederse, alacaklılar yönetim kurulu üyeleri hakkında genel kurulun ibra kararına rağmen sorumluluk davası açabilir. Dolayısıyla ibra kararlarının bir an için pay sahiplerinin dava açma hakkını ortadan kaldırdığı düşünülse dahi, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunu tamamen ortadan kaldırdığı söylenemez.

Yönetim kurulu, kendi sorumluluk alanına giren bir işlem dolayısıyla, genel kuruldaki karar alarak veya yaptığı işlemi genel kurula onaylatarak sorumluluktan tamamen kurtulamaz. Genel kurul, şirketin en üst organı mahiyetinde olmayıp, yönetim kurulu ile eşit düzeyde, aralarında işlev ayrılığı olan, diğer şirket organıdır. Yönetim kurulu üyeleri, kendi sorumluluk alanına giren konularda bizzat karar

<sup>100</sup> Bkz. ve karşı. Zühtü **Aytaç**, Anonim Ortaklıklarda İbra, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Sevinç Matbaası, Ankara 1982, s. 200.

<sup>101</sup> **Kırca**, s. 646.

<sup>102</sup> Bu hususta bkz. **Kırca**, s. 649.

<sup>103</sup> **Kırca**, s. 650.

<sup>104</sup> **Aytaç**, s. 189.

<sup>105</sup> Bkz. **Aytaç**, 189; **Canözü**, s. 254-255.



almalı ve kararlar dolayısıyla sorumluluğu taşınmalıdır. Nitekim bağımsız yönetim yetkisi dolayısıyla üyeler hakkında TTK m. 553'te özel sorumluluk öngörülmüştür. Yönetim kurulunun kendi yetki alanına giren bir konuda karar alması ve bunu uygulaması mümkündür. Yönetim kurulunun kendi yetki alanına giren bir konuda aldığı kararı, genel kurulun onayına sunmaması tek başına bir yükümlülük ihlali teşkil etmez. Bu durum anonim şirketlerde, organlar arası yetki ilişkilerinde eşitlik teorisinin (*Paritätstheorie*) kabul edilmesinin bir sonucudur. Ayrıca yönetim kurulunun kendi yetki alanına giren bir mesele hakkında karar yetkisini genel kurula bırakması veya kendisi tarafından yapılan işlemi genel kurulun onayına sunması, prensip olarak yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz<sup>106</sup>.

Yukarıda belirtilen kanunlara uygun olarak yapılan düzeltmelerin genel kurula sunulmamış olması tek başına ilgili kamu kurumuna yapılan beyanın geçersizliği sonucunu doğurmaz. Buna mukabil işlemin genel kurula sunulmuş olması da yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Çünkü işlem genel kurulun yetki alanına giren bir işlem değildir. Finansal tabloların mevzuata uygun olarak tutulması için gerekli önlemlerin alınmasından yönetim kurulu üyeleri sorumludur. Genel kurulda yapılan oylama sonucu olsa olsa istişari mahiyet arz edebilir. Alacaklıların ve prensip olarak şirketin dava hakkı bu istişari oylama sonucundan etkilenmez. Pay sahiplerinin verdikleri olumlu oya rağmen sorumluluk davası açması, duruma göre çelişkili davranış yasağına aykırılık teşkil edebilir. Ancak genel kurulun uygun bir şekilde bilgilendirilmediği hallerde de TMK m. 2'nin uygulanması mümkün değildir. Çünkü kararın bilgiye dayalı olarak verilmesi gerekir. Ayrıca anonim şirketlerde, sermayenin iadesi sonucunu doğuracak işlemlerin yapılması tamamen yasaklanmıştır; genel kurulun bu tür işlemler bakımından aldığı onay kararları zaten batıldır.

---

<sup>106</sup> Genel kurul ile yönetim kurulu arasındaki yetki dağılımı hakkında TTK'de öngörülen sistem hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. Kaşak, 2019, N 2.88.

## **V. Sonuç**

6111 sayılı Kanun m. 11/2, 6552 sayılı Kanun m. 74/1-a, 6736, 7143 ve 7326 sayılı Kanun'ların m. 6/3 hükümleri ile yönetim kurulu üyelerine, şirket kasasında bulunmayan ve fakat bilançoda gözükten ortaklardan alacaklar bulunması halinde, şirket kayıtlarını düzeltmek konusunda bir imkân verilmiştir. Amaç, bir yandan Devlet gelirlerinin artırılması ve tahsilinin sağlanması, diğer yandan işletme kayıtlarının gerçek duruma uygun hale gelmesinin sağlanmasıdır. Getirilen bu düzeltme imkânının, anonim şirket malvarlığı üzerinde yönetim kurulu üyeleri ve pay sahiplerinin nasıl ve hangi usullerde tasarruf edilebileceğine ilişkin kanuni hükümleri değiştirdiği şeklinde yorumlanması mümkün değildir. Bu yönden yönetim kurulu üyelerinin TTK'de öngörülen harcama yükümlülükleri ile özen ve bağlılık yükümlülüğünden doğan sorumlulukları devam etmektedir. Bu yükümlülükler aykırı davranılması suretiyle şirket zarara uğrarsa, üyelere TTK m. 553 vd. hükümleri uyarınca sorumluluk davası açılabilir. Düzeltme işleminin adı geçen kanunlara istinaden yapılmış olması tek başına sorumluluk sebebi olarak görülemeyeceği gibi, üyeler hakkında TTK m. 553 vd. hükümleri bakımından inceleme yapılmasına da engel oluşturmaz. Çünkü şirket malvarlığından kanuna uygun olmayan şekilde kendilerine veya pay sahiplerine aktarım yapan veya kanuna uygun olmayan harcamalarda bulunan ve bu şekilde şirketi zarara uğratan yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu devam eder. İlgili Kanun'lara göre bilançoda düzeltme yapılmış olması, bir kanuna uygunluk sebebi oluşturmaz.

Sorumluluk davası ile şirket malvarlığı ve bu şekilde hem pay sahiplerinin hem alacaklıların hem de şirketin menfaatleri korunmaktadır. Tanınan düzeltme imkânı ile Devlet birtakım vergi gelirlerinden vazgeçebilir veya gelirlerini bir an önce elde etmeyi amaçlayabilir. Ancak bu durum alacaklıların, şirketin ve pay sahiplerinin sorumluluk davası açma hakkının da elinden alındığı şeklinde yorumlanamaz. Bu sebeple, açılacak bir sorumluluk davasında, düzeltme işleminin ilgili kanunlara dayalı olarak yapılmış olması halinde dahi, mahkeme TTK m. 553 vd. hükümleri bakımından incelemesini yapmaya devam etme-

lidir. Belirtmek gerekir ki, Devlet gelirlerinin artırılması amacına matuf olan ve vergi affı öngören kanuni düzenlemelerin yıllar içerisinde tekrar tekrar çıkarılması, bu türden işlemlerin artması yönünde olumsuz bir etki de gösterebilir. Bu yönden sorumluluk davalarının açılması ihtimalinin devam ediyor olduğuna dikkat çekilmesi, yönetim kurulu üyelerinin kanuna aykırı işlemlere tevessül etmesini önleyici bir işlev de görecektir.

### **KISALTMALAR**

<b>AG</b>	: Aktiengesellschaft
<b>APOK</b>	: Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu/Alman Pay Senetli Ortaklıklar Kanunu
<b>AktG</b>	: Aktiengesetz
<b>Art.</b>	: Artikel (Madde)
<b>Aufl.</b>	: Auflage (Baskı)
<b>Batider</b>	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
<b>Bkz.</b>	: Bakınız
<b>BSK</b>	: Basler Kommentar
<b>c.</b>	: cümle
<b>C.</b>	: Cilt
<b>CD.</b>	: Ceza Dairesi
<b>dn.</b>	: Dipnot
<b>E.</b>	: Esas Numarası
<b>ET.</b>	: Erişim Tarihi
<b>f.</b>	: fıkra
<b>HD.</b>	: Hukuk Dairesi
<b>Hrsg.</b>	: Herausgeber (Editör)
<b>K.</b>	: Karar Numarası
<b>Karş.</b>	: Karşılaştırınız

*Bilançoda Görülmekle Birlikte İşletmede Bulunmayan Ortaklardan Olan Alacaklara İlişkin Kayıtların Düzeltilmesine İzin Verilmesi Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğunu Ortadan Kaldırır mı?*

- m.** : madde  
**N.** : Kenar Numarası  
**OFK** : Orell Füssli Kommentar  
**OR** : Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht)  
**RG.** : Resmi Gazete  
**s.** : sayfa  
**S.** : Sayı  
**TMK** : 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu  
**TTK** : 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu  
**vd.** : ve devamı  
**Y.** : Yıl  
**Yarg.** : Yargıtay

### **KAYNAKÇA**

- Akdağ Güney, Necla**, Anonim Şirket Yönetim Kurulu, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016.
- Aksoy, Kıral Aydın**, “6111 Sayılı Yasanın 11. Maddesinin 2. Fıkrasına Göre Beyan Edilen Tutarlar İle İlgili Sonradan Gündeme Gelen Sorunlar”, <http://www.neksymm.com/6111-sayili-yasanin-11-maddesinin-2-fikrasina-gore-beyan-edilen-tutarlar-ile-ilgili-sonradan-gundeme-gelen-sorunlar-i307/>, (ET. 26.06.2021).
- Amstutz Marc/Gohari, Ramin Silvan**, OR Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht. OFK - Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch), 3. Aufl., Hrsg: Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz, Roland Fankhauser, Orell Füssli Verlag AG, 2016.
- Avcı, Özcan**, “Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına İlişkin 6736 Sayınlı Kanun’un Getirdikleri ve Devam Eden Vergi İnce-

- lemelerine Etkisi”, Vergi Dünyası Dergisi. S. 421, Eylül 2016, s. 109-121.
- Aydın, Alihan**, Anonim Ortaklığın Kendi Paylarını Edinmesi, İstanbul 2008.
- Ayhan, Rıza/Çağlar, Hayrettin/Özdamar, Mehmet**, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Yetkin Yayınları, 3. Baskı, Ankara 2021.
- Bärtschi, Harald**, “Die Klage aus unmittelbarem Schaden im Verantwortlichkeitsrecht”, Hrsg: Weber, Rolf H./Isler, Peter R., Europa Institut Zürich, 104, Schulthess Verlag, Zürich 2010.
- Bahtiyar, Mehmet**, Ortaklıklar Hukuku, Beta Basım Yayın, 15. Bası, İstanbul 2021.
- Böckli, Peter**, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Schulthess Juristische Medien AG, 2009.
- Canözü, Salih**, Anonim Şirketlerde İbra, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021.
- Chapius, Cédric**, OR Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, OFK - Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch), 3. Aufl., Hrsg: Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz, Roland Fankhauser, Orell Füssli Verlag AG, 2016.
- Çamoğlu, Ersin**, Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu (Kamu Borçlarından Sorumluluk İle), 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010.
- Dalla Torre, Luca**, Präjudizienbuch OR, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875-2015), Hrsg: Peter Gauch, Viktor Aepli, Hubert Stöckli, 9. Aufl., Schulthess Juristische Medien AG, Zürich 2016.
- Forstmoser, Peter**, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2. Aufl., Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1987.
- Forstmoser, Peter/Lachat-Héritier, Anne/Plüss, Adrian**, “Die Privatrechtliche Verantwortlichkeit im Aktienrecht”, Schweiz. Juristische Kartothek, 1987 <https://www.forstmoser.ch/wp-content/publications/articles/1987-verantwortlichkeit.pdf>, ET. 24.06.2021.

**Forstmoser, Peter/Meier-Hayoz, Arthur/Nobel, Peter**, Schweizerisches Aktienrecht, Stämpfli Verlag, Bern 1996.

**Forstmoser, Peter/Schott, Bertrand**, "Entwicklungen im Gesellschaftsrecht (Handelsgesellschaften und Genossenschaften) und im Wertpapierrecht/Le point sur le droit des sociétés (sociétés commerciales et sociétés coopératives) et des papiers-valeurs", Schweizerische Juristen-Zeitung, 102/2006, s. 482-488.

**Forstmoser, Peter/Sprecher, Thomas/Töndury, Gian Andri**, Persönliche Haftung nach Schweizer Aktienrecht/Personal Liability according to Swiss Corporate Law, Schulthess Verlag Zürich 2005.

**Gericke, Dieter/ Waller, Stefan**, Basler Kommentar Obligationenrecht II, Art. 530-964 OR (Art. 1-6 SchlT AG, Art. 1-11 ÜBest GmbH), Hrsg: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Rolf Watter, 5. Aufl., Helbing & Lichtenhahn (Verlag), 2016.

**Göktürk, Kürşat**, "Amerikan, Alman, İsviçre ve Türk Hukukunda İşadami Kararı İlkesi", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 2, Y. 2011, s. 207-247.

**Göktürk, Kürşat**, Şirketler Topluluğunda Sorumluluk Esasları, Ankara 2015.

**Göle, Celal**, Anonim Ortaklıklarda Nakdi Sermaye Koyma Borcu ve Borcu İfada Temerrüt, Ankara 1976.

**Hacımahmutoğlu, Sibel**, "The Business Judgment Rule: İş Adami Kararı mı Yoksa Ticari Muhakeme Kuralı mı?", Y. 2014, Batider, C. XXX, S. 4, s. 99-145.

**Hartmann, Stephan**, "Die Unterscheidung zwischen dem unmittelbaren und dem mittelbaren Gläubigerschaden im Konkurs der Aktiengesellschaft", Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht, 2006, s. 321-327.

**Isler, Martina**, Konsultativabstimmung und Genehmigungsvorbehalt zugunsten der Generalversammlung Unter besonderer Berücksichtigung von Entschädigungsfragen, Dike Verlag, (SSHW 297), Zürich/St. Gallen 2010.

- Kaşak, Esra**, “Alman Hukukunda Genel Kurul Kararına Dayanan Davranışlarından Dolayı Yönetici Kurul Üyelerinin Sorumsuzluğunun Şartları ve Kapsamı”, *Batider*, C. XXXVI, S. 1, Mart 2020, 101-129 (Atıf: Kaşak, 2020).
- Kaşak, Esra**, *Anonim Şirketlerde Genel Kurul ile Yönetim Kurulu Arasındaki Yetki Dağılımına İlişkin Temel Esaslar, Tipoloji Kuramı ve Kurumsal Yönetim Perspektifinden Yapılan İnceleme ile Birlikte*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019 (Atıf: Kaşak, 2019).
- Kaşak, Esra**, *Anonim Ortaklıkta Sermayenin İadesi Yasağı*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2011 (Atıf: Kaşak, 2011).
- Kaşak, Fahri Erdem**, *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırı Olarak Kanununun Emredici Hükümlerine Aykırılık*, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021 (Atıf: Kaşak, F. E., 2021).
- Kırca, İsmail**, “Anonim Şirketlerde Sermayenin İadesi Yasağı (TTK m. 405/II) ile İlgili Bir İnceleme (11. HD’nin 10.06.2008 Tarih ve E. 2007/12661, K. 2008/7660 Sayılı Kararının Değerlendirilmesi)”, *Halûk Konuralp Anısına Armağan*, C. I, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s. 641-651.
- Kırca, İsmail/Şehirli Çelik, Feyzan Hayal/Manavgat, Çağlar**, *Anonim Şirketler Hukuku*, C. I, Temel Kavram ve İlkeler, Kuruluş, Yönetim Kurulu. Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, Ankara 2013.
- Koch, Jens**, *Aktiengesetz*, Hrsg.: Uwe Hüffer/Jens Koch, C.H. Beck Verlag, 15. Auflage, 2021.
- Krnet, Georg**, *Praxiskommentar Verwaltungsrat Art. 707-726 OR und Spezialgesetze*, Ein Handbuch für Verwaltungsräte, Stämpfli Verlag AG, 2. Aufl., Bern 2005.
- Kunz, Peter V.**, *Rechtsnatur und Einredenordnung der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage*, Darstellung der Rechtslage unter bisherigem und revidiertem Aktienrecht, Stämpfli&Cie AG, Bern 1993.
- Meier, Robert**, *Die Aktiengesellschaft*, Ein Rechtshandbuch für die praktische Arbeit in der schweizerischen Aktiengesellschaft, Schulthess Verlag, 3. Aufl. 2005.

*Bilançoda Görülmekle Birlikte İşletmede Bulunmayan Ortaklardan Olan Alacaklara İlişkin Kayıtların Düzeltilmesine İzin Verilmesi Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğunu Ortadan Kaldırır mı?*

**Özdemir, Recep/Özırmak, Tahir**, “6111 sayılı Kanunla Getirilen Kasa Fazlalıklarının ve Ortaklardan Alacak Tutarlarının Düzeltilmesi”, Vergi Dünyası Dergisi. S. 393, Mayıs 2014, s. 44-52.

**Pulaşlı, Hasan**, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Yükümlülüğü ve Müteselsil Sorumluluğu”, Batider, Y. 2009, C. XXV, S. 1, s. 27-63, (Atıf: Pulaşlı, 2009).

**Pulaşlı, Hasan**, Şirketler Hukuku Şerhi. C. III, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2018 (Atıf: Pulaşlı, 2018).

**Rihm, Thomas/Känzig, David**, Aktienrecht Kommentar, Aktiengesellschaft, Rechnungslegungsrecht, VegüV, GeBüV, VASR, OFK - Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch), Hrsg: Jeannette K. Wibmer. 1. Auflage, Orell Füssli Verlag AG, 2016.

**Şener, Oruç Hami**, Ortaklıklar Hukuku, 4. Bası, Ankara 2019.

**Spindler, Gerald**, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Hrsg: Wulf Goette/Mathias Habersack, Verlag C.H. Beck, 5. Auflage, München 2019.

**Tekinalp, Ünal (Poroy, Reha/Çamoğlu, Ersin)**, Ortaklıklar Hukuku II, 14. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019.

**Tekinalp, Ünal**, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku (Anonim ve Limited Ortaklıklar, Tek Kişi Ortaklığı, Ortaklıklar Topluluğu, Birleşme, Bölünme, Tür Değiştirme), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015.

**Toraman Çolgar, Emek**, Şirkete Borçlanma Yasağı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.

**Vollmar, Juerg**, Grenzen der Übertragung von gesetzlichen Befugnissen des Verwaltungsrats an Ausschüsse, Delegierte und Direktoren, Bern 1986.

**von Büren, Roland**, “Erfahrungen schweizerischer Publikumsgeellschaften mit neuen Aktienrecht”, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, 131 (1995), s. 57-91.

**von der Crone, Hans Caspar/Carbonara, Antonio/Hunziker, Silvia**, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit und Geschäftsführung,



Ein funktionaler und systematischer Überblick, Helbing & Lichtenhahn Verlag, Basel 2006.

**Watter, Rolf/Roth Pellanda, Katha**, Basler Kommentar: Obligationenrecht II, Art. 530-964 OR (Art. 1-6 SchlT AG, Art. 1-11 ÜBest GmbH), Hrsg: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Rolf Watter, 5. Aufl., Helbing & Lichtenhahn (Verlag), 2016.

**Watter, Rolf/Spillmann, Till**, "Corporate Social Responsibility – Leitplanken für den Verwaltungsrat Schweizerischer Aktiengesellschaften", Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, 2-3/2006, s. 94-116.

**Wibmer, Jeannette K.**, Aktienrecht Kommentar, Aktiengesellschaft, Rechnungslegungsrecht, VegüV, GeBüV, VASR, OFK - Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch), Hrsg: Jeannette K. Wibmer, 1. Auflage, Orell Füssli Verlag AG, 2016.

**Yakışıklı, Ramazan**, "6111 Sayılı Yasa Kapsamında Kayıtlarda Yer Aldığı Halde İşletmede Bulunmayan Ortaklardan Alacakların Beyanı", Vergi Dünyası Dergisi. S. 356, Nisan 2011, s. 11-15.

**Yaz, Dursun Ali**, "Gerçek Dışı Kasa Mevcutlarının Torba Yasa Kapsamında Değerlendirilmesi", Vergi Dünyası Dergisi. S. 355, Mart 2011, s. 195-199.

**Yılmazsoy, Murat/Tireli Büyükdeğirmenci, Işıl**, "6736/6 Kapsamında İşletme Kayıtlarının Düzeltilmesi ve Bağımsız Denetim Sonuçlarına Etkisi", Vergi Dünyası Dergisi, S. 421, Eylül 2016, s. 122-126.

**Corpus Mevzuat ve İçtihat Programı.**

## **SİGORTALANAN OLAYA KUSUR İLE SEBEBİYET VERİLMESİNİN SİGORTA TEMİNATINA ETKİSİ**

*The Effect of The Causality of Insured Event by  
The Fault on Insurance Cover*

***Dr. Öğr. Üyesi Nurdan ORBAY ORTAÇ\****

### **ÖZ**

Sigorta sözleşmenin tarafı olan sigorta ettiren yanında sigortalı, lehtar veya bunların hukuken fiillerinden sorumlu oldukları kişiler olarak sayılan sigorta sözleşmesi ile ilgili kişilerin, sözleşmede öngörülen sigortalı olayın gerçekleşmesine sebebiyet vermelerinin sigorta tazminatının veya sigorta bedelinin ödenmesine etkisi ayrıntılı biçimde düzenlenmiştir. Mevcut düzenlemelerde kusurun derecesi nazara alınarak sigortalanan olayın ihmal veya kasıt ile gerçekleştirilmesi farklı hukuki esaslara tabi kılınmıştır. Çalışmamızda adı geçen kimse-lerin sigortalanan olaya kusurları ile sebebiyet vermesinin sigorta teminatına nasıl etki edeceği hususu ele alınmıştır.

**Anahtar Sözcükler:** Sigortacı, Sigorta ettiren, Sigortalı, Lehtar, Kast, İhmal.

---

\* Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi  
E-Posta: nurdanortac@gmail.com  
ORCID: 0000-0002-4274-7087

## ABSTRACT

Beside the insurant (policyholder) who is a party of an insurance contract, the effect on the payment of insurance indemnity or insurance sum of the people related to the insurance contract who are counted as the insured, beneficiary and the ones for whose acts these are legally liable are regulated in detail. In current regulations the materialization of the insured event with negligence or intentionally is subjected to different legal basics pursuant to the degree of the fault. The effect on the insurance cover of the causality of the insured event by the fault of the mentioned ones is examined in this study.

**Keywords:** Insurer, Insurant, Insured, Beneficiary, Intention, Negligence

## GİRİŞ

Sigortacının asli edimi rizikoyu taşıma borcudur. Bu borç, rizikonun gerçekleşmesi ile zarar sigortaları bakımından sigorta tazminatının; can sigortaları bakımından ise sigorta bedelinin ödenmesi borcuna dönüşür. Çalışmamızda öncelikle, inceleme konumuz kapsamında sigorta hukuku bakımından “*riziko*”nun anlamı ortaya konulmaya çalışılmış; özellikle sigortalanan olay kavramının üzerinde durulmuştur.

Sigortacının sigorta tazminatı/sigorta bedeli ödeme borcundan söz edebilmemiz için öncelikle sigortalanan olaya sebep olan rizikonun sigorta teminatı kapsamında olması şarttır. Ayrıca Türk Ticaret Kanunu’nun 1429’uncu maddesinde, bu maddede zikredilen kişilerin kusurları ile rizikonun gerçekleşmesine sebep olmaları halinde bu durumun sigorta teminatına nasıl etki edeceği düzenlenmiştir. Anılan düzenleme gereği aksi kararlaştırılmışsa sigortacı, maddede sayılan sigorta sözleşmesi ile ilgili kişilerin ihmallerinden sorumlu tutulmuştur. Ancak sigorta ettiren, sigortalı ve sigorta tazminatının ödenmesi-

ni sağlamak amacı ile bunların hukuken fiillerinden sorumlu oldukları kişilerin rizikonun gerçekleşmesine kasten sebep olmaları halinde sigortacının tazminat ödeme borcu doğmayacağı hüküm altına alınmıştır (TTK m 1429/1 c 2). Sigorta ettirenin, sigortalının ve lehtarın kim olduğu konusunda tereddüt olmamakla beraber; bunların hukuken fiillerinden sorumlu oldukları kişilerin kim olduğunun tespiti konusu tartışmalıdır. Çalışmamızda bu konu ayrıntılı olarak ele alınmaya çalışılmıştır.

Türk Ticaret Kanunu'nun 1429'uncu maddesinde can sigortaları-na ilişkin özel hükümler saklı tutulmuştur (TTK m 1429/2). Bu nedenle çalışmamızda konunun zarar sigortaları ve can sigortaları bakımından ayrı ayrı ele alınması ihtiyacı doğmuştur. Genel hüküm niteliğinde olmakla beraber 1429'uncu maddenin aslında zarar sigortaları esas alınarak düzenlendiği, hükmün bu bakımından eleştiriye muhtaç olduğu nazara alınarak konu ele alınmaya çalışılmıştır.

Çalışmamızda konuya ilişkin tartışmalı hususların daha iyi aydınlatılabilmesi için, Alman Sigorta Sözleşmesi Kanunu ile İsviçre Sigorta Sözleşmesi Kanunu'nun ilgili hükümleri de incelenmeye gayret edilmiştir.

## **I. SİGORTA TEMİNATI KAPSAMINDAKİ RİZİKOLARIN TESPİTİ**

Sözlük anlamı ile riziko, bir diğer ifade ile risk<sup>1</sup>; zarara uğrama tehlikesini ifade eder<sup>2</sup>.

Sigortacılık mevzuatı incelendiğinde zarara uğrama tehlikesinin ifade edilmesinde terim birliği sağlanamadığı; bazı hükümlerde "*riziko*" terimi tercih edilirken bazı hükümlerde "*risk*" terimine yer verildiği görülmektedir<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Risk türleri ve kişilerin bunlara karşı aldığı tedbirlere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz Yaşar Karayalçın, Risk-Sigorta-Risk Yönetimi (Olgaç Matbaası, 1984) 1-10.

<sup>2</sup> Bkz <http://www.tdk.gov.tr>

<sup>3</sup> Örneğin, Sigortacılık Kanunu'nda çoğunlukla "*risk*" terimi kullanılmış ancak anılan Kanun'un 14'üncü maddesinde de "*riziko*" terimine yer verilmiştir. Türk Ticaret Kanunu'nun sigorta hukuku kitabında ise daha ziyade "*riziko*" terimi tercih

Türk Ticaret Kanunu'nun sigorta sözleşmesine ilişkin 1401'inci maddesinin "Sigorta sözleşmesi, sigortacının bir prim karşılığında, kişinin para ile ölçülebilir bir menfaatini zarara uğratan tehlikenin, rizikonun, meydana gelmesi hâlinde bunu tazmin etmeyi ya da bir veya birkaç kişinin hayat süreleri sebebiyle ya da hayatlarında gerçekleşen bazı olaylar dolayısıyla bir para ödemeyi veya diğer edimlerde bulunmayı yükümlendiği sözleşmedir." hükmünde "riziko" terimine yer verilmiş, ancak bu terim tanımlanmamıştır. Bir görüşe göre, bu hükümde yer alan "para ile ölçülebilir menfaat" ve "tehlike" ifadelerinden de anlaşılacağı üzere "riziko", esasen zarar sigortalarının bir unsurudur; bununla beraber meblağ sigortası olarak nitelendirilen can sigortaları bakımından özellikle belli süre hayatta kalma şartına bağlı can sigortalarında "hayatta kalma" bir tehlike olarak nitelendirilemez<sup>4</sup>.

Diğer bir görüşe göre ise "riziko" sadece "para ile ölçülebilen bir menfaati zarara uğratan tehlike" olarak sınırlandırılmamalıdır; zira hayat sigortasında "ölüm" veya "hayatta bulunma" olguları da sigorta hukuku anlamında "riziko" olarak kabul edilir<sup>5</sup>. Bu görüşe göre sigorta hukuku anlamında riziko (risk), gelecekte gerçekleşip gerçekleşmeyeceği kesin olmayan yahut gerçekleşeceği kesin olmakla beraber gerçekleşeceği zamanın önceden tespit edilemediği olaydır<sup>6</sup>.

---

edildiğini görmekteyiz. Ancak yine TTK m 1498'de aynı hükümde hem "riziko" hem de "risk" terimine yer verildiği görülmektedir.

- <sup>4</sup> Rıza Ayhan, Hayrettin Çağlar ve Mehmet Özdamar, Sigorta Hukuku Ders Kitabı (2. Bası Yetkin 2019) 137, 138. Türk Ticaret Kanunu'nun 1401'inci maddesinin "kişinin para ile ölçülebilir bir menfaatini zarara uğratan tehlikenin, rizikonun" ifadesine yer verdikten sonra hayat sigortaları bakımından "bir veya birkaç kişinin hayat süreleri sebebiyle ya da hayatlarında gerçekleşen bazı olaylar" ifadesine ayrıca yer vermesi bu görüşü destekler niteliktedir.
- <sup>5</sup> Haydar Arseven, Sigorta Hukuku (2. Bası, Beta Yayınları 1991) 5; Samim Ünan, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Altıncı Kitap: Sigorta Hukuku, Cilt I, Birinci Kısım: Genel Hükümler (Madde 1401-1452), (1. Bası, Oniki Levha 2016) 298; Mertol Can, Türk Özel Sigorta Hukuku, C I (1. Bası, Adalet 2018) 6; Şaban Kayıhan ve Ömer Bağcı, Türk Özel Sigorta Hukuku Dersleri (3. Bası, Umuttepe 2018) 181; Rayegan Kender, Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku, (15. Bası, Oniki Levha 2016) 293 vd. Sayhan da eserinde hayat sigortasında riziko kabul edilen olayın esasen rizikoyu değil vadeyi ifade ettiğini haklı olarak belirtmiştir (İsmet Sayhan, Sigorta Sözleşmesinin Konusu (Yetkin 2001) 72.).
- <sup>6</sup> Ali Bozer, Sigorta Hukuku, (2. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2009), 35; Can (n 5) 6; Ünan, C I (n 5) 14; Kender (n 5) 293; Kemal Şe-

Türk Ticaret Kanunu'nun 1401'inci maddesinde her ne kadar zarar sigortaları bakımından “riziko”, can sigortaları bakımından “olay” kavramlarına yer verilmişse de anılan Kanun'un can sigortalarına ilişkin birçok hükmünde de “riziko” kavramının tercih edildiğini görmekteyiz<sup>7</sup>. Esasen Türk Ticaret Kanunu'nun sigorta sözleşmelerine ilişkin hükümleri nazara alındığında sigorta hukuku kapsamında “riziko” kavramının, sözlük anlamından daha geniş bir anlama sahip olduğunu söylemek mümkündür<sup>8</sup>.

Türk Ticaret Kanunu'nun Sigorta Hukuku kitabı hükümlerinin kaleme alınmasında ana kaynak olan 1908 tarihli Alman Sigorta Sözleşmesi Kanunu'nda (Versicherungsvertragsgesetz/VVG 1908)<sup>9</sup>, gerçekleşmesi halinde sigortacının sigorta bedeli veya sigorta tazminatı ödemesine sebebiyet veren ve sigorta ile teminat altına alınan olay, “Versicherungsfall” yani “Sigortalanan olay”<sup>10</sup> kavramı ile ifade edilmiştir<sup>11</sup>. Aynı şekilde 2008 tarihli Alman Sigorta Sözleşmesi Kanu-

---

nocak, Üçüncü Şahıs Lehine Hayat Sigortası Sözleşmesi, (1. Bası, Turhan 2009) 11; Şaban Kayıhan ve Özcan Günergök, Türk Özel Hukuku Dersleri (5. Bası, Umuttepe 2020) 160.

<sup>7</sup> Bkz örneğin; 1491/3, 1493/6, 1494, 1497/1, 1498, 1499, 1506; 1510/1.

<sup>8</sup> İnci Kaner, ‘Zarar Sigortalarında Sigorta Ettirenin Tehlike İle İlgili Görevleri’ (1994) 54 (1-4) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 303, 305; İlknur Uluğ, ‘Sigorta Hukukunda Riziko Kavramı ve Bu Kavramdaki Değişiklikler’, Türkiye’de Sigorta Hukukunun Sorunları ve Geleceği Sempozyumu (Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 19-20 Kasım 2004) 331 vd; Can (n 5) 4-6; Ünan, C I (n 5) 14; Ayhan, Çağlar ve Özdamar (n 4) 133 vd.

<sup>9</sup> 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun “Sigorta Hukuku” kitabında yer alan düzenlemelerde esas alınan kaynaklara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz Kerim Atamer, ‘Yeni Türk Ticaret Kanunu Uyarınca “Zarar Sigortaları”na Giriş’ (2011) 27 (1) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 34, 34 vd.

<sup>10</sup> Türk hukukunda “Versicherungsfall”, “Sigortalanan olay” (Kemal Şenocak, Hukuki Himaye Sigortası, (1. Bası, Dayınlarlı 1993) 165 (Himaye); “Sigortalanan (sigorta koruması altına alınan) olgu” (Ünan, C I (n 5) 14) şeklinde ifade edilmiştir.

<sup>11</sup> “Sigortacının ve Sigorta Ettirenin Yükümlülükleri” başlıklı VVG 1908 başlıklı § 1 hükmü şu şekildedir: “(1) Bei der Schadensversicherung ist der Versicherer verpflichtet, nach dem Eintritt des Versicherungsfalls dem Versicherungsnehmer den dadurch verursachten Vermögensschaden nach Maßgabe des Vertrags zu ersetzen. 2Bei der Lebensversicherung und der Unfallversicherung sowie bei anderen Arten der Personenversicherung ist der Versicherer verpflichtet, nach dem Eintritt des Versicherungsfalls den vereinbarten Betrag an Kapital oder Rente zu zahlen oder die sonst vereinbarte Leistung zu bewirken.

nu'nda da (Versicherungsvertragsgesetz/VVG 2008) "Versicherungsfall" kavramı tercih edilmiştir<sup>12</sup>. Alman öğretisinde "Sigortalanan olay (Versicherungsfall)", sigortanın koruma sağladığı ve gerçekleşmesi halinde sigortacının sigortalıya sigorta tazminatı veya sigorta bedeli ödeme borcunu doğuran ve sigortalının hayatında gerçekleşen bir olay şeklinde tanımlanmıştır<sup>13</sup>. Örneğin; yangın sigortasında "yangın", makine kırılması sigortasında "makinenin kırılması", ölüme bağlı hayat sigortasında "ölüm" sigortalanan olaydır. Dolayısıyla "Versicherungsfall" yani "sigortalanan olay" teriminin hem zarar hem meblağ sigortalarını kapsayıcı nitelik arz ettiği söylenebilir. Alman sigorta hukukunda riziko (risk), sözleşmede öngörülen sigorta teminatı altına

---

(2) 1Der Versicherungsnehmer hat die vereinbarte Prämie zu entrichten. 2Als Prämien im Sinne dieses Gesetzes gelten auch die bei Versicherungsunternehmungen auf Gegenseitigkeit zu entrichtenden Beiträge.". Madde metni şu şekilde çevrilebilir: "(1) 1Zarar sigortasında sigortacı, sigorta ettirene sigortalanan olayın gerçekleşmesi halinde doğan zararı, sözleşmede belirlenen miktar oranında tazminle yükümlüdür. 2Şahıs sigortasının diğer türlerinin yanı sıra hayat sigortasında ve kaza sigortasında sigortacı sigortalanan olayın ortaya çıkması halinde sözleşmede belirlenen meblağı veya iradî ödemekle veya başka biçimde kararlaştırılmış edimi gerçekleştirmekle yükümlüdür. (2) 1 Sigorta ettiren kararlaştırılmış olan primi ödemek zorundadır. 2Karşılıklı (mütüel) sigortada ödenmesi gereken primler de bu yasa anlamında prim sayılır."

<sup>12</sup> 2008 tarihli Alman Sigorta Sözleşmesi Kanunu'nda da (Versicherungsvertragsgesetz/VVG 2008) sigorta sözleşmesine ilişkin açık bir tanıma yer verilmemiştir (Birçok sigorta türünün varlığı nedeniyle anılan Kanun'da detaylı bir sigorta sözleşmesi tanımına yer verilmemesinin isabetli olduğu kabul edilmektedir (Christian Armbrüster (Pröls/Martin), Versicherungsvertragsgesetz: VVG (30. Bası, C H BECK 2018) § 1, Rn 1). Bununla beraber Alman Sigorta Sözleşmesi Kanunu'nun (VVG 2008) "Akdi Yükümlülükler" başlıklı 1'inci maddesi uyarınca "Sigortacı, sigorta sözleşmesiyle kararlaştırılmış olan sigortalanan olayın ortaya çıkması halinde yerine getirmekle yükümlü olduğu edimle sigorta ettirenin veya üçüncü bir kişinin belli bir riskini (rizikosunu) teminat altına almakla yükümlüdür. Sigorta ettiren sözleşmede kararlaştırılmış olan primi sigortacıya ödemekle yükümlüdür.". (§ 1 Der Versicherer verpflichtet sich mit dem Versicherungsvertrag, ein bestimmtes Risiko des Versicherungsnehmers oder eines Dritten durch eine Leistung abzusichern, die er bei Eintritt des vereinbarten Versicherungsfalles zu erbringen hat. Der Versicherungsnehmer ist verpflichtet, an den Versicherer die vereinbarte Zahlung (Prämie) zu leisten.)

<sup>13</sup> **Horst Baumann, (Baumann, H/Beckmann, R M/ Johannsen, K/ Johannsen, R), Bruck/Möller Versicherungsvertragsgesetz, Großkommentar, Dritter Band, §§ 74-99 (9. Auflage, De Gruyter 2010), § 81, Rn 34; Christian, Armbrüster, Privatversicherungsrecht, (Mohr Siebeck 2013) 341, Rn 1168; Julius von Gierke, Versicherungsrecht (Enke 1947) 201; Albert Ehrenzweig, Deutsches Versicherungsvertragsrecht (Springer 1952) 161.**

alınan olayı tetikleyen etmen olarak kabul edilir<sup>14</sup>. Örneğin; yangın sigortasında sigortalanan olay “*yangın*” iken riziko, yangına sebebiyet veren -elektrik kontağı, yıldırım düşmesi, patlama gibi- olaylardır. Belirtmek gerekir ki, sigortalanan olayın meydana gelmesi halinde sigortacının tazminat ödemesi için sigortalanan olayı meydana getiren rizikonun da sigorta teminatı kapsamında sayılan rizikolardan<sup>15</sup> olması şarttır. Sigortalanan olayın gerçekleşmesine sebebiyet veren her riziko, teminat kapsamında olmayabilir<sup>16</sup>.

İsviçre sigorta hukukunda ise “*Ereignis*” (olay) kavramı tercih edilmekle beraber; İsviçre Sigorta Sözleşmesi Kanunu’nda (VVG) “*befürchtetes Ereignis*” yani “*korkulan olay*”<sup>17</sup> (bkz örneğin; İsviçre Sigorta Sözleşmesi Kanunu m 10, 10a, 14, 15, 29, 35d) ifadesine yer verildiğinden her olayın sigortaya konu teşkil etmeyeceği sonucuna varılmaktadır<sup>18</sup>. Bununla beraber öğretide İsviçre Sigorta Sözleşmesi Kanunu’nda “*korkulan olay (befürchtetes Ereignis)*” kavramı ile sigortalanan olayın (*Versicherungsfall*), yani gerçekleştiği takdirde sigortacının sigorta tazminatı veya sigorta bedeli ödeme borcunun doğumuna yol açan unsurun kastedildiği ifade edilmektedir<sup>19</sup>. Korkulan olayın, sigortalanmış objeye veya süjeye (kişi, eşya veya malvarlığı), sigorta

---

<sup>14</sup> Roland Rixecker (Theo Langheid ve Roland Rixecker), *Versicherungsvertragsgesetz* (6. Auflage, C H BECK 2019) VVG § 1, Rn 6.

<sup>15</sup> Can (n 5) 51. Kender, “*sigorta teminatı kapsamındaki rizikolar*”ı ifade ederken “*sigorta edilen riziko*” (Kender (n 5) 293 vd); Şenocak ise “*sigortalanan riziko*” ifadesini kullanmayı tercih etmişlerdir (Şenocak, Himaye, (n 10) 163).

<sup>16</sup> Teminatın kapsamını belirlemede sigorta sözleşmesi be sözleşmenin eki olan Sigorta Genel Şartları önem azr eder.

<sup>17</sup> *Karayalçın* (Karayalçın, Risk-Sigorta-Risk Yönetimi (n 1) 11) ve *Sayhan’ın* da eserlerinde “*korkulan olay*” ifadesini tercih ettiğini görüyoruz (Sayhan (n 5) 73.).

<sup>18</sup> Her ne kadar İsviçre Sigorta Sözleşmesi Kanunu’nun kimi maddelerinde sadece “*olay*” yani “*Ereignis*” ifadesine yer verilmişse de (örneğin, m 14/2-4) öğretide bunun kısaltma olarak kullanıldığı, esasen bu halde dahi olay kavramından “*korkulan olay*” yani “*befürchtetes Ereignis*” anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir (Philipp Sieber and Heinz Hüsser (Willi Fischer and Thierry Luterbacher) *Haftpflichtkommentar, Kommentar zu den Schweizerischen Haftpflichtbestimmungen* (1.Auflage, DIKE 2016) VVG Art 14 Rn 17.).

<sup>19</sup> Alfred Mauerer, *Einführung In Das Schweizerische Privatversicherungsrecht* (Stämpfli 1976) 93; Sieber and Hüsser, (n 18) Art 14, Rn 18; Hermann Eichler, *Versicherungsrecht (Versicherungswirtschaft 1966)* 33; Samim Ünan, *İsteğe Bağlı Genel Sorumluluk Sigortasında Riziko* (Beta 1998) 52.



teminatı kapsamındaki bir riskin zarar vermesi durumunda ortaya çıktığı ifade edilse de<sup>20</sup> esasen sigortalanan olayın da her zaman olumsuz bir olayla bağlantılı olmadığı, zarar içermediği; hayat sigortasında olduğu gibi kararlaştırılan belli bir tarihe kadar hayatta kalma<sup>21</sup> ya da sağlık sigortasında yeni doğan çocuğun sağlık kontrollerinde olduğu gibi bir olay olabileceği de vurgulanmaktadır<sup>22</sup>.

Türk Hukukunda da her sigorta sözleşmesi türünde, sigortacının ödeme yapma yükümlülüğünü doğuran olayların özünde her zaman bir risk (tehlike) içermemesi sebebiyle; “*riziko*” kavramı yerine tüm sigorta türlerini kapsayacak şekilde “*sigortalanan olay*” kavramına yer verilmesi esasında daha yerinde bir ifade tarzı olacaktır.

Sigortalanan olayın gerçekleşmesi ile sigortacının teminat sağlama borcu dinamik hale gelir ve bu borç, zarar sigortalarında zararın doğması ile sigorta tazminatı; can sigortalarında ise sigorta bedeli ödeme borcuna dönüşür<sup>23</sup>.

Türk Ticaret Kanunu’nun 1409’uncu maddesinin 1’inci fıkrası uyarınca “*Sigortacı, sözleşmede öngörülen rizikonun gerçekleşmesinden doğan zarardan veya bedelden sorumludur.*” hükmünden anlaşılacağı üzere sigortacının teminat borcunun kapsamı, sigorta sözleşmesi hükümlerine göre tayin edilir<sup>24</sup>. Görüldüğü üzere Türk Ticaret Kanunu’nda sigorta teminatının kapsamının, sözleşme ile belirlenme-

<sup>20</sup> Maurer (n 19) 93; Willy Koenig, Schweizerisches Privatversicherungsrecht (H Lang 1967) 292; Sieber and Hüsser, (n 18) Art 14, Rn 19.

<sup>21</sup> Maurer, İsviçre Sigorta Sözleşmesi’nde “*befürchtete Ereignis - korkulan olay*” ifadesine yer verilmesini eleştirerek bunun yerine “*Versicherungsfall - Sigortalanan olay*” kavramına yer vermesinin isabetli olduğunu ifade etmiştir (Maurer (n 19) 93.).

<sup>22</sup> Sieber and Hüsser (n 18) Art 14, Rn 18; Valentin Monn, ‘Von ausgeschlossenen Verhaltensweisen im Privatversicherungsrecht’ (2008) HAVE (Haftung und Versicherung) 93, 95; Can (n 5) 6.

<sup>23</sup> Kender (n 5) 292. Kayıhan ve Bağcı da sigortacının, sigorta himayesi sağlama borcuna ilişkin pasif dönemi rizikoyu taşıma borcu olarak nitelendirmektedirler (Kayıhan ve Bağcı (n 5) 188). Rizikonun gerçekleşmesinden önce rizikoyu taşıma yükümlülüğünden, gerçekleştikten sonraki dönem için ise sigorta tazminatını veya bedelini ödeme borcundan bahsedileceğine dair bkz Ayhan, Çağlar ve Özdamar (n 4) 194.

<sup>24</sup> Can (n 5) 51.

si esası benimsenmiştir. O halde hükmün mefhumu muhalifinden, sözleşmede yer almayan rizikolar bakımından sigortacının teminat borcundan söz edilemeyeceği neticesi doğmaktadır. Ancak Sigortacılık Kanunu'nun 11'inci maddesinin 4'üncü fıkrasının "*Sigorta sözleşmelerinde kapsam dâhiline alınmış olan riskler haricinde, kapsam dışı bırakılmış riskler açıkça belirtilir. Belirtilmemiş olan riskler teminat kapsamında sayılır.*" hükmü ile Türk Ticaret Kanunu'ndan farklı bir esasın benimsendiğini görüyoruz. Sigortacılık Kanunu'nun anılan hükmü ile Türk Ticaret Kanunu'nun 1409'uncu maddesinin 1'inci fıkrası hükmünün çeliştiği aşikârdır. Sigortacılık Kanunu'na göre; sigorta sözleşmesinde teminat kapsamında sayılan rizikoların yanı sıra Türk Ticaret Kanunu'ndan farklı olarak teminat kapsamında olmayan rizikoların da belirtilmesi gerektiği hükme bağlanmıştır. Hatta Sigortacılık Kanunu ile bir karineye yer verilmiş ve sigorta sözleşmesi ile belirtilmemiş olan rizikoların teminat kapsamında sayılacağı ifade edilmiştir.

Esasen sigortacılık uygulamasında bu hususta sıkıntıya mahal vermeyecek şekilde hem teminat kapsamında olan hem de kapsam dışı olan rizikoların sigorta sözleşmesinde açıkça belirtilmesi yolunun tercih edildiği görülmektedir. Ancak "*Sigorta sözleşmesinde teminat kapsamında olmayan rizikoların belirtilmediği ihtimalde ortaya çıkacak bir uyumsuzlukta nasıl bir yol izlenmelidir?*" sorusu akla gelebilir. Bu hâlde Türk Ticaret Kanunu hükümlerine üstünlük tanınırsa teminat kapsamında sayılmayan bir rizikonun gerçekleşmesinden dolayı sigortacının sorumlu olmayacağı sonucuna varılır. Sigortacılık Kanunu'na üstünlük tanındığı halde ise sigortacının, sözleşmede öngörülmeyen bir riziko sebebi ile sigortalanan olayın meydana gelmesinden de sorumlu olacağı sonucu ortaya çıkar. Bu halde ortaya çıkan çelişkili durumun çözüme kavuşturulmasında, normlar çatışması halinde uygulanacak ilkeler yol gösterici olabilir. Her ne kadar Türk Ticaret Kanunu, Sigortacılık Kanunu'na nazaran daha genel bir kanun olsa da daha sonra yürürlüğe girmesi nedeniyle aynı konuya ilişkin çatışan

özel hükümlerden hangisinin uygulanması gerektiği hususunda “*lex posterior (sonraki kanun)*” esası uygulanarak çözüme ulaşılabilir<sup>25</sup>.

Kanaatimizce sonraki tarihli kanun olan Türk Ticaret Kanunu’na üstünlük tanınmalı ve sigortacı sadece sözleşme ile teminat kapsamında sayılan rizikoların gerçekleşmesinden sorumlu tutulmalıdır<sup>26</sup>. Bu konuya ilişkin olarak Ünan, haklı olarak Sigortacılık Kanunu’nun 11’inci maddesinin 4’üncü fıkrası hükmünün uygulama olanağı bulunmadığını, zira teminat kapsamına girmeyen her hususun tek tek sayılmasının imkânsız olduğunu; dolayısıyla anılan hükmün imkânsızlık nedeni ile yok sayılması gerektiğini ve teminata giren hallerin sayılması ile halin icabı gereği bu haller dışında kalan hususların teminat dışında kalacağını aşikâr olduğunu vurgulamıştır<sup>27</sup>. Yazar’a göre bir an için anılan maddenin uygulama olasılığı olduğu kabul edilse dahi, daha yeni tarihli olan 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 1409’uncu maddesinin örtülü olarak Sigortacılık Kanunu’nun 11’inci maddesinin 4’üncü fıkrası hükmünü ilga ettiğinin kabul edilmesi gerekir<sup>28</sup>.

<sup>25</sup> Belirtmek gerekir ki aralarında normlar hiyerarşisi bakımından üstünlük ilkesinin söz konusu olmadığı önceki kanunun özel kanun, sonraki kanunun ise genel kanun olduğu ve iki kanun arasında çatışan hükümlerin mevcut bulunduğu hallerde çözüm için nasıl bir yol izlenmesi gerektiği hususu tartışmalıdır. Öğretide bir görüşe göre sonraki tarihli dahi olsa genel hüküm aksine açık hüküm olmadıkça özel hükmü değiştirmezken (Yaşar Karayalçın, Hukukda Öğretim-Kaynaklar-Metod Problem Çözme (5. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2001, 139); bir diğer görüşe göre ise her zaman bu sonuca varmak mümkün değildir (Tahir Çağa, ‘Özel Hüküm Genel Hüküm Daima Bertaraf Eder mi?’, (1991) 3 (3) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 366, 373).

<sup>26</sup> *Can* da eserinde 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 1409’uncu maddesi ve sorumluluk sigortalarında 1473’üncü maddesi düzenlemeleri nazara alındığında 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda benimsenen “*umumîyet esası*”nın terkedildiğini; dolayısıyla sigortacının sadece sözleşmede kararlaştırılan rizikolardan sorumlu olacağını ifade etmiştir (*Can* (n 5) 52.).

<sup>27</sup> Ünan, C I (n 5) 95, 96; Ayhan, Çağlar ve Özdamar (n 4) 136-137.

<sup>28</sup> *ibid* 95, 96.

## **II. TÜRK TİCARET KANUNU'NUN 1429'UNCU MADDESİ KAPSAMINDA SİGORTA İLE İLGİLİ KİŞİLERİN TESPİTİ**

Türk Ticaret Kanunu'nun 1429'uncu maddesinde sigortacının; aksine sözleşme yoksa sigorta ettirenin, sigortalının, lehtarın ve bunların hukuken fiillerinden sorumlu buldukları kişilerin ihmallerinden kaynaklanan zararları tazmin ile yükümlü olduğu hükme bağlanmıştır. Aşağıda, hükümde anılan kişilere ilişkin açıklamalara yer verilecektir.

### **1. Sigorta Ettiren**

Sigorta sözleşmesinin tarafı olan sigorta ettiren genellikle kendi menfaatini<sup>29</sup> sigorta ettirir. Sigorta ettirenin kendi menfaatini sigorta ettirmesi halinde, sigortalı; yani sigorta teminatından yararlanan kişi, bizzat sigorta ettirenin kendisidir. Türk Ticaret Kanunu'nun 1429'uncu maddesi kapsamında sigorta ettiren, sigorta sözleşmesi ile sigortalanan olayın gerçekleşmesine ihmali ile sebebiyet vermişse kural olarak sigortacı bu halde de zararı tazminle yükümlüdür.

Sigorta ettirenin başkasının menfaatini sigortalatması halinde, sigortalanan olaya sigorta ettiren sebep olursa, sigorta ettirenin fiilinin sigorta teminatı kapsamında korunup korunmayacağı meselesinin de bu başlık altında irdelenmesi gerekir. Bu husus "*sigortacının, sigortalıya ödeme yaptıktan sonra halefiyet ilkesi kapsamında, sigorta ettirene rücu hakkı doğacak mı?*" sorusunun cevabı bakımından önem arz eder. Türk Ticaret Kanunu'nun mal sigortalarında halefiyete ilişkin 1472'nci maddesine göre "*Sigortacı, sigorta tazminatını ödediğinde, hukuken sigortalının yerine geçer. Sigortalının, gerçekleşen zarardan dolayı sorumlulara karşı dava hakkı varsa bu hak, tazmin ettiği bedel kadar, sigortacıya intikal eder.*". Türk Ticaret Kanunu'nun sorumluluk sigortalarında halefiyete ilişkin 1481'inci maddesinde de benzer bir düzenlemeye yer verilmiştir. Anılan maddenin birinci fıkrası uyarınca "*Sigortacı, sigorta tazminatını ödedikten sonra hukuken sigortalı yerine*

---

<sup>29</sup> Sigorta menfaati konusunda ayrıntılı bilgi için bkz Sayhan, İsmet, Sigorta Sözleşmesinin Konusu, (Yetkin, 2001).

geçer. Sigortalının gerçekleşen zarardan dolayı sorumlulara karşı dava hakkı varsa bu hak, tazmin ettiği bedel tutarında sigortacıya ait olur.”. Anılan düzenlemelerde sigortacının halefiyet ilkesi kapsamında “zarardan dolayı sorumlulara” rücu edebileceği düzenlenmiş, ancak zarar verenin üçüncü kişi olması şartı aranmamıştır. Bu halde lafzi yorum yapan yazarlara göre Kanun’da zarar verenin üçüncü kişi olması şartı aranmadığından, zarara sigorta ettiren sebebiyet vermişse ve sigortalının sigorta ettirene karşı bir talep hakkı doğmuşsa bu hak sigortacıya intikal eder ve sigortacı, sigorta ettirene karşı rücu hakkını kullanabilir<sup>30</sup>. Bu görüşteki yazarlara göre “üçüncü kişi” kavramından hareket edilse dahi, bunun tespitinde sigorta sözleşmesinin akdedilmesi yahut primlerin ödenmesi hususundan değil, kimin menfaatinin sigortalandığı hususundan hareket edilmelidir<sup>31</sup>. Bununla beraber bu görüşte olan bir kısım yazarlara göre; sigorta ettiren, sigortalının yakını ise ve sigorta olmasaydı, zarar veren sigorta ettirene başvurmayıp zarara kendisi katlanacak idi ise adalet duygusu gereği sigortacının, sigorta ettirene karşı rücu hakkının var olduğunun kabul edilmemesi gerekir<sup>32</sup>.

Diğer bir görüş ise “sorumlular”ın tespitinde anılan düzenlemele-  
rin Türk Ticaret Kanunu’nun 1429’uncu maddesi ile birlikte değer-  
lendirilmesi ve üçüncü kişilerle sınırlandırılması gerektiği ve haliyle

---

<sup>30</sup> Samim Ünan, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Sigorta Hukuku C II, Sigorta Türlerine İlişkin Özel Hükümler, Birinci Bölüm, Zarar Sigortaları (Madde 1453-1486), (1. Bası, Oniki Levha 2018) 241; Ahmet M Kılıçoğlu, ‘Özel ve Sosyal Sigortalarda Halefiyet ve Rücu’ 1974 (34) 1 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 395, 409; Mehmet Emin Bilge, Sigorta Tazminatını Alan Sigortalının Zarar Veren Üçüncü Şahısla Yaptığı İşlemlerin Sigortacının Halefiyeti Üzerindeki Etkisi ve Yargıtay Uygulaması, Prof Dr Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı, 72; Şaban Kayıhan, ‘Zarar Sigortalılarında Sigortacının Halefiyeti’, Prof Dr Cevdet Yavuz’a Armağan, 2012, 1602; Bahar Kızılsümer, Sigortacının Kanuni Halefiyetinin Şartları ve Sınırları (Oniki Levha 2019) 108-109.

<sup>31</sup> Emine Yazıcıoğlu, ‘Mal Sigortalılarında Sigortacının Kanuni Halefiyetine İlişkin Bazı Hususlar, Sigorta Hukuku Sempozyumları, (2018 Oniki Levha Yayıncılık) 488; Emine Yazıcıoğlu ve Zehra Şeker Öğüz, Sigorta Hukuku, (On İki Levha Yayıncılık 2019) 211; Kayıhan, (n 30) 1602; Kayıhan ve Bağcı (n 5) 95.

<sup>32</sup> Arseven (n 5) 177-178; Ünan, C II, (n 30) 248-249; Emine Yazıcıoğlu, ‘TTK’nın Mal Sigortalılarında Sigortacının Halefiyetine İlişkin Düzenlemesi Hakkında’ (2017) 16 (2-3) İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 331, 359 (Mal Sigortası); Can (n 5) 157.

sigortacının, sigorta sözleşmesinin tarafı olan sigorta ettirene karşı rücu hakkından söz edilemeyeceğini ileri sürmektedir<sup>33</sup>.

Yargıtay'ın ise konuya ilişkin farklı kararları mevcuttur. Yargıtay'ın menfaat kavramından hareketle sigortalıya ödeme yapan sigortacının, zarar veren sigorta ettirene başvurabileceğini kabul eden kararları yanında<sup>34</sup> aksi yönde kararı da mevcuttur<sup>35</sup>.

Alman Sigorta Sözleşmesi Kanunu'nun (VVG 2008) 86'ncı ve İsviçre Sigorta Sözleşmesi Kanunu'nun 72'nci maddelerinde de sigortacının halefiyete dayalı rücu hakkını, "üçüncü kişi"lere karşı kullanabileceği düzenlenmiştir<sup>36</sup>. Alman öğretisinde üçüncü kişi kavramı konusunda görüş birliği yoktur. *Armbrüster*'e göre üçüncü kişi, sigortalı ve sigorta ettiren dışında kalan kimselerdir<sup>37</sup>. *Langheid*'e göre ise Alman Sigorta Sözleşmesi Kanunu'nun 86'nci maddesinde yer alan üçüncü kişi kavramına sigorta ettiren dahi girebilir<sup>38</sup>. *Langheid* ile aynı görüşü paylaşan *Möller/Segger*'e göre de halefiyet ilkesinden doğan rücu hakkının ileri sürülmesi bakımından, menfaati sigortalanan herkes üçüncü kişidir; hal böyle olunca menfaati sigorta edilmediği sürece sigorta ettiren dahi Alman Sigorta Sözleşmesi Kanunu'nun 86'nci

---

<sup>33</sup> Can (n 5) 50; Barış Günay, *Sigorta Hukuku*, (2. Bası, Seçkin 2020) 188, 189. Türk Ticaret Kanunu'nun 1472'nci maddesi gerekçesinden hareketle *Atamer*, sorumlular ile sigorta ilişkisi dışında kalan kişilerin anlaşılmasının gerektiği ve dolayısıyla sigortacının sigorta ettirene karşı dava hakkından söz edilemeyeceği sonucuna varılacağı görüşündedir (n 9) 72.

<sup>34</sup> Y 11. HD, 13.2.1987 Tarih, 1987/6915 Esas ve 1987/775 Karar sayılı kararı ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com) Erişim Tarihi 15.05.2019).

<sup>35</sup> Karar için bkz Kayıhan (n 30) 1602.

<sup>36</sup> Alman Sigorta Sözleşmesi Kanunu'nun (VVG 2008) m. 86/3 hükmünde ayrıca zarara kasıtlı olmaksızın sigorta ettirenin birlikte yaşadığı kimseler sebep olursa sigortacının ödediği tazminat sebebi ile onlara karşı rücu hakkının olmadığı düzenlenmiştir.

<sup>37</sup> *Armbrüster* (n 13) 390, Rn 1350.

<sup>38</sup> Theo Langheid, (Theo Langheid and Roland Rixecker), *Versicherungsvertragsgesetz*, (6. Auflage, C H BECK 2019), VVG § 86, Rn 24. *Günther*'e göre de kural olarak sigorta ettirenin 3. kişi olarak nitelendirilmesi söz konusu olmamakla beraber istisnai olarak kendi menfaatini sigorta ettirmemişse 3. kişi sayılabilir (Dirk-Carsten Günther, *Der Regress des Sachversichertes*, (6. Auflage, VVW-Verlag Versicherungs 2015) 9).

maddesi hükmü kapsamında üçüncü kişi olarak değerlendirilmelidir<sup>39</sup>. Ancak Alman Sigorta Sözleşmesi Kanunu'nun 86'ncı maddesinin 3'üncü fıkrasında sigortacının, kasıtlı hareket etmemesi şartıyla sigortalının birlikte yaşadığı kişilere<sup>40</sup> karşı rücu hakkının olmadığı düzenlenmiştir. Benzer düzenlemenin yer aldığı İsviçre Sigorta Sözleşmesi Kanunu'nun 72'nci maddesinin 3'üncü fıkrasında sigortacının, sigortalının birlikte yaşadığı kişilerin veya hukuken fiillerinden sorumlu olduğu kişilerin ihmali ile verdikleri zarar sebebi ile ödediği tazminat için rücu hakkına dayanarak bu kimselere başvuramayacağı hüküm altına alınmıştır<sup>41</sup>.

Kanaatimizce halefiyet ilkesi kapsamında rücu edilebilecek kişileri belirlerken "*sigorta sözleşmesi ile ilişkili kişiler*"den değil de "*sigortalanan menfaat*" ile ilişkili kişilerden yola çıkmak daha isabetli olacaktır<sup>42</sup>. Zira başkasının menfaatini sigortalatan sigorta ettiren, gerçekleşen zarara kendisi sebep olmuşsa sigortacının sigorta ettirene rücu hakkı olmadığı kabulü sigortalının, sigorta ettirene dava hakkını ortadan kaldırmayacağından, sigortalının çifte tazminat almak suretiyle zenginleşmesi ihtimaline sebep olur ki bu durum, halefiyet ilkesi ile amaçlanan ve sigorta hukukunun temel ilkelerinden biri olan sigorta aracılığı ile zenginleşme yasağı ilkesine aykırılık teşkil eder<sup>43</sup>.

Burada sorumluluk sigortaları bakımından bir parantez açılması gerekir. Sorumluluk sigortasında kendi menfaatini sigortalatan sigorta ettiren, aynı zamanda sigortalı sıfatını haiz olacaktır. Bu halde zarar görene ödemedede bulunan sigortacının, sigortalanan olaya sebebiyet

---

<sup>39</sup> Helmut Möller and Stefan Segger, (Theo Langheid and Manfred Wandt), Münchener Kommentar zum VVG, Band 1, (2. Auflage, C H BECK 2016) VVG § 86, Rn 109-110.

<sup>40</sup> Bu kişiler aile bireyleri yanında, evde yatılı kalan hizmetçileri ve aynı çatı altında yaşayan kişileri de kapsamaktadır (Möller and Segger (n 39) VVG § 86, Rn 177 vd).

<sup>41</sup> Bu kapsama giren kişilerin kimler olduğu aşağıda başlık "I-B-2-c" altında incelenmiştir.

<sup>42</sup> Möller and Segger (n 39) VVG § 86, Rn 109-110.

<sup>43</sup> Kayıhan (n 30) 1601; Belin Köroğlu Ölmez, Sigorta Hukukunda Zenginleşme Yasağı, (Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2020) 143 vd (Yayımlanmamış Doktora Tezi).

veren sigorta ettirene rücu etmesi mümkün değildir. Aksi halde sigorta ettirenin sorumluluk sigortası ile üçüncü kişiye verebileceği zararlar sebebi ile pasifinde meydana gelebilecek artışı teminat altına almasının bir anlamı olmaz. Ancak öğretilerde haklı olarak sigortacının tazminat ödeme borcunu doğuran olaya, sigorta ettirenle birlikte müştereken sorumlu olan üçüncü kişilerin sebep olması halinde sigorta ettirenin, söz konusu kişilere rücu edebileceğinin ve bunun da sebepsiz zenginleşmeye sebep olabileceğinin göz ardı edilmemesi gerektiği belirtilerek, zenginleşme yasağı gereği sigortacının, söz konusu üçüncü kişilere başvuru hakkının olduğu kabul edilmektedir<sup>44</sup>.

## **2. Sigortalı**

### **a. Zarar Sigortalarında Sigortalı**

Türk Ticaret Kanunu'nun 1429'uncu maddesi kapsamında sigorta sözleşmesi ile teminat altına alınan olayın gerçekleşmesine sigortalının ihmali davranışı sebebiyet vermişse kural olarak sigortacı, bu halde de zararı tazminle yükümlüdür.

Sigortalı, menfaati sigorta sözleşmesine konu olan kimsedir. Sözleşmenin tarafı olan sigorta ettiren kendi menfaatini sigortalatabileceği gibi üçüncü bir kişinin de menfaatini sigortalatabilir. Üçüncü kişinin menfaati sigortalatıldığı halde sigortalı sıfatı üçüncü kişiye ait olacaktır. Bu halde mal sigortalarında sigorta sözleşmesinden doğan haklar sigortalıya ait olur (TTK m 1454)<sup>45</sup>.

Türk Ticaret Kanunu'nun sorumluluk sigortasında başkası lehine sigortaya ilişkin 1473'üncü maddesinin ikinci fıkrasında özel bir düzenlemeye yer verilmiştir. Anılan düzenleme uyarınca "*Sigorta, sigor-*

---

<sup>44</sup> Can (n 5) 43; Kemal Şenocak, 'Türk Ticaret Kanunu'nun Mal Sigortasına İlişkin Hükümlerinin Sorumluluk Sigortalarına Uygulanabilirliği', (2009) 58 (1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 189, 220; Yazıcıoğlu (n 31) 470; Ayhan, Çağlar ve Özdamar (n 4) 318; Merih Kemal Omağ, Türk Hukukunda Sigortacının Kanuni Halefiyeti, (2011 Vedat Kitapçılık), 100; Köroğlu Ölmez (n 43) 124, 125.

<sup>45</sup> Sorumluluk sigortalarında, sigorta sözleşmesinden doğan sigorta tazminatı sigortalıya değil zarar görene ödenir. Sigorta tazminatının ödenmesini ister sigortalı ister zarar gören talep etsin herhalde ödeme zarar görene yapılır (TTK m 1473).



*talının işletmesi ile ilgili sorumluluğu için yaptırılmışsa, sözleşmede aksine hüküm yoksa bu sigorta, sigortalının temsilcisi ile işletmenin veya işletmenin bir kısmının yönetiminde, denetiminde ve işletmede çalıştırılan kişilerin sorumluluğunu da karşılar. Bu durumda sigorta bu kişilerin lehine yapılmış sayılır.*” Bu halde işletme ile ilgili sorumluluk sigortalarında işletmeyi işleten gerçek veya tüzel kişinin sorumluluğu yanında aksi kararlaştırılmadıkça sigortalının temsilcilerinin (örneğin, ticari temsilcinin), işletmenin yöneticilerinin, denetçilerinin ve çalışanlarının sorumluluğu da sigortalı olmuş olacağından; adı geçen kişiler de sigortalı sayılacaktır. Ancak aksi kararlaştırılmışsa bu kişiler sigortalı olarak sayılmayacaktır.

Bu başlık altında Türk Ticaret Kanunu’nun zorunlu sorumluluk sigortalarına ilişkin istisnai bir düzenlemesi olan 1484’üncü maddesine değinmekte de fayda vardır. Anılan düzenlemenin birinci fıkrası gereğince *“Sigortacı, sigortalıya karşı ifa borcundan tamamen veya kısmen kurtulmuş olsa da zarar gören bakımından ifa borcu, zorunlu sigorta miktarına kadar devam eder.”* Bu düzenleme ile aslında sigorta sözleşmesinden doğan edim yükümlülüğünden kurtulan sigortalının, edim yükümlülüğü devam ediyormuş gibi zarar görene karşı sorumlu tutulduğu görülmektedir<sup>46</sup>. Anılan madde gerekçesinde yer alan *“Günümüzde zorunlu sorumluluk sigortalarında, giderek sigortalıdan çok zarar görenin menfaatinin korunması ön plana çıkmaya başlamıştır. Zira zorunlu sigortalarda amaç, ihtiyari sigortalardan farklı olarak kamu menfaatinin korunmasıdır.”*<sup>47</sup> açıklamasından anlaşıldığı üzere bu hüküm ile sigorta ilişkisine yabancı olan zarar gören korunmaktadır. Bu halde zarar gören üçüncü kişiye sigorta tazminatı ödeyen sigortalının, halefiyet ilkesi kapsamında sigortalıya başvuru imkânının olup olmadığı sorusu akla gelmektedir. Zorunlu mali mesuliyet sigortaları bakımından bu husus Karayolları Trafik Kanunu’nun 95’inci maddesinin ikinci fıkrası hükmünde açıklığa kavuşturulmuştur. Buna göre ödemede bulunan sigortacı, sigorta sözleşmesine ve bu sözleşmeye ilişkin kanun hükümlerine göre, tazminatın kaldırılmasını veya azal-

<sup>46</sup> Ünvan, C II, (n 30) 415.

<sup>47</sup> TBMM Dönem: 23, Yasama Yılı: 2, SS 96, s 449.

tilmasını sağlayabileceği oranda sigortalıya başvurabilir. Ancak diğer zorunlu sorumluluk sigortaları bakımından benzer bir düzenleme mevcut değildir. Bu halde nasıl bir yol izlenmelidir?

*Kender*, zorunlu sorumluluk sigortaları bakımından bir ayrıma gitmeksizin, Türk Ticaret Kanunu'nun 1484/1 hükmünün, sigortalının ödediği tazminat için sigortalıya rücu etmesini mümkün kıldığı görüşündedir<sup>48</sup>. *Karasu*'ya göre kanunda aksine açık hüküm olmadıkça sigortalının kendi sigortalısına başvurma imkânı yoktur<sup>49</sup>; *yazar*, kanunda aksine düzenlemeye örnek olarak ise Karayolları Trafik Kanunu'nun m 95/2 hükmünü göstermektedir. Görüşünü Türk Borçlar Kanunu'nun 62'nci maddesi ile temellendiren *Ünan*'a göre ise bu hususta özel düzenleme olmasa dahi sigortalı ile sigortacı, zarar görene karşı müteselsilen sorumlu olduklarından; zarar görene ödemede bulunan sigortalının, anılan maddenin ikinci fıkrası uyarınca sigortalıya rücu hakkı bulunmaktadır<sup>50</sup>. *Sopacı Öztuna* da hem 1484'üncü maddenin gerekçesinde atıfta bulunduğu Karayolları Trafik Kanunu'nun 95'inci maddesinin ikinci fıkrası hükmüne hem de Türk Borçlar Kanunu'nun 62'nci maddesinde yer alan genel hükümlere dayanarak sigortalının sigortalıya başvurusunun mümkün olduğu görüşündedir<sup>51</sup>.

Türk Borçlar Kanunu'nun 61'inci maddesi uyarınca birden çok kişi aynı zarardan çeşitli sebeplerle sorumlu oldukları takdirde, haklarında müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümler uygulama bulur. Anılan Kanun'un 62'nci maddesinde ise tazminatın aynı zarardan sorumlu müteselsil borçlular arasında paylaştırılmasında, bütün durum ve koşulların, özellikle onlardan her birine yüklenebilecek kusurun ağırlığı ve yarattıkları tehlikenin yoğunluğunun göz önünde tutulacağı ve tazminatın kendi payına düşeninden fazlasını ödeyen kişinin, bu fazla

---

<sup>48</sup> Kender (n 5) 356.

<sup>49</sup> Rauf Karasu, '6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun Sorumluluk Sigortalarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi' (2015), 6, (4) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 683, 700.

<sup>50</sup> Ünan, C II, (n 30) 421.

<sup>51</sup> Birgül Öztuna Sopacı, 'Zarar Görene Karşı İfa Yükümlülüğü', Sigorta Hukuku Sempozyumları, (2018 Oniki Levha Yayıncılık), 93.

ödemesi için, diğer müteselsil sorumlulara karşı rücu hakkına sahip olacağı ve zarar görenin haklarına halef olacağı düzenlenmiştir. Sorumluluk sigortalarında zarar görene karşı sigortacının sorumluluğunun kaynağı sigorta sözleşmesi iken aynı zarar bakımından sigortalının sorumluluğu ise kanundan, sözleşmeden yahut haksız fiilden kaynaklanabilir. Bununla beraber Türk Ticaret Kanunu'nun 1484/1 hükmü gereğince sigortacının zarar görene karşı sorumluluğu kanundan doğmaktadır. Bu halde sigortacının Türk Borçlar Kanunu gereğince asıl sorumlu olan sigortalıya rücu imkânı olduğunu kabul etmek gerekir<sup>52</sup>. Kaldı ki Türk Ticaret Kanunu'nun 1484'üncü maddesinde açıkça sigortacının sigortalıya karşı ifa borcundan kısmen ya da tamamen kurtulmasından söz etmiştir. Bu halde sigortacının sigortalıya karşı kısmen veya tamamen ifa borcu kalktığı oranda sigortalının pasifinde gerçekleşecek bir artış, haksız olarak azalmış olacaktır ki bu durum da Türk Ticaret Kanunu'nun 1459'uncu maddesinin sigortacının sigortalının uğradığı zararı tazmin edeceğine ilişkin emredici hükme aykırılık teşkil eder. Anılan Kanun'un 1484'üncü maddesinin 1459'uncu maddede öngörülen tazminat ilkesinin istisnası olduğunu söylemek de mümkün değildir. Zira 1484'üncü maddenin "**Sigortacı, sigortalıya karşı ifa borcundan tamamen veya kısmen kurtulmuş olsa da zarar gören bakımından ifa borcu, zorunlu sigorta miktarına kadar devam eder.**" hükmünün tereddütte mahal vermeyecek ifadesinden anlaşıldığı üzere bu düzenleme, sigortalı lehine getirilmiş değildir; amaç zarar gören üçüncü kişiyi korumaktır. Bu halde sigortacının ifa yükümlülüğünün sona erdiği sigortalıya, rücu edemeyeceğini kabul etmek zenginleşme yasağı ilkesi ile de bağdaşmaz<sup>53</sup>. Yukarıda da arz ettiğimiz üzere Türk Ticaret Kanunu'nun 1484'üncü maddesinin gerekçesinden de bu halde kanun koyucunun da muradının zarar gören üçüncü kişiyi korumak olduğu açıkça belirtilmiştir. Anılan madde gerekçesinde şu ifadeler yer verilmiştir: "*Günümüzde zorunlu sorumluluk sigortalarında, giderek sigortalıdan çok zarar görenin menfaati-*

<sup>52</sup> ibid 422.

<sup>53</sup> Zenginleşme yasağının fonksiyonlarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz Köroğlu Ölmez (n 43) 33 vd.

*nin korunması ön plana çıkmaya başlamıştır. Zira, zorunlu sigortalarda amaç, ihtiyari sigortalardan farklı olarak kamu menfaatinin korunmasıdır. Bu yaklaşım içinde de Tasarının birinci fıkrasında, Karayolları Trafik Kanununda Zorunlu Trafik Sigortası için öngörülen hüküm tüm zorunlu sorumluluk sigortalarını kapsayacak şekilde genelleştirilmek suretiyle Tasarıya aktarılmıştır.”<sup>54</sup>. Gerekçede altı çizilen Karayolları Trafik Kanunu’nun ilgili hükmü, Kanun’un 95’inci maddesi hükmüdür. Söz konusu madde hükmüne göre “(1) Sigorta sözleşmesinden veya sigorta sözleşmesine ilişkin kanun hükümlerinden doğan ve tazminat yükümlülüğünün kaldırılması veya miktarının azaltılması sonucunu doğuran haller zarar görene karşı ileri sürülemez. (2) Ödemede bulunan sigortacı, sigorta sözleşmesine ve bu sözleşmeye ilişkin kanun hükümlerine göre, tazminatın kaldırılmasını veya azaltılmasını sağlayabileceği oranda sigorta ettirene başvurabilir”. Gerekçedeki atfın sadece anılan maddenin birinci fıkrası ile sınırlı olduğunu kabul etmenin hakkaniyet ilkesi ile bağdaşmadığı kanaatindeyiz. Sonuç olarak zorunlu sorumluluk sigortalarında sigorta sözleşmesinden veya sigorta sözleşmesine ilişkin kanun hükümlerinden doğan ve tazminat yükümlülüğünün kaldırılması veya miktarının azaltılması sonucunu doğuran hallerin zarar görene karşı ileri sürülemeyeceği ancak ödemede bulunan sigortacının, tazminatın kaldırılmasını veya azaltılmasını sağlayabileceği oranda sigortalıya başvurabileceği kanaatindeyiz. Ancak söz konusu tartışmaların sona erdirilmesi bakımından rücu meselesinin Türk Ticaret Kanunu’nun 1484’üncü maddesinde açıklığa kavuşturulması isabetli olacaktır<sup>55</sup>.*

## **b. Can Sigortalarında Sigortalı**

Sigortalı, zarar sigortalarında ve can sigortalarında birbirinden farklı kişileri ifade eder. Yukarıda belirttiğimiz üzere zarar sigortalarında sigortalı, menfaati sigortalanan ve sigorta sözleşmesinden do-

---

<sup>54</sup> TBMM Dönem: 23, Yasama Yılı: 2, SS 96, 449.

<sup>55</sup> Rücuya ilişkin sınırların tespitine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz Sopacı Öztuna (n 51) 93 vd.

ğan hakların sahibi olan kişidir. Can sigortalarında ise sigortalı, sözleşme kendisi için yapılan kimse<sup>56</sup>, riziko kişisi<sup>57</sup> olarak tanımlanır.

Can sigortalarında sigortalı; hayat sigortasında hayatı, kaza sigortasında kazaya uğrama ihtimali, hastalık sigortasında ise hastalanma ihtimali sigorta edilen kimse olarak karşımıza çıkar<sup>58</sup>. Can sigortalarında sigorta sözleşmesinden doğan haklar lehtara aittir; ancak sigortalının aynı zamanda lehtar olmasında herhangi bir engel söz konusu değildir<sup>59</sup>.

### 3. Lehtar

Lehtar, can sigortalarında sigortalanan olay gerçekleştiğinde sigorta bedelini talep hakkını haiz kişidir. Lehtar gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi de olabilir (TTK m 1493/1).

Lehtar, sigorta ettirenin bizzat kendisi olabileceği gibi sigorta ettiren; sigortalıyı ya da üçüncü bir kişiyi de lehtar olarak atayabilir (TTK m 1493). Sigorta ettiren, sözleşme yapıldığı sırada yahut sözleşmenin devamı sırasında lehtar atayabilir. Sigorta ettirenin lehtar atamamış olması halinde kanun koyucu tamamlayıcı bir hükümlerle

<sup>56</sup> Can (n 5) 175, 202, 213.

<sup>57</sup> Samim Ünan, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Altıncı Kitap: Sigorta Hukuku, C III, Sigorta Türlerine İlişkin Özel Hükümler, İkinci Bölüm, Can Sigortaları (Madde 1487-1520), (1. Bası, Oniki Levha 2017) 25, Ayhan, Çağlar ve Özdamar (n 4) 324. Şenocak'a göre "Riziko şahsı, sigortacının edim yükümlülüğünü doğuracak olan rizikonun şahsında gerçekleşmesi gereken kişi olup, bu kişi sigorta sözleşmesinden doğan hakların sahibi değildir. Bu açıdan mal sigortalarında "sigortalı şey" kavramına karşılık gelir. Oysa sigortalı, sözleşmeden doğan hakların sahibi olan kişidir" görüşünü serdederek Kanun'da "sigortalı" yerine "riziko şahsı" tabirinin kullanılmasının daha isabetli olacağını ifade etmiştir (Kemal Şenocak, 'Hayatı Sigorta Edilecek Kişi (Riziko Şahsı) (TTK m 1490)' (2012) 28 (4) BATİDER 48, 49.) (Riziko Şahsı).

<sup>58</sup> Her ne kadar Türk Ticaret Kanunu'nda sağlık sigortası, Sigorta Hukuku kitabının ikinci kısmının ikinci bölümü olan "Can Sigortaları" altında düzenlenmiş olsa da bu sigorta türünde sağlık sorunları nedeni ile yapılan masrafların karşılanması söz konusu olduğundan aslında zarar sigortasının bir türüdür. Bu nedenle öğretide haklı olarak sağlık sigortasının zarar sigortalarının düzenlendiği Sigorta Hukuku kitabının ikinci kısmının birinci bölümünde yer alması gerektiği ileri sürülerek mevcut düzenleme eleştirilmektedir (Can (n 5) 207). Sağlık sigortasında lehtar atanmaması (TTK m 1511) da bu görüşü destekler niteliktedir.

<sup>59</sup> Halin icabı gereği ölüm ihtimaline karşı sigortalarda sigortalının aynı zamanda lehtar olması mümkün değildir.

kimin lehtar sayılacağını düzenlemiştir. Ölüm rizikosuna karşı yapılan sigortalarda lehtar belirtilmemişse, sözleşmenin sigorta ettirenin mirasçıları lehine<sup>60</sup>, yaşama ihtimaline karşı yapılmış sigortalarda ise sigortalı lehine yapıldığı kabul edilmiştir. (TTK m 1494/2). Türk Ticaret Kanunu'nun 1510'uncu maddesi yollaması ile 1494'üncü madde kaza sigortalılarında da uygulama bulur. Hastalık sigortasında ise lehtarın belirtilmediği hâllerde, sigortanın sigortalı lehine yapıldığı kabul edilir (TTK m 1515/4).

Türk Ticaret Kanunu'nun 1490'ıncı maddesi uyarınca başkasının hayatı üzerine sigorta yapılabilmesi için, o kişinin hayatının devamında lehtarın menfaatinin bulunması şarttır<sup>61</sup>. Öncelikle belirtmek gerekir ki hükmün kapsamı nazara alındığında sigorta ettirenin, kendi hayatı üzerine yaptırmış olduğu hayat sigortasında üçüncü bir kişiyi lehtar olarak ataması halinde lehtarın, onun hayatının devamında menfaatinin bulunup bulunmadığının önemi yoktur.

Türk Ticaret Kanunu'nun 1490'ıncı maddesinde aranan "*menfaat*" şartı bakımından herhangi bir ayrıma gidilmediğinden hükmün, maddi menfaat yanında manevi menfaati de kapsadığı kabul edilmektedir<sup>62</sup>.

#### **4. Hukuken Fiillerinden Sorumlu Olunan Kişiler**

Türk Ticaret Kanunu'nun 1429'uncu maddesinin 1'inci fıkrası uyarınca "*Sigortacı, aksine sözleşme yoksa, sigorta ettirenin, sigortalının, lehtarın ve bunların hukuken fiillerinden sorumlu buldukları kişilerin ihmallerinden kaynaklanan zararları tazmin ile yükümlüdür.*". Ancak belirtmek gerekir ki her ne kadar "hukuken fiillerinden sorum-

---

<sup>60</sup> Can, ölüm rizikosuna karşı yapılan sigortalarda lehtar belirtilmemişse, sözleşmenin sigorta ettirenin mirasçıları lehine yapılmış kabul edileceğine ilişkin Türk Ticaret Kanunu'nun 1494'üncü maddesinin ikinci fıkrası hükmünün "*Sigorta, sigortalının mirasçıları lehine yapılmış kabul edilir.*" şeklinde öngörülmesi gerektiğini belirtmektedir (Can (n 5) 186.).

<sup>61</sup> Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Fevzi Topsoy, 'Başkasının Hayatı Üzerine Yapılan Sigorta Sözleşmelerinde Menfaat' (2015) 31 (2) BATİDER131, 131-163.

<sup>62</sup> Can (n 5) 176; Ünan, C III, (n 57) 34; Sayhan (n 5) 68; Şenocak, Riziko Şahsı, (n 57) 61.

lu olunan kişiler”in ihmali fiillerinden doğan zararlar sigorta teminatı kapsamında sayılmışsa da bu kişiler sigorta teminatından kendileri yararlanamaz; bu kimselerin verdiği zarar sebebi ile menfaati sigortalanan kişi yani sigortalı sigorta tazminatına hak kazanır (TTK m 1454).

“*Hukuken fiillerinden sorumlu olunan kişiler*” ifadesinden kimlerin anlaşılması gerektiği hususu Kanun’da açık bir şekilde ortaya konulmamıştır. “*Hukuken fiillerinden sorumlu olunan kişiler*” ifadesi, lafzi olarak yorumlanacak olursa oldukça dar bir sınır çizilmiş olur. Bu halde gerçek kişiler bakımından hukuken fiillerinden sorumlu olunan kişilerden, Türk Medeni Kanunu hükümleri uyarınca velayet ve vesalet altında olan çocuklar ile kısıtlıların veya Türk Borçlar Kanunu’nun 66’ncı maddesi kapsamında çalışanların anlaşılması gerekir<sup>63</sup>.

Öte yandan tüzel kişiler bakımından ise tüzel kişinin organ sıfatını taşımayan ancak temsil yetkisi verdiği kimseler de tüzel kişinin fiillerinden sorumlu olduğu kişiler arasında sayılabilir; örneğin anonim şirketlerde ticari temsilci gibi. Bununla birlikte tüzel kişinin organlarının Türk Ticaret Kanunu’nun 1429’uncu maddesi anlamında “*hukuken fiillerinden sorumlu olunan kişiler*” arasında değerlendirilmesi söz konusu değildir; zira organın fiili, Türk Medeni Kanunu’nun 50’nci maddesi uyarınca zaten tüzel kişinin fiili sayılır<sup>64</sup>.

Ünan, tek kişilik ortaklıklarda ortağın davranışının bizzat tüzel kişinin davranışı sayılması gerektiği, ayrıca diğer ortaklıklarda aslan payının da aynı şekilde değerlendirilmesi gerektiği görüşündedir<sup>65</sup>. Ticaret şirketleri ister tek ortak ister birden fazla ortak olsun, şirketin ortaklarından bağımsız bir kişiliğe sahiplerdir (TTK m 232, 317, 355,

<sup>63</sup> Can (n 5) 59. İsviçre Sigorta Sözleşmesi Kanunu’nda da benzer bir ifadeye yer verilmiştir (“für deren Handlungen der Versicherungsnehmer oder der Anspruchsberechtigte eintreten muss”, bkz m 14/3).

<sup>64</sup> Can (n 5) 59. İsviçre Hukukunda da bu şekilde kabul edilmektedir (Sieber and Hüsler (n 18) Art 14, Rn 108.).

<sup>65</sup> Ünan, C I, (n 5) 300. Aynı yönde bkz Zehra Avcı, Rizikonun Gerçekleşmesinde Kusurun Sigorta Tazminatı ve Sigorta Bedelinin Ödenmesine Etkisi, (Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2019) 61 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi).

565, 588, Kooperatifler Kanunu m 1). Tek ortaklı limited şirketlerde ve tek pay sahipli anonim şirketlerde de pay sahibi veya ortak ile şirket tüzel kişiliğinin malvarlığının ayrılığı ilkesi emredici olarak kabul edilmiştir<sup>66</sup>. Tek pay sahipli/ortaklı şirketlerde bu kimselerin fiilinin, şirketin fiili sayılabilmesi için bu kimselerin temsil ve yönetim yetkisini haiz organ sıfatını haiz olması (anonim şirketlerde yönetim kurulu üyesi ya da limited şirketlerde müdür sıfatı ile yönetim organında yer almaları) gerekir. Aksi halde bu kimselerin sırf pay sahibi yahut ortak sıfatını haiz olmaları onların davranışının bizzat tüzel kişinin davranışı sayılması neticesini doğurmaz<sup>67</sup>. Aslan payı açısından da bu söylemlerimiz geçerlidir.

Alman sigorta hukukunda fiilleri, sigorta ettirenin (veya duruma göre sigortalının) fiili sayılan kişilerin kimler olduğu hususu yargı içtihatlarına bırakılmıştır. Alman sigorta hukukunda, bu kimseleri ifade etmek için “*Represäsentant*” yani “*Temsilci*” kavramı kullanılmaktadır<sup>68</sup>. Ancak belirtmek gerekir ki Alman sigorta hukukundaki “*Temsilci*” (*Represäsentant*) kavramı, Alman medeni hukukundaki “*temsilci*” (*Vertreter*) kavramından farklı tanımlanmaktadır<sup>69</sup>. Alman sigorta hukukunda “*temsilci*” kavramının mevzuatta bir tanımı bulunmamaktadır; sigortacılık genel şartlarında yer verilen bu kavramın kapsamının belirlenmesi, her sigorta türünün farklılığı nazara alınarak yargı içtihatlarına bırakılmıştır<sup>70</sup>. Alman Federal Mahkemesi (Bundesge-

---

<sup>66</sup> Hasan Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerhi, C I (3. Bası, Adalet 2018) 678.

<sup>67</sup> Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması halinde acaba pay sahibinin/ortağın davranışı Türk Ticaret Kanunu’nun 1429’uncu maddesi kapsamında şirket tüzel kişiliğinin davranışı sayılabilir mi sorusu akla gelebilir. Bu soruya olumlu yanıt verilemeyeceği kanaatindeyiz. Zira mahkemece tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kararı verildiğinde tüzel kişilik sona ermez; sadece mezkûr kişiliğin arkasına saklanan kişinin tüzel kişiliğe ait borçtan sorumlu olması gündeme gelir (Ünal Tekinalp, Ersin Çamoğlu ve Reha Poroy, Ortaklıklar Hukuku I, (14. Bası, Vedat 2019), N 121a).

<sup>68</sup> Langheid (n 38) VVG § 81, Rn 19; Baumann (n 13) § 81, Rn 111; Erwin Deutsch, Versicherungsvertragsrecht, (Verlag Versicherungswirtschaft VVW 1984) 151.

<sup>69</sup> Langheid (n 38) VVG § 81 Rn 18.

<sup>70</sup> Yargı kararları farklılık arz etmekle beraber; genellikle ebeveyn, iflas idaresi memuru, apartman yöneticisi, şirketin işletme müdürü temsilci sayılmış, ancak aracın sorumluluğunun tam olarak devredilmediği motorlu araç sürücüsü, mirası



richtshof/BGH)<sup>71</sup> ve Alman öğretisi sigorta hukuku alanındaki “*temsilci*” kavramını, sigortalanan olayın yer aldığı faaliyet alanı içerisinde temsil veya benzeri bir hukuki ilişki sebebi ile sigorta ettirenin yerine geçen, riziko yönetiminin<sup>72</sup> veya sigorta sözleşmesinin yönetiminin<sup>73</sup> bırakıldığı kişi olarak tanımlamaktadır<sup>74</sup>. Bu anlamda bir temsil ilişkisinin varlığı için sadece eşya üzerinde tasarruf yetkisini içeren bir temsil yetkisi verilmesinin ya da eşyanın zilyetliğinin üçüncü kişiye verilmesinin yeterli olmadığı; temsilci sayılabilmek için üçüncü kişinin önemli sayılacak bir ölçüde sigorta ettiren adına hareket etmesi ve onun hak ve yükümlülüklerini benimsemiş olması gerektiği de öğretilerde vurgulanmaktadır<sup>75</sup>. Alman Federal Mahkemesi’nin yaptığı tanımdan yola çıkarak özellikle sigortalı tarafından kendi rızası ile malın zilyetliğinin<sup>76</sup> uzun bir süre kendisine bırakıldığı üçüncü kişinin

---

reddeden mirasçı, aracı trafik güvenliği açısından incelemekle görevli motorlu taşıt ustası ise temsilci sayılmamıştır (Deutsch, (n 71) 151.).

<sup>71</sup> Kararlar için bkz Manfred Wandt, (Theo Langheid and Manfred Wandt), Münchener Kommentar zum VVG, Band 1, (2. Auflage, C H BECK 2016), VVG § 28, Rn 120.

<sup>72</sup> Riziko yönetiminin bırakıldığı kişi ile rizikoya ilişkin olarak sigorta ettirenin (ya da sigortalının) yerine hareket eden kişi kastedilmektedir (Wandt (n 74) VVG § 28, Rn 126). Örneğin riziko gerçekleşmeye başlayınca alınacak koruma önlemleri bakımından yetkili kişi bu kapsamda değerlendirilebilir (Ünan, C I, (n 5) 124.

<sup>73</sup> Sözleşme yönetiminin bırakıldığı kişi ise sigorta sözleşmesinden doğan hak ve yükümlülüklerin bırakıldığı temsilci olarak ifade edilmektedir (Wandt (n 74) VVG § 28, Rn 126).

<sup>74</sup> **Hans-Peter Schwintowski, (Heinrich Honsell), Berliner Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, Volume III, (Springer, 1998), § 6, Rn 208; Helmut Heiss, (Horst Baumann, Roland Michael Beckmann, Katharina Johannsen and Ralf Johannsen), Großkommentar der Praxis, (De Gruyter 2008) Rn 83, 831; Wandt (n 74) VVG § 28, Rn 117-119.**

<sup>75</sup> Langheid (n 38) VVG § 81, Rn 20; Deutsch (n 71) 151; Ünan, C I, (n 5) 300.

<sup>76</sup> Alman mahkeme kararlarında mal sigortası sözleşmesinin yönetiminin yani bu işlerin bırakıldığı bir kimse varsa bu kimsenin (örneğin kasko sigortasında sigorta işlerini yapan eşin) ya da sigortalı malın zilyetliğinin uzun süreli devri sebebi ile risklerin tamamının bir nevi devredildiği (riski yöneten) kimselerin temsilci oldukları kabul edilmiştir (bkz OLG Köln, 29. 11. 1994 - 9 U 2/94; anılan kararda Köln Eyalet Mahkemesi, sigorta ettirenin sahibi olduğu ahırın, ebeveynler tarafından fiili bakımı yapılmaya devam ediyorsa ebeveynlerin risk yönetimini ellerinde bulundurmaları sebebi ile sigorta ettirenin temsilcisi olduklarına karar vermiştir (<https://beck-online.beck.de/> Erişim Tarihi 14.05.2019). Yine Celle Eyalet Mahkemesi inşaatın şantiye şefinin risk yönetimine sahip olması sebebi ile sigorta ettirenin temsilcisi sayılacağına karar vermiştir (OLG Celle (8. Zivilsenat), Urteil vom 13.10.2016- 8 U 21/16.) (<https://beck-online.beck.de/> Erişim Tarihi 14.05.2019)). Alman yargı kararları değerlendirildiğinde “*risk yönetiminin*

temsilci sayılması gerektiği kabul edilmektedir<sup>77</sup>. Bununla birlikte Alman Sigorta Sözleşmesi Kanunu'nun (VVG 2008), sigortacının ödediği sigorta tazminatı sebebiyle sigorta ettirenin haklarına halef olarak üçüncü kişilere rücu hakkının düzenlendiği 86'ncı maddesinin 3'üncü fıkrasında sigortacının, kasıtlı olarak sigortalanan olaya sebebiyet vermeyen sigorta ettirenin birlikte yaşadığı kimselere rücu hakkının olmadığına dair düzenlemesi nazara alındığında, "*sigorta ettirenin birlikte yaşadığı kimselerin*" de temsilci sayılabileceği sonucuna varılabilecektir. Anılan hükmün mefhumu muhalifinden anlaşılacağı üzere bu kimselerin kasıtlı davranışları hükmün kapsamı dışında bırakıldığından kasıtlı olarak sigortalanan olaya sebep olmaları halinde sigortacı, sigorta ettirene ödenen tazminat oranında, bu kimselere karşı rücu hakkını kullanabilecektir.

İsviçre Sigorta Sözleşmesi Kanunu'nun 14'üncü maddesinde ise sigorta ettiren veya hak sahibinin birlikte yaşadığı aile bireyleri ile fiillerinden sorumlu oldukları kişilerin fiillerinin sigorta ettirenin veya hak sahibinin fiili sayılacağı hükme bağlanmıştır. Bu kapsama, birlikte yaşanan aile bireyleri yanında örneğin; ev arkadaşları<sup>78</sup>, bakıma muhtaç çocuklar veya evde yatılı kalan hizmetliler ve evdeki pansiyonerler girmektedir<sup>79</sup>. *Koenig*, aynı evde birlikte yaşayanların, İsviçre Sigorta Sözleşmesi Kanunu'nun 14'üncü maddesinin 3'üncü fıkrası

---

*birakıldığı kişiler*"den sigortalı malın zilyetliğinin uzun süreli kullanma veya yararlanma hakkı verilmek sureti ile devredildiği kişiler anlaşılmaktadır.

<sup>77</sup> Langheid (n 38) VVG § 81, Rn 21; Schwintowski (n 77) § 6, Rn 210; Ünán, C I, (n 5) 301.

<sup>78</sup> Koenig (n 20) 297. Bir kısım yazarlara göre her ev arkadaşlığı İsviçre Sigorta Sözleşmesi Kanunu m 14 kapsamında değerlendirilemez. Bu ilişkinin anılan hüküm kapsamında değerlendirilebilmesi için temizlik ve yemek gibi ihtiyaçların birlikte giderilmesi şartını aramaktadırlar; dolayısıyla bu görüşteki yazarlara göre, kısa süreli ziyaretçiler ve "*yemek dâhil olmaksızın evin bir odasının kiralanması halinde*" kiracı bu kapsamda değerlendirilmez (Sieber and Hüsser (n 18) Art 14, Rn 102; Koenig (n 20) 297.).

<sup>79</sup> Sieber and Hüsser (n 18) Art 14, Rn 101. Bununla birlikte yazarlar kısa süreli evde bulunan ziyaretçilerin Sigorta Sözleşmesi Kanunu m 14 hükmü kapsamında sayılamayacağı ifade etmişlerdir (Art 14, Rn 102.). Ancak kısa süreli evden ayrılmalar halinde bu kimselerin "*birlikte yaşanan kimseler*" kapsamında sayılamayacağı sonucunun ortaya çıkmayacağı; örneğin, öğrencilik ya da askerlik sebebi ile ev birliğinden kısa süreli ayrılma halinde bu kimselerin ev topluluğunun bireyi olmaya devam edeceği savunulmaktadır (Günther (n 38) 34.).

kapsamında değerlendirilebilmesi için bu kimselerin İsviçre Medeni Kanunu'nun (Zivilgesetzbuch/ZGB) 331'inci<sup>80</sup> maddesi anlamında sigorta ettirenin veya sigortalının ev yönetiminin altında bulunmalarının şart olduğu görüşündedir<sup>81</sup>. Ancak bir kısım yazarlar, *Koenig*'in yorumunun İsviçre Sigorta Sözleşmesi Kanunu'nun 14'üncü maddesinin 3'üncü fıkrası hükmünün lafzını aştığını ileri sürerek bu görüşü reddederler<sup>82</sup>.

İsviçre Sigorta Sözleşmesi Kanunu'nun 14'üncü maddesinin 3'üncü fıkrası hükmü kapsamında sayılan sigorta ettirenin veya sigortalının<sup>83</sup> "*hukuken fiillerinden sorumlu oldukları kişiler*" ifadesinin çerçevesi çizilmemiştir. Öğretide İsviçre Borçlar Kanunu'nun 55'inci maddesi hükmünde belirtilen çalışanların bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği; ancak İsviçre Borçlar Kanunu'nun 101'inci maddesi<sup>84</sup> hükmünde belirtilen yardımcı kişilerin bu kapsamda değerlendirilemeyeceği görüşü hâkimdir<sup>85</sup>.

---

<sup>80</sup> ZGB Art 331: "1 Haben Personen, die in gemeinsamem Haushalte leben, nach Vorschrift des Gesetzes oder nach Vereinbarung oder Herkommen ein Familienhaupt, so steht diesem die Hausgewalt zu. 2 Die Hausgewalt erstreckt sich auf alle Personen, die als Verwandte und Verschwägerte oder auf Grund eines Vertragsverhältnisses als Arbeitnehmer oder in ähnlicher Stellung in dem gemeinsamen Haushalte leben.". Anılan madde hükmü, Türk Medeni Kanunu'nun 367'nci maddesinin kaynağını oluşturur. Türk Medeni Kanunu'nun 367'nci maddesi hükmü şu şekildedir: "Aile hâlinde yaşayan birden çok kimsenin oluşturduğu topluluğun kanuna, sözleşmeye veya örfe göre belirlenen bir ev başkanı varsa, evi yönetme yetkisi ona ait olur. Evi yönetme yetkisi, kan veya kayın hısımlığı, işçilik, çıraklık veya benzeri sebeplerle ya da koruma ve gözetme ilişkisi içinde ev halkı olarak bir arada yaşayanların hepsini kapsar."

<sup>81</sup> Koenig (n 20) 297; Mauerer (n 19) 272.

<sup>82</sup> Sieber and Hüssler (n 18) Art 14, Rn 103; Mauerer (n 19) 361.

<sup>83</sup> İsviçre Sigorta Sözleşmesi Kanunu'nda esasen sigortalı ve lehtar kapsayacak şekilde "*Anspruchsberechtigte /hak sahibi*" kavramına yer verilmiştir.

<sup>84</sup> İsviçre Borçlar Kanunu'ndan esinlenerek hazırlanan Türk Borçlar Kanunu'nda (TBK) da aynı düzenlemeler yer almaktadır. Türk Borçlar Kanunu'nun 66'nci maddesinde adam çalıştırmanın sorumluluğu, 116'nci maddesinde ise yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk düzenlenmiştir. Anılan Kanun'un 66'nci maddesindeki yardımcı kişiler arasında sayılan çalışan ile 116'nci maddesinde yer alan yardımcı kişi kavramları birbirinden farklıdır. Türk Borçlar Kanunu'nun 116'nci maddesinde yer alan yardımcı kişi kavramı daha geniş kapsamlıdır, 66'nci maddede bahsi geçen "*çalışan*"ın, çalıştırılan kişinin idaresi altında sürekli olarak ona bağlı çalışması şartı aranırken, bu şart 116'nci maddede söz edilen yardımcı kişiler için aranmamaktadır (Zarife, Şenocak, Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı

Türk Ticaret Kanunu'nun 1429'uncu maddesinde yer alan "*hukuken fiillerinden sorumlu olunan kişiler*" ifadesi esasen hükmün amacını daraltıcı ve uygulamada sorunlara yol açabilecek niteliktedir. Her ne kadar Hazine ve Maliye Bakanlığı'nca hazırlanan bir kısım sigorta genel şartlarında sigorta kapsamına girecek kişiler, "*hukuken fiillerinden sorumlu olunan kişiler*"den daha geniş ifade edilmişse de<sup>86</sup>; tüm sigorta genel şartlarında bu hususa ilişkin ayrıntılı düzenleme olmadığı hususu da gözden kaçırılmamalıdır<sup>87</sup>.

Ünan, Türk Ticaret Kanunu'nun 1429'uncu maddesinde yer alan "*hukuken fiillerinden sorumlu olunan kişiler*" ifadesi yerine Alman hukukunda olduğu gibi "*temsilci*" kavramının kullanılması ve bu kavramın en azından genel hatları ile kanunda tanımlanması gerektiği gö-

---

Sorumluluğu (1. Bası, Dayınlarlı 1995) 136; Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (22. Bası, Yetkin 2017) 1102.).

<sup>85</sup> Sieber and Hüsser (n 18) Art 14, Rn 104 -105, Koenig (n 20) 297, Mauerer (n 19) 272.

<sup>86</sup> Bahtiyar'a göre sigorta genel şartları ancak taraflarca kararlaştırılmışsa sigorta sözleşmesinin eki haline gelebilir (Mehmet Bahtiyar, 'Sigorta Poliçesi Genel Koşulları', (1997) 19 (2) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 89, 96. Yine *Gündoğdu*'ya göre sigorta genel şartlarına ilişkin özel düzenleme olmamakla beraber TBK m 21 hükmü uygulama bulur. Anılan düzenlemeye göre genel işlem şartlarının sözleşmenin unsuru sayılabilmesi, düzenleyenin sözleşmenin yapılması sırasında diğer tarafa, bu şartların varlığı hakkında açıkça bilgi vermesi, bunların içeriğini öğrenme olanağını sağlaması ve onun da söz konusu şartları kabul etmesine şartına bağlıdır, (Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Vasfi Gündoğdu, Sigorta Genel Şartları (Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2011) 32 vd). Ancak *Kayıhan ve Bağcı*, eserlerinde sigorta genel şartlarına aykırı sözleşme şartlarının geçersiz sayılacağını ifade ederek bu şartları norm statüsünde kabul etmektedirler (Kayıhan ve Bağcı (n 5) 106.). Ancak *Bahtiyar*, bu konuda aksi görüştedir ve yazara göre sigorta genel şartlarının norm statüsünde kabul edilmesi, yasama yetkisinin Anayasa gereğince sadece TBMM'ne ait olması ile bağdaşmaz (Bahtiyar 95).

<sup>87</sup> Örneğin, yangın sigortası genel şartlarında A.2-2.2 maddesinde "*Aksine sözleşme yoksa yalnız sigorta ettirene ve kendisiyle birlikte oturan aile bireyleri veya birlikte yaşadığı kişiler ve çalışanlarına ait şeyler sigorta kapsamı içindedir.*" şeklinde bir düzenlemeye yer verilmişken Makine Kırılması Sigortası Genel Şartları'nda ise "*sigortalı veya onun yerine kaim olan kimse*" (m 3/k) ifadesine yer verilmiştir. Buna karşın Hırsızlık Sigortası Genel Şartları A.5 maddesinde "*Sigortalıyla birlikte yaşayan veya birlikte oturan kimseler tarafından yapılan hırsızlık ve tahribat*" sigorta teminatı kapsamı dışında bırakılmıştır. Bu halde örneğin, sigorta ettirenin ev başkanı olarak fiillerinden sorumlu olduğu kişiler –vesayeti ya da velayeti altındaki çocukları- hangi saikle hırsızlığı gerçekleştirmiş olurlarsa olsunlar sigortacının tazminat sorumluluğunun doğmayacağı anlaşılmaktadır.

rüşündedir<sup>88</sup>. Yazar, Alman yargı kararlarından yola çıkarak “*temsilci*”yi temsil veya benzeri bir ilişki çerçevesinde sigorta ettirenin yerini alan kimse olarak tanımlamaktadır<sup>89</sup>. Şenocak da temsil veya benzeri bir hukuki ilişki sebebi ile sigorta ettirenin yerine geçen kişileri, rizikonun ve sözleşmenin yönetiminde sigorta ettirenin bir nevi dublörü olarak nitelendirmiştir<sup>90</sup>. Küçük ise Türk Ticaret Kanunu’nun 1429’uncu maddesinde yer alan “*hukuken fiillerinden sorumlu olunan kişiler*” yerine “*fiili sigorta ettiren veya sigortalının fiili gibi kabul edilebilecek kadar sigorta ettiren veya sigortalıyla yakın ve/veya bağımlı bir ilişki içinde bulunan kişi ve çalışanlar*” deyimine yer verilmesinin daha isabetli olacağını ve böylece eş, çocuk, ebeveyn, partner gibi kişileri de kapsayarak hükümdeki eksikliğin giderilebileceği görüşündedir<sup>91</sup>.

Yargıtay vermiş olduğu bazı kararlarda sigortalının, rızası ile sigorta teminatı kapsamında olan eşyanın kullanımını bıraktığı üçüncü kişiyi “*hukuken fiillerinden sorumlu olunan kişiler*” kapsamında değerlendirmiştir. Konuya ilişkin olarak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu verdiği bir kararda<sup>92</sup>, vedia veya ariyet sözleşmesi ile eşyanın kendisine bırakıldığı kişileri, Türk Ticaret Kanunu’nun 1429’uncu maddesi kapsamında “*sigorta ettirenin veya sigortalının hukuken fiillerinden sorumlu oldukları kişiler*” olarak nitelendirmiştir. Yargıtay 17. Hukuk Dairesi de verdiği bir kararda<sup>93</sup>, sigortalı aracın sigorta ettirenin çalışanı tarafından danışmanlık hizmeti için gidilen davalı şirkete ait işyerinin araç park yerine bırakılması halinde, sigorta ettiren kişi ile

<sup>88</sup> Ünan, C I, (n 5) 299.

<sup>89</sup> ibid 300.

<sup>90</sup> Kemal Şenocak, (Samim Ünan ve Emine Yazıcıoğlu) ‘TTK m. 1412 Anlamında Sigorta Ettirenin Temsilcileri’, Sigorta Hukuku Sempozyumları (2018 Oniki Levha Yayıncılık), 195 (Temsilci).

<sup>91</sup> Damla Küçük, ‘Kara Taşıtları Kasko Sigortası Bağlamında, Türk Ticaret Kanunu’nun 1429/1. Maddesinde Geçen “Sigorta Ettiren veya Sigortalının Fiilinden Sorumlu Olduğu Kişiler” Kavramına İlişkin Kısa Bir Değerlendirme’, (2020), 11, (1), İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi – İnÜHFD, 39, 54.

<sup>92</sup> YHGK 09.04.2008 Tarih, 2008/17-299 Esas ve 2008/302 Karar sayılı kararı ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com) Erişim Tarihi 20.05.2019).

<sup>93</sup> Y 17. HD, 30.10.2008 Tarih, 2008/1813 Esas ve 2008/4960 Karar sayılı kararı ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com) Erişim Tarihi 20.05.2019).

aracın bırakıldığı otoparkın ait olduğu davalı şirket arasında vedia sözleşmesinin olduğunu ve aracı teslim alan davalı çalışanın bu kapsamda sigorta ettirenin “*hukuken fiillerinden sorumlu olduğu kişiler*” arasında sayılacağı sonucuna varmıştır.

Bahsi geçen Yargıtay kararları birlikte değerlendirildiğinde Yargıtay’ın, malikin rızası ile eşyanın kullanımını veya muhafazasını bir başkasına bırakması halinin, “*hukuken fiillerinden sorumlu olunan kişiler*”in tespitinde bir kıstas olarak kabul ettiği sonucuna ulaşılmaktadır. Söz konusu kararlarda Yargıtay’ın “*hukuken fiillerinden sorumlu olunan kişiler*”e ilişkin tespitinde, sigorta sözleşmesine konu olan eşyanın zilyetliğinin ne kadar süreli bırakıldığının önem arz etmediği anlaşılmaktadır. Buna karşın Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin 22.01.2018 tarihli 2016/13646 Esas ve 2018/501 Karar sayılı kararında sigortacı ile malik arasında akdedilen sözleşmeye binaen makine kırılması sigorta poliçesi ile teminat altına alınan makinenin kiracının kullanımındayken uğradığı zararda kiracı, “*hukuken fiillerinden sorumlu olunan kişiler*” arasında sayılmamıştır<sup>94</sup>. Ancak karşı oy yazısında “*Poliçe tanzim tarihi ve dava tarihinde yürürlükte bulunan 6102 sayılı TTK 1429 maddesinde sigortacının, aksine sözleşme yoksa sigorta ettirenin sigortalının, lehtarın ve bunların hukuken fiillerinden sorumlu buldukları kişilerin ihmallerinden kaynaklanan zararları tazmin ile yükümlü olduğu düzenlenmiştir. Makina Kırılması Sigorta Genel Şartlarının 3/k maddesinde de sigortalının veya onun yerine kaim olan sorumlu kişinin kasdından ve ayrıca sözleşme varsa ağır kusurundan mütevellit maddi ziya ve hasarların teminat dışında kaldığı öngörülmüştür. Açıklanan oluşa göre, sigortalanan iş makinası dava dışı sigortalı tarafından kira akdi ile davalı şirkete teslim edilmiş, davalı şirkete hizmet akdi ile bağlı diğer davalının kullanımında iken iş makinasında hasar gerçekleşmiştir. Dava dışı sigortalının, aracı davalı kiracıya kendi rıza ve muvafakatı ile verdiğinde kuşku ve duraksamaya yer yoktur. Aksi iddia ve ispat edilmediğine göre somut olayda kira sözleşmesinin sigortalının rıza ve muvafakatı ile yapılmış olduğunun kabulü gerekir.*

<sup>94</sup> Benzer yönde bir diğer karar için bkz. Y 17. HD, 26.10.2020 Tarih, 2020/1316 Esas ve 2020/6135 Karar sayılı Kararı (Yayımlanmamış karar).

*Bu nedenle de davalılar TTK 1429 maddesinde ifade edilen sigortalının hukuken fiillerinden sorumlu buldukları kişi durumundadırlar.” görüşüne yer verilmiştir<sup>95</sup>.*

Burada üzerinde durulması gereken bir husus da temsilci vasfının kazanılması için aranan sigorta sözleşmesinin veya riziko yönetiminin bırakılması şartlarından ne kastedildiğidir. Sigorta sözleşmesinin yönetiminin bırakıldığı kişi ile sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerin bırakıldığı üçüncü kişi kastedilmektedir<sup>96</sup>. Örneğin, riziko gerçekleşmeye başlayınca alınacak koruma önlemleri bakımından yetkili kişi bu kapsamda değerlendirilir<sup>97</sup>. Riziko yönetiminin bırakıldığı kişi ise rizikoya ilişkin olarak sigortalının yerine hareket eden kişidir<sup>98</sup>. Örneğin; sigortalı malın bakımı, gözetimi ve muhafazası hususunda yetkili olacak şekilde uzun süre zilyetliğinin bırakıldığı kişiler bu kapsamda değerlendirilebilir<sup>99</sup>. Daha önce de belirttiğimiz üzere riziko yönetiminin bırakılmış sayılması için aynı zamanda üçüncü kişinin önemli sayılacak bir ölçüde sigorta ettiren adına hareket et-

---

<sup>95</sup> Benzer şekilde kasko sigortası kapsamında konuyu ele alan Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 21.03.2018 tarihli 2017/17-3076 Esas ve 2018/498 Karar sayılı kararında *“uyuşmazlığın sigorta ettiren ile sigortadan faydalanan kimselerin kusurunu düzenleyen kanun maddeleri, sigortalının sorumluluğuna dair yasal düzenlemeler ve sigorta sözleşmesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği, dava dışı sigortalı ile sigorta şirketi arasında yapılan sözleşmede 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 1278’inci maddesi dışında bir düzenleme getirilmediği, bu hükmün 1301. maddede düzenlenen halefiyet ilkesine istisna getirdiği, aracın sigortalının rızası ile otopark görevlisine bırakıldığından ve araç anahtarları üzerinde iken kimliği meçhul kişilerce çaldığından, otopark görevlisinin, sigortalının fiilinden sorumlu üçüncü kişi olarak değerlendirilmesi ve zarar poliçe teminatı kapsamı dışında olduğundan yerel mahkeme kararının onanması gerektiği yönünde görüş ileri sürülmüş ise de bu görüş Kurul çoğunluğu tarafından benimsenmemiştir.”* şeklinde hüküm kurarak vedia sözleşmesi kapsamında aracın kendisine bırakıldığı kimse *“hukuken fiillerinden sorumlu olunan kimseler”* olarak nitelendirmemiştir (Kazancı İçtihat Bankası Erişim Tarihi: 18.04.2020).

<sup>96</sup> Wandt (n 74) VVG § 28, Rn 126.

<sup>97</sup> Ünan, C I, (n 5) 124

<sup>98</sup> Wandt (n 74) VVG § 28, Rn 126.

<sup>99</sup> Şenocak, Temsilci, (n 90) 196.

mesi ve onun hak ve yükümlülüklerini benimsemiş olması gerektiği de öğretilerde vurgulanmaktadır<sup>100</sup>.

Öğretilerdeki görüşler ve Yargıtay'ın kararları nazara alındığında, ilgili hükümde “*hukuken fiillerinden sorumlu oldukları kişiler*” ifadesine ek olarak “*aynı çatı altında beraber yaşayan kimseler*” veya bu iki ifadeyi de kapsayacak şekilde “*temsil veya benzeri bir hukuki ilişki sebebi ile sigorta ettiren veya sigortalı yerine kaim olan (geçen) kişiler*” ifadesine yer verilmesinin isabetli olacağı kanaatindeyiz. Böylece özellikle birlikte yaşayan aile bireyleri veya aynı çatı altında ekonomik bir birliktelik sürerek yaşayan kişiler bakımından da tartışmalar giderilmiş olacaktır.

Burada sigortacının, hukuken fiillerinden sorumlu olunan kişinin ihmali veya tazminat ödenmesini sağlama saiki olmaksızın verdiği zarar sebebi ile sigortalıya ödeme yapması halinde, sigortacı, zarara sebebiyet veren bu kimseye karşı halefiyet ilkesi gereği rücu davası açabilecek midir sorusunun da açıklığa kavuşturulması gerekir. Zira bu husus öğretilerde tartışmalıdır. Öğretilerde, genel hüküm niteliğindeki 1429'uncu maddenin kanuni halefiyete dayalı olarak sigortacının rücu edebileceği kişilerin kapsamının tayininde nazara alınması gerektiğini kabul eden yazarlar olduğu gibi<sup>101</sup>; tam aksi yönde görüşler de mevcuttur. Aksi görüşte olan yazarlara göre TTK m. 1429/1 halefiyet kapsamını belirlerken nazara alınmaz ve Kanun'da bu hususa ilişkin açıklık olmadığından sigortacının

---

<sup>100</sup> Langheid (n 38) VVG § 81, Rn 20; Deutsch (n 71) 151; Ünan, C I, (n 5) 300. Bu kapsamda Şenocak sigortalı malı ara sıra veya hatta daha sık kullanıyor olmasının üçüncü kişiyi sigorta ettiren yerine geçen kişi kalmayacağı, yani zilyetliğin geçici süre veya kısa süreli devrinin temsilci sıfatının kazanılmasında yeterli olmadığı görüşündedir (Şenocak, Temsilci, (n 90) 198.

<sup>101</sup> Birgül Öztuna Sopacı, 'Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun Sigortacının Kanuni Halefiyetine İlişkin Düzenlemelerinin Alman Sigorta Sözleşmesi Kanunu'ndaki Düzenlemelerle Birlikte Değerlendirilmesi', (2012) 28 (3), BATİDER117, 137; Günay (n 33) 189).



halefiyet ilkesine dayalı olarak hukuken fiillerinden sorumlu olunan kişilere başvurusu mümkündür<sup>102</sup>.

İsviçre Sigorta Sözleşmesi Kanunu'nda Türk Ticaret Kanunu'nun 1429'uncu maddesine karşılık gelen m. 14/3 hükmünde fiilleri sigorta teminatı kapsamında sigortacının borcuna etki edecek kimseler, hak sahibinin birlikte yaşadığı kişiler veya fiillerinden sorumlu olduğu kişiler olarak ifade edildikten sonra rizikonun bu kimselerce kasıt veya ağır ihmalle gerçekleştirilip, hak sahibinin de bunların üstündeki gözetim ve denetim yükümlülüğünü ağır ihmalle ihlal ettiği durumlarda, sigorta tazminatının indirimli; sigortalının gözetim yükümlülüğünü hafif ihmalle ihlal etmesi veya rizikonun,- hak sahibinin birlikte yaşadığı veya fiilinden sorumlu olduğu kişilerden biri tarafından hafif ihmalle gerçekleştirilmesi halinde ise tazminatın tam olarak ödeneceği hükme bağlandıktan sonra; halefiyete ilişkin 72'nci maddesinin 3'üncü fıkrasında sigortacının, sigortalının birlikte yaşadığı kişilerin veya hukuken fiillerinden sorumlu olduğu kişilerin ihmali ile verdikleri zarar sebebi ile ödediği tazminat için rücu hakkına dayanarak bu kimselere başvuramayacağı hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla hukuken fiillerinden sorumlu olunan kişilerin kasıt veya ağır ihmali halinde ödenen tazminat bakımından sigortacının bu kimselere rücu edebileceği hükme bağlanmıştır. Alman Sigorta Sözleşmesi Kanunu'nun m. 86/3 hükmünde ise kasıtlı olarak zarara sebep olmadıkça sigortalı ile aynı çatı altında yaşayan kişilere karşı sigortacının halefiyet ilkesine dayalı olarak başvuru hakkı olmadığı düzenlenmiştir.

Türk Ticaret Kanunu'nun 1429'uncu maddesinde fiilleri sigortacının tazminat borcu ödemesine etki eden kişiler bakımından rücu hakkını ortadan kaldıran açık bir kanuni düzenleme bulunmadığı aşikârdır. Sigortacının bu kimselere rücu hakkının mevcut olup olmadığının tespitinde Türk Ticaret Kanunu'nun mal sigortalarına ilişkin

<sup>102</sup> Reşat Atabek, *Sigorta Hukuku*, (Duygu Matbaası 1950), Can (n 6) 157; Köroğlu Ölmez (n 53) 143; Küçük (n 91), 52.

1472'nci ve sorumluluk sigortalarına ilişkin 1481'inci maddelerinde belirtilen, sigortalının dava hakkı bulunan sorumlular kapsamında olup olmadığının tespiti gerekir. Daha önce sigorta ettiren başlığında da zikrettiğimiz üzere anılan düzenlemelerde sigortacının, halefiyet ilkesi kapsamında “zarardan dolayı sorumlulara” rücu edebileceği düzenlenmiş; ancak zarar verenin üçüncü kişi olması şartı aranmamıştır.

Belirtmek gerekir ki teminat kapsamındaki olay gerçekleştiğinde bu olaya sebep olan kişiye karşı sigortalının dava hakkı olmadığı hallerde sigortacının zarara sebebiyet veren kişiye rücu hakkından söz edilemez. Örneğin; sigortalının velayeti veya vesayeti altında bulunan çocuğu bakımından durum böyledir. Ancak örneğin, sigortalanan olaya kişinin eşi veya tam ehliyetli çocuğu ihmal ile sebep olmuşsa sigortalının özellikle aynı çatı altında yaşadığı bu kimselere karşı dava hakkı olduğunu kabul etmek Türk örf adetleri ve yaşam tarzı nazara alındığında hakkaniyete uygun düşmez<sup>103</sup>. Zira bu halde sigortacının bunlara rücu etmesi sigortalının da bütçesine zarar vereceğinden sigortalıya ödenen tazminatın sigortacı tarafından geri alınması gibi istenmeyen bir duruma sebebiyet verir. Halefiyete ilişkin düzenlemede, aynı çatı altında yaşayan kimseler bakımından istisna getirilmesi isabetli olacaktır.

Burada karşılaşılabilecek en büyük sorun belki de şudur; sigortalının Türk Borçlar Kanunu'nun 66'ncı maddesi kapsamında çalışanlarının fiili neticesinde ortaya çıkan zarar sebebi ile sigortalısına tazminat ödeyen sigortacının bu kimselere rücu hakkı doğacak mıdır? Eğer sigorta sözleşmesinde ayrıca bu kişilerin fiilleri teminat kapsamına alınmışsa tereddütsüz olarak sigortacının rücu hakkından söz edilemeyeceği aşikârdır. Zira bu halde bu kimseler de sigortalı sıfatını haiz olur. Aksi halde ise bu soruya aynı şekilde cevap vermek her zaman mümkün gözükmemektedir. Sigortalı ile çalıştırdığı kişi arasında bir iş görme sözleşmesi olması ve sigortalının sigorta sözleşmesi yapmadığı hallerde çalıştırdığı kişinin verdiği zarar sebebi ile ona sözleşme-

---

<sup>103</sup> Can (n 5) 49; Küçük (n 91) 51.

ye aykırılık sebebi ile başvurma hakkı mevcuttur. Bu halde fiili açıkça sigorta teminatı kapsamına alınmayan çalışanın fiili neticesinde zarar ortaya çıktığında; Türk Ticaret Kanunu'nun 1429'uncu maddesi kapsamında sigortalısına ödeme yapan sigortacının halefiyet ilkesi gereği çalışana başvurusunun mümkün olduğu kabul edilmelidir. Ancak bu halde Türk Ticaret Kanunu'nun sorumluluk sigortalarına ilişkin 1473'üncü maddesini tekrar hatırlamak da fayda vardır. Anılan düzenleme gereğince "*Sigorta, sigortalının işletmesi ile ilgili sorumluluğu için yaptırılmışsa, sözleşmede aksine hüküm yoksa bu sigorta, sigortalının temsilcisi ile işletmenin veya işletmenin bir kısmının yönetiminde, denetiminde ve işletmede çalıştırılan kişilerin sorumluluğunu da karşılar. Bu durumda sigorta bu kişilerin lehine yapılmış sayılır.*". Bu halde işletme ile ilgili sorumluluk sigortalarında işletmeyi işleten gerçek veya tüzel kişinin sorumluluğu yanında aksi kararlaştırılmadıkça sigortalının temsilcilerinin; işletmenin yöneticilerinin, denetçilerinin ve çalışanlarının sorumluluğu da sigortalı olmuş olacağından, adı geçen kişiler de sigortalı sayılacaktır. Ancak sigorta sözleşmesi ile hükmün aksinin kararlaştırılması halinde sigortacının bu kimselere halefiyet ilkesine dayalı olarak başvurabilmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır<sup>104</sup>.

Bu başlık altında Türk Ticaret Kanunu'nun 1412'nci maddesi ile 1429'uncu maddesi arasındaki ilişkinin de irdelenmesi gerekir. Türk Ticaret Kanunu'nun 1412'nci maddesi uyarınca, "*Kanunda sigorta ettirenin bilgisine ve davranışına hukuki sonuç bağlanan durumlarda, sigortadan haberi olması şartı ile sigortalının, temsilci söz konusu ise temsilcinin, can sigortalarında da lehtarın bilgisi ve davranışı da dikkate alınır.*". Temsilcinin hukuken fiillerinden sorumlu olunan kişiler arasında olması sebebi ile 1429'uncu maddenin temsilci bakımından uygulanması halinde; temsilcinin, tazminat ödenmesini sağlamak amacıyla rizikonun gerçekleşmesine kasten sebebiyet vermesinin

<sup>104</sup> Grup sorumluluk sigortalarında halefiyetin uygulanmasının ancak sigorta sözleşmesinde, TTK'nın 1473/2 maddesi uyarınca aksine düzenlemenin yapılması halinde söz konusu olabileceğine dair bkz. Can (n 6) 157; Köroğlu Ölmez (n 53) 144-145.

sigortacının tazminat ödeme borcunu sona erdireceği; ancak 1412'nci maddenin uygulanması durumunda temsilcinin davranışının sigorta ettirenin davranışı sayılması nedeniyle sigortacının sorumluluktan kurtulabilmesi için rizikoyu kasten gerçekleştiren temsilcinin saikinin önem arz etmediği sonucuna varılır. Bu halde bir çelişki ortaya çıktığı aşikârdır<sup>105</sup>. Her ne kadar Türk Ticaret Kanunu'nun 1412'nci maddesinin gerekçesinde yer alan “... Sigortacının doğru bir prim hesabı yapabilmesi, diğer bir ifade ile üzerine aldığı riski ölçebilmesi için, yaptığı sözleşme ile tüm gerçeklikleri tam ve doğru bir şekilde bilmesi gerekir. Bu nedenle sigortacının riskle ilgili her bilgiye sahip olabilecek bir konuma getirilmesi gerekir.” ifadesinden bu düzenlemenin sadece sözleşmenin inikadı aşaması ile ilgili olduğu sonucu ortaya çıksa da hükmün düzenleniş şeklinden aynı sonuca varmak mümkün değildir. Zira anılan maddede açıkça Kanun'da sigorta ettirenin davranışına hukuki sonuç bağlanan durumlarda temsilcinin davranışının da dikkate alınacağı hükme bağlanmıştır. Bu halde öğretide haklı olarak temsilcinin rizikoyu kasten gerçekleştirmesi halinde, temsilcinin bu davranışının altında yatan saik nazara alınmaksızın sigortacının tazminat ödemesinin ortadan kalkacağı kabul edilmektedir<sup>106</sup>. Ayrıca temsilcinin davranışının sigorta ettirenin davranışına bağlı kılınması sebebi ile esasen 1429'uncu maddede sigorta ettirenin ihmali davranışına bağlanan sonuçların, temsilcinin davranışı bakımından da sonuç doğuracağı kanaatindeyiz. Dolayısıyla sigorta hukuku kapsamında sigorta ettirenin yükümlülüklerini yerine getirme bakımından onun yerini alan kişi olarak tanımlanan temsilcinin<sup>107</sup> ihmali ile rizikoyu gerçekleştirmesi halinde; bu kimsenin davranışının sigorta ettirenin davranışı sayılması (TTK m 1412) sebebi ile sigortacı, temsilcinin ihmaliinden doğan zararları da tazmin etmekle yükümlü olacaktır.

---

<sup>105</sup> Ünan, C I, (n 5) 127; Avcı (n 65) 59-60.

<sup>106</sup> Şenocak, Temsilci, (n 90) 199 (Temsilci); Ünan, C I, (n 5), 127. Aksi görüş için bkz. Avcı (n 65) 60.

<sup>107</sup> Ünan, C I, (n 5) 123; Şenocak, Temsilci, (n 90), 194.

### III. SİGORTALANAN OLAYA TÜRK TİCARET KANUNU'NUN 1429'UNCU MADDESİNDE ZİKREDİLEN KİŞİLERİN KUSURU İLE SEBEBİYET VERMESİNİN SİGORTACININ SORUMLULUĞUNA ETKİSİ

Kusur, hukuk düzeni tarafından kınanan davranış olarak nitelendirilmektedir<sup>108</sup>.

Kusur, kast ve ihmal olarak ikiye ayrılmaktadır. Özel hukukta kast, hukuka aykırı sonucun bilinmesi ve istenmesi olarak tanımlanırken ihmal, sonucun istenmemesine rağmen sonucun gerçekleşmemesi için gerekli olan özenin gösterilmemesi olarak tanımlanmaktadır<sup>109</sup>.

İhmal ağırlık derecesine göre genellikle; ağır ihmal ve hafif ihmal olmak üzere ikili bir ayrıma tabi tutulmaktadır<sup>110</sup>. Bir kimsenin, aynı durum ve şartlarda ortalama bir kimsenin gösterebileceği en basit dikkat ve özeni göstermemiş olması ağır ihmal; çok dikkatli ve özenli kişilerin gösterebileceği dikkat ve özeni göstermemesi ise hafif ihmal olarak nitelendirilir<sup>111</sup>.

Türk Ticaret Kanunu'nun 1429'uncu maddesi kapsamında sayılan kimselerin, sigorta teminatı kapsamındaki olayın vukuunda kastı veya ihmali olmasına göre sigortacının sorumluluğu farklı esaslara tabi kılınmıştır.

<sup>108</sup> Halûk Tandoğan, Türk Mes'uliyet Hukuku (Vedat 2010) 45; Halûk N Nomer, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, (Beta 2017) 167.

<sup>109</sup> Eren (n 87) 599, 601; Tandoğan, (n 93) 46-48.

<sup>110</sup> Nomer (n 93) 167; Tandoğan (n 103) 54; Ahmet M. Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, (21. Bası, Turhan 2017) 407 (Borçlar); Gamze Turan Başara, Kişiliğin İhlalinden Kaynaklanan Maddi ve Manevi Tazminat İle Haksız Kazancın İadesi (Turhan 2018) 136. Bununla beraber *Eren* ihmali; ağır ihmal, orta ihmal ve hafif ihmal olarak 3 türe ayırmaktadır (Eren (n 84) 601 vd.).

<sup>111</sup> Tandoğan (n 103) 55; Kılıçoğlu, Borçlar, (n 105) 407.

## **1. Kasıtlı Davranışın Sigorta Teminatından Yararlanma Hakkına Etkisi**

### **A. Zarar Sigortalarında Kasıtlı Davranışın Sigorta Teminatından Yararlanma Hakkına Etkisi**

Türk Ticaret Kanunu'nun 1429'uncu maddesinin 1'inci fıkrası uyarınca *"Sigorta ettiren, sigortalı ve tazminat ödenmesini sağlamak amacıyla bunların hukuken fiillerinden sorumlu oldukları kişiler, rizikonun gerçekleşmesine kasten sebep oldukları takdirde, sigortacı tazminat borcundan kurtulur ve aldığı primleri geri vermez."* Söz konusu hükümde açıkça belirtildiği üzere; anılan kimselerin kasti davranışı, sigorta teminatı kapsamı dışında tutulmuştur. Anılan hüküm esasen sigorta aracılığıyla zenginleşme yasağı müessesesine hizmet eder<sup>112</sup>.

Türk Ticaret Kanunu'nun 1429'uncu maddesinin 1'inci fıkrası hükmünde sayılanlardan sigorta ettiren ve sigortalının, kasıtlı davranışının hangi amaçla -yani ister tazminat ödenmesini sağlamak, ister bu amaç güdülmeksizin başka amaçla - ıka edildiğine bakılmaksızın sigortacı tazminat ödeme borcundan kurtulurken; hukuken fiillerinden sorumlu olunan kimselerin kasıtlı davranışları neticesinde sigortalanan olayın meydana gelmesiyle sigortacı ancak bu davranışın tazminat ödenmesini sağlama amacı ile işlenmesi halinde tazminat borcunu ödemekten kurtulur. Bu halde kastın varlığını ispat yükü bu durumu iddia eden sigortacıya aittir<sup>113</sup>.

Türk Ticaret Kanunu'nun 1452'nci maddesi uyarınca 1429'uncu maddesinin 1'inci fıkrasının 2'nci cümlesi hükmüne aykırı sözleşmeler geçersizdir. Yani sigorta sözleşmesinde, sigorta ettirenin, sigortalının ya da tazminat ödenmesini sağlamak amacıyla bunların hukuken fiillerinden sorumlu olunan kimselerin, sigortalanan olayın gerçekleşmesine kasten sebep olmaları halinde sigortacının sorumluluğunun devam edeceği kararlaştırılmaz.

---

<sup>112</sup> Köroğlu Ölmez (n 43) 34.

<sup>113</sup> Ünan, C I, (n 5) 302.

Öğretide emredici nitelik arz eden Türk Ticaret Kanunu'nun 1429'uncu maddesinin 1'inci fıkrasının 2'nci cümlesi hükmünde, hukuken fiillerinden sorumlu olunan kişilerin kasıtlı davranışları ile sigortalanan olayı gerçekleştirmeleri durumunda sigortacının sorumluluğunun ortadan kalkmasının, sadece sigorta tazminatının ödenmesini sağlama amacı ile işlenmesi durumuna hasredilmesi eleştirilmektedir. Bu görüşe göre Türk Ticaret Kanunu'nun 1429/1, c 1 hükmü uyarınca sözleşmede kararlaştırılmak şartı ile hukuken fiillerinden sorumlu olunan kişilerin ihmali davranışlarının teminat kapsamı dışında bırakılarak sigortacı sorumluluktan kurtulabilirken, hukuken fiillerinden sorumlu olunan kimselerin tazminat ödenmesini sağlama amacı gütmemekle beraber başkaca bir saikle sigortalanan olayın meydana gelmesine kasten sebebiyet vermeleri halinde sigortacının sorumluluğunun ortadan kalkmaması çelişkili bir durumdur<sup>114</sup>.

Bu halde Türk Ticaret Kanunu'nun 1429/1, c 2 hükmünün emredici niteliğinden ne anlaşılması gerekir? Esasen bu hükümde sayılan hallere ilişkin olarak sigortacının sorumlu olacağına dair bir şartın sigorta sözleşmesine konulamayacağı, konulmuş olsa dahi geçersiz olacağı anlaşılmalıdır. Yani hukuken fiillerinden sorumlu olunan kimselerin kasıtlı davranışları ile sigortalanan olayın gerçekleşmesine sebebiyet vermeleri halinde ikili bir ayırım yapılmalıdır. Bu halde sigorta ettirenin veya sigortalının hukuken fiillerinden sorumlu oldukları kimselerin kasıtlı davranışının altında yatan saik önem arz eder. Hukuken fiillerinden sorumlu olunan kimseler tazminat ödenmesi saiki ile kasıtlı olarak sigortalanan olayın gerçekleşmesine sebep oldukları takdirde sigortacının tazminat sorumluluğu olmayacağı gibi sigorta sözleşmesinde sigortacının bu halde sorumlu olacağı yönünde bir hükme de yer verilemez (TTK m 1452/1; 1429/1, c 2). Ancak bu kimselerin tazminat ödenmesini sağlamak dışında başka bir saikle kasıtlı olarak sigortalanan olayın gerçekleşmesine sebep olmaları halinde Türk Ticaret Kanunu'nun 1429'uncu maddesinin 1'inci fıkrasının 2'nci cümlesi hükmünün mefhumu muhalifinden kural olarak

---

<sup>114</sup> ibid 303.

sigortacının tazminat borcunu ödemesi gerektiği sonucuna varılmaktadır<sup>115</sup>. Peki, sigorta sözleşmesi ile bu halde sigortacının sorumlu olmayacağına dair bir kayda yer verilmesi mümkün müdür? Kanaatimce bu kimselerin ihmallerinden kaynaklanan zararlardan sigortacının sorumlu olunmayacağı yönünde sigorta sözleşmesine hüküm koymak mümkün olduğundan (TTK m. 1429/1 c. 1); kasıtlı hareketlerinden sorumlu olunmayacağına da kararlaştırılması mümkün kabul edilmelidir.

Türk Ticaret Kanunu'nun rizikonun kasten gerçekleştirilmesi halinde sigortacının sorumluluğunun ortadan kalkacağına ilişkin 1429'uncu maddesi ile getirilen genel ilke, sorumluluk sigortaları bakımından da geçerli olmakla beraber sorumluluk sigortalarına ilişkin 1477'nci maddede bu hususta ayrıca bir düzenlemeye yer verilmiş ve sorumluluk konusu olayın sigortalı tarafından kasten gerçekleştirilmesi halinde sigortacının sorumlu olmayacağına hükmedilmiştir. Esasen kanun koyucunun tekrar niteliğinde olan bu düzenlemeyi sevk etmesine gerek olmadığı açıktır<sup>116</sup>.

Her ne kadar doktrinde bir görüş<sup>117</sup>, Alman Sigorta Sözleşmesi Kanunu'nun 103'üncü maddesinin 81'inci maddesine nazaran özel hüküm olması gibi Türk Ticaret Kanunu'nun 1477'nci maddesinin de 1429'uncu maddeye nazaran özel hüküm olduğu ve tekrar niteliği taşımadığını kabul etmekteyse de bu görüşe bir noktada katılmadığımızı belirtmek isteriz. Öncelikle Türk Ticaret Kanunu'nun 1477'nci maddesinin de 1429'uncu maddeye nazaran özel hüküm olduğu hususunda bir tereddüt yoktur. Ancak Türk Ticaret Kanunu'nun 1429'uncu maddesinde "*sigortalı ... rizikonun gerçekleşmesine kasten sebep oldukları takdirde, sigortacı tazminat borcundan kurtulur*" hük-

---

<sup>115</sup> İsviçre Sigorta Sözleşmesi Kanunu'nun 14'üncü maddesinde ise sigorta ettirenin, sigortalının veya lehtarın kusuru ile sigortalanan olaya yol açmasının sonuçları ile anılan hükmün 3'üncü fıkrasında sayılan üçüncü kişilerin kusuru ile olaya sebebiyet vermesi halinde doğacak sonuçlar bakımından ayrıma gidilmemiştir.

<sup>116</sup> Can (n 5) 145.

<sup>117</sup> Oğuzhan Abdülhamid Hacıömeroğlu, Sorumluluk Sigortasında Sigorta Himayesinin Kapsamı, (Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2017) 59 (Yayımlanmamış Doktora Tezi).



mü ile 1477'nci maddenin "Sigortacı, sigortalının, sorumluluk konusu olayı kasten gerçekleştirmesinden doğan zararlardan sorumlu olmaz." hükmü arasında ifade edilmiş biçimi dışında şartları ve doğurduğu sonuç açısından bir farklılık olmadığı kanaatindeyiz<sup>118</sup>. Oysa Alman Sigorta Sözleşmesi Kanunu'nun (VVG 2008) genel hüküm niteliğindeki 81'inci maddesinde sigorta ettirenin "kasten" sigortalanan olayı gerçekleştirmesi halinde sigortacının tazminat bedeli ödeme borcunun sona ereceği, ağır ihmali halinde ise sigortacının tazminat miktarından indirim yapabileceği hüküm altına alınmışken<sup>119</sup>; sorumluluk sigortalılarına ilişkin 103'üncü maddesinde sigorta ettirenin sigortalanan olaya "kasten ve hukuka aykırı olarak" sebebiyet vermesi halinde sigortacının sorumlu olmayacağı<sup>120</sup> hüküm altına alınmıştır<sup>121</sup>. Görüldüğü

<sup>118</sup> Şenocak, her ne kadar Türk Ticaret Kanunu'nun 1429'uncu maddesinin 1'inci fıkrasının 2'nci cümlesinin, 1'inci cümle hükmü ile birlikte değerlendirildiğinde anılan düzenlemede kastın hem rizikonun hem de zararın gerçekleşmesine yönelik olduğu; buna karşın 1477'nci maddenin lafzı nazara alındığında sadece sigortalanan olayın istenmesinin şart olduğu ancak zararın istenmesinin şart olmadığı gibi yoruma varılsa da hükmün gerekçesi ile birlikte değerlendirildiğinde 1477'nci maddenin uygulanmasında da kastın aynı zamanda zarara yönelik olmasının da gerektiği görüşündedir (Kemal Şenocak, 'Sorumluluk Konusu Olaya Kasten Sebep Olma (TTK m 1477)', Sigorta Hukuku Sempozyumları, (2018 Oniki Levha Yayıncılık) 174 (Sorumluluk)). Atamer de 1477'nci madde yorumlanırken 1429'uncu maddenin de nazara alınması gerektiğini ifade etmektedir ((n 9) 81).

<sup>119</sup> VVG § 81 "(1) Der Versicherer ist nicht zur Leistung verpflichtet, wenn der Versicherungsnehmer vorsätzlich den Versicherungsfall herbeiführt. (2) Führt der Versicherungsnehmer den Versicherungsfall grob fahrlässig herbei, ist der Versicherer berechtigt, seine Leistung in einem der Schwere des Verschuldens des Versicherungsnehmers entsprechenden Verhältnis zu kürzen."

<sup>120</sup> VVG § 103 "Der Versicherer ist nicht zur Leistung verpflichtet, wenn der Versicherungsnehmer vorsätzlich und widerrechtlich den bei dem Dritten eingetretenen Schaden herbeigeführt hat."

<sup>121</sup> Alman Sigorta Sözleşmesi Kanunu'nun 81'inci maddesine nazaran özel hüküm niteliğindeki sorumluluk sigortasına ilişkin 103'üncü maddesinde sigorta ettirenin, üçüncü kişiye kasten ve hukuka aykırı şekilde zarar vermesi kümülatif olarak aranır; dolayısıyla sigorta ettiren, kasten üçüncü kişiye zarar vermiş olsa dahi fiili, hukuka uygunluk sebeplerinden birisinin kapsamında ise sigortacının tazminat borcu sona ermez (Sigurd Littbarski, (Theo Langheid and Manfred Wandt), Münchener Kommentar zum VVG, Band 2, §§ 100-216, (2. Auflage, CH BECK 2017), VVG § 103, Rn 3.). Her ne kadar Alman Sigorta Sözleşmesi Kanunu'nun 81'inci maddesinde kasten ifadesine ek olarak "hukuka aykırı olarak" ifadesine yer verilmemişse de doktrinde, bu durumun anılan düzenlemenin 103'üncü maddeden farklı bir düzenleme olduğu anlamına gelmeyeceği; zira medeni hukuk anlamında kastın aynı zamanda hukuka aykırılığı da içerdiği kabul edilir (Winfried-

üzere Alman Sigorta Sözleşmesi Kanunu'nun 81'inci maddesi ile 103'üncü maddesinde, sigortacının tazminat sorumluluğunu ortadan kaldıran veya azaltan kusurun dereceleri bakımından farklı esaslar düzenlenmiştir. Alman Sigorta Sözleşmesi Kanunu'nun 81'inci maddesinde sigorta ettirenin sigortalanan olaya ağır ihmali ile sebebiyet vermesi halinde sigortacının tazminattan indirim yapabileceği öngörülmüşken; anılan Kanun'un 103'üncü maddesi hükmünden anlaşıldığı üzere sorumluluk sigortasında sigortacı ağır ihmal de dâhil her türlü ihmalden sorumlu tutulmuştur. Dolayısıyla Alman hukukunda sorumluluk sigortasında, sigorta ettirenin ağır ihmali, sigorta tazminatında bir indirim sebebi teşkil etmez<sup>122</sup>.

### **B. Can Sigortalarında Kasıtlı Davranışın Sigorta Teminatından Yararlanma Hakkına Etkisi**

Türk Ticaret Kanunu'nun 1429'uncu maddesinde hayat sigortalarına ilişkin 1495'inci<sup>123</sup>, 1503 ve 1504'üncü maddeler saklı tutulmuştur. Türk Ticaret Kanunu'nun kaza sigortasına ilişkin 1510'uncu maddesinde yapılan atıf gereğince anılan madde hükümleri bu sigorta türünde de uygulama alanı bulur. Türk Ticaret Kanunu'nun hastalık sigortasına ilişkin 1519'uncu maddesinde ise hayat sigortalarına ilişkin hükümlerin 1497 ve 1504'üncü madde hükümleri dışında hastalık sigortasına da uygulanacağı, ancak hastalık sigortasına 1503'üncü maddenin uygulanabilmesinin sözleşmede öngörülen rizikonun intihara teşebbüs nedeniyle gerçekleşmiş olmasına bağlı olduğu belirtilmiştir<sup>124</sup>. Anılan düzenlemeler aşağıda ayrıntılı olarak incelenecektir.

---

Thomas Schneider, (Roland Michael Beckmann and Beckmann Matusche Annermarie), *Versicherungsrechts-Handbuch*, (3. Auflage, CH BECK 2015), §103 VVG, Rn 50.)

<sup>122</sup> Littbarski (n 105) VVG § 103, Rn 8.

<sup>123</sup> Türk Ticaret Kanunu'nun 1495'inci maddesi uyarınca lehtarın ödenecek sigorta bedeline hak kazanamaması halinde –örneğin, sigortalıdan önce öldüğü halde, bu hakkın sigorta ettirene, onun da ölmüş olması halinde ise mirasçılarına geçeceği düzenlenmiştir. Anılan hüküm 1429'uncu maddede saklı tutulmuşsa da esasen bu hükmün 1429'uncu madde ile bir bağlantısı bulunmamaktadır (Atamer (n 9) 81, dn 242).

<sup>124</sup> Niteliği gereği zarar sigortasının bir türü olan sağlık sigortasına bu başlık altında değinilmemiştir. Türk Ticaret Kanunu'nun 1519'uncu maddesinin ikinci fıkrasının

### **a. Sigorta Ettirenin Kasıtlı Davranışının Sigorta Teminatından Yararlanma Hakkına Etkisi**

Türk Ticaret Kanunu'nun 1504'üncü maddesinin 1'inci fıkrası uyarınca sigorta ettiren, sigorta bedelini ödeme borcunun doğmasını sağlamak amacıyla sigortalıyı öldürür veya öldürülmesinde suç ortaklığı ederse, sigortacı bedel ödeme borcundan kurtulur. Anılan hükmün mefhumu muhalifinden anlaşılacağı üzere sigorta ettiren, sigorta bedelini ödeme borcunun doğmasını sağlamak amacı gütmeksizin -örneğin, bir tartışma sırasında kızgınlıkla- sigortalıyı öldürürse veya öldürülmesine suç ortaklığı ederse, sigortacının lehtara sigorta bedelini ödeme borcu ortadan kalkmaz.

Türk Ticaret Kanunu'nun 1504'üncü maddesinin 1'inci fıkrası sigorta ettirenin, lehtar sıfatını haiz olmadığı halde uygulanır. Zira aşağıda da inceleyeceğimiz üzere lehtarın sigortalıyı öldürmesi farklı hükümlere tabi kılınmıştır.

Türk hukukunda sigorta ettirenin sigortalıyı kasten öldürmesinde güttüğü saike ilişkin yapılan ayırım Alman hukukunda yapılmamıştır. Alman Sigorta Sözleşmesi Kanunu'nun (VVG 2008) 162'nci maddesinin 1'inci fıkrasında sigorta ettirenin hangi saikle olduğu önemsenmeksizin hukuka aykırı bir şekilde sigortalının ölümüne sebep olması halinde sigortacının sigorta bedeli ödeme borcundan kurtulacağı düzenlenmiştir<sup>125</sup>. Böylece hukuka uygunluk sebeplerinin varlığı halinde, örneğin; haklı savunma (meşru müdafaa), kanunun verdiği yetkinin kullanılması gibi sebeplerle sigorta ettirenin sigortalıyı öldürmesi halinde sigortacının bedel ödeme borcunun ortadan kalkmayacağı kabul edilmektedir<sup>126</sup>.

---

da yapılan atıf gereği genel hüküm niteliğindeki 1429'uncu madde hükmü sağlık sigortasında da uygulama alanı bulur.

<sup>125</sup> Alman Sigorta Sözleşmesi Kanunu'nda 162'nci maddesinin 2'nci fıkrasında açıkça üçüncü kişinin lehtar olarak atanmasından söz ettiğinden sigorta ettirenin lehtar olması halinde yine anılan maddenin 1'inci fıkrası uygulama bulur.

<sup>126</sup> Ulrike Mönnich, (Theo Langheid and Manfred Wandt), Münchener Kommentar zum VVG, Band 2, (2. Auflage, CH BECK 2017) VVG § 162, Rn 4.

Her ne kadar Türk Ticaret Kanunu'nun 1504'üncü maddesinin 1'inci fıkrasında mehz Alman Sigorta Sözleşmesi Kanunu'na uygun şekilde "*hukuka aykırı*" ifadesine yer verilmemişse de öğretilde, hukuka uygunluk sebeplerinin anılan hüküm bakımından da uygulama bulacağı ve bu hallerde sigorta ettiren kasten sigortalıyı öldürmüş veya öldürülmesinde suç ortaklığı etmiş olsa da sigortacının ödeme borcunun ortadan kalkmayacağı belirtilmektedir<sup>127</sup>.

*Can*, haklı olarak Türk Ticaret Kanunu'nun 1504'üncü maddesinin 1'inci fıkrasının sigortacının menfaatlerini ön plana çıkarmasını eleştirerek bu halde sigortacının bedel ödeme borcunun sona ermesi yerine, sigortadan doğan hakların sigortalının mirasçılara geçeceği- nin öngörülmesinin isabetli olacağı yönünde görüş serdetmiştir<sup>128</sup>. *Köroğlu Ölmez* ise eserinde "*Sigorta ettirenin sigortalıyı öldürmesi veya öldürülmesine suç ortaklığı etmesi ve lehtarın bu hususa ilişkin herhangi bir bilgisi ve dahli olmaması ihtimalinde, sigorta bedelinin lehtar tarafından talep edilebilmesi gerekir. Zira can sigortalarında lehtar olarak atanan kimse, sigorta bedelini talep etmeye yetkili kimse- dir. Bu noktada 1429'uncu maddenin, 1504'üncü maddeyi saklı tutar- ken amaçladığı husus; ilgili maddenin 2'nci fıkrasında olduğu gibi, si- gortacının tazmin borcunun ortadan kalkmaması olmalıdır. Bu nedenle 1504'üncü maddenin ilk fıkrasının da 2'nci fıkraya benzer bir düzenle- meye kavuşturulması daha isabetli olacaktır*" yönünde görüş beyan etmiştir<sup>129</sup>. *Köroğlu Ölmez*'in önerisinin hakkaniyetli bir çözüm olacağı kanaatindeyiz.

Türk Ticaret Kanunu'nun 1510'uncu maddesinde yapılan atıf ge- reği 1504/1 hükmü kaza sigortası bakımından da uygulama bulur. Her ne kadar 1504'üncü madde hükmünde sadece sigortalının öldü- rülmesi veya öldürülmesine teşebbüs edilmesinden söz edilmişse de burada anlaşılması gereken, sigortalanan olayın kasten gerçekleştirilmesi veya gerçekleştirilmesine teşebbüs edilmesidir. Bu nedenle 1504'üncü madde, kaza sigortalarında uygulanırken bu sigorta söz-

---

<sup>127</sup> Ünan, C III, (n 56) 174.

<sup>128</sup> Can (n 5) 197.

<sup>129</sup> Köroğlu Ölmez (n 53) 36.

leşmesinde teminat altına alınan sigortalanan olay nazara alınarak yorum yapılmalıdır. Dolayısıyla sigorta ettiren, sigorta bedelini ödeme borcunun doğmasını sağlamak amacıyla kasten sigortalının ölümüne veya kaza sigortasının kapsamı nazara alındığında geçici veya sürekli engelliliğine ya da iş göremezliğine yol açarsa sigortacının sigorta bedeli ödeme borcu ortadan kalkar.

Türk Ticaret Kanunu'nun 1519'uncu maddesinde, Türk Ticaret Kanunu'nun 1504'üncü maddesinin hastalık sigortasında uygulanmayacağı hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla bu halde genel hüküm niteliğindeki 1429'uncu madde uygulama alanı bulur<sup>130</sup>. Sigorta ettiren, kasten sigortalıya hastalık bulaştırırsa, bunu yapma saikine bakılmaksızın, sigortacı bedel ödeme borcundan kurtulur (TTK m 1429/1, c 2)<sup>131</sup>. Sigorta ettirenin, sigortalıya kasten hastalık bulaştırma ihtimali düşük gibi görünse de imkânsız değildir. Örneğin, bulaşı oldukça yüksek olan Covid 19 hastalığına yakalanan sigorta ettiren, sigortalı ile aralarında geçen bir kavga sebebi ile duyduğu öfkeden, kasıtlı olarak ona hastalığı bulaştırabilir. Bu durumda sigortacı tazminat borcundan kurtulur ve aldığı primleri geri vermez (TTK m 1429/1, c 2).

### **b. Sigortalının Kasıtlı Davranışının Sigorta Teminatından Yararlanma Hakkına Etkisi**

Türk Ticaret Kanunu'nun 1503'üncü maddesinin 1'inci fıkrasına göre sigortalı, yenilemeler de dâhil olmak üzere, en az üç yıldan beri devam eden ve ölüm ihtimaline karşı yapılan bir sözleşmede, bu süre geçtikten sonra intihar ederse veya intihara teşebbüs sonucu ölürse, sigortacı sigorta bedelini ödemekle yükümlüdür. Anılan hükmün mefhumu muhalifinden anlaşılacağı üzere sigortalı yenilemeler de dâhil sözleşmenin yapılmasından itibaren üç yıl geçmeden intihar ederse veya intihara teşebbüs sonucu ölürse sigortacı kural olarak sigorta bedelini ödemekten kurtulur. Ancak intiharın üç yıldan önce gerçek-

<sup>130</sup> Ünan, C III, (n 56) 461.

<sup>131</sup> Alman Sigorta Sözleşmesi Kanunu'nda da (VVG 2008) sigorta ettiren, sigortalının hastalığına kasten sebep olursa sigortacının bedel ödeme borcunun ortadan kalacağı hükme bağlanmıştır (m 201).

leştiği her halde sigortacının bedel ödeme yükümlülüğü son bulmaz. Sigortalının intiharı veya intihara teşebbüsü sonucu ölümü, akli melekelerindeki bir rahatsızlık sebebiyle üç yıldan önce gerçekleşmiş ise sigortacının sigorta bedelini ödeme borcu devam eder (TTK m 1503/2). Kanun koyucu böylece lehtarın yararına olacak şekilde Türk Ticaret Kanunu'nun 1503'üncü maddesinin 1'inci fıkrasının kapsamını daraltmıştır.

Sigortalının, esasen ölmek istemediği ancak sonucunda ölme ihtimalinin var olduğu bilinci ile hayatını riske attığı –örneğin, yangının içine dalıp birini kurtarmaya çalışması; silahlı çatışmada çocuğunu kurtarmak için öne atılması gibi- hallerde ölürse bunun intihar olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceği sorusu akla gelebilir. Sigortalının bu fiillerinin intihar olarak nitelendirilmemesi gerekir; zira bu hallerde aslında kendi hayatını sona erdirmeye kastı ile hareket etmemektedir<sup>132</sup>.

Türk Ticaret Kanunu'nun kaza sigortasına ilişkin 1510'uncu maddesinin ikinci fıkrasının "*Hayat sigortalılarına ilişkin diğer hükümler, kaza sigortası hakkında da kıyas yoluyla uygulanır.*" hükmü sebebi ile anılan Kanun'un sigortalının intiharına ilişkin 1503'üncü maddesi hükmünün kaza sigortalı bakımından da uygulama bulacağı kanaati hâsıl olsa da kaza sigortasının niteliği gereği 1503'üncü maddenin burada uygulanması mümkün değildir<sup>133</sup>. Zira kaza, sözlük anlamı ile "*İstem dışı veya umulmayan bir olay dolayısıyla bir kimsenin, bir nesnenin veya bir aracın zarara uğraması*"dır<sup>134</sup>. Oysa intihar, kişinin kendi iradesi ile hayatına son vermesidir. Dolayısıyla kişinin kaza sonucu intiharından söz etmek haliyle mümkün değildir. Esasen Türk Ticaret Kanunu'nun 1510'uncu maddesinde hayat sigortalılarına atf yaparken "*kaza sigortalılarının niteliğine uygun düştüğü ölçüde*" ifadesine yer verilmesi isabetli olurdu.

---

<sup>132</sup> Mönnich (n 109) VVG § 161, Rn 9.

<sup>133</sup> Ünan, C III, (n 56) 356.

<sup>134</sup> [www.tdk.gov.tr](http://www.tdk.gov.tr) (Erişim Tarihi: 05.08.2020).

Hastalık sigortasında ise 1503'üncü maddenin uygulanabilmesi, sözleşmede öngörülen rizikonun intihara teşebbüs nedeniyle gerçekleşmiş olmasına bağlıdır (TTK m 1519/2). Dolayısıyla sigorta sözleşmesinin yapılmasından itibaren üç sene geçmeden sigortalının intihara teşebbüs etmesi neticesinde sigorta sözleşmesinde teminat altına alınan hastalıklardan birinin ortaya çıkması –örneğin, sigortalının intihar etmek için içtiği ilaçların sigorta teminatı kapsamındaki böbrek yetmezliğine sebebiyet vermesi- halinde sigortacının bedel ödeme borcu sona erer. Ancak yenilemeler de dâhil üç yıllık sürenin geçmesinden sonra sigortalı, intihara teşebbüs etmesi nedeniyle teminat kapsamındaki hastalığa yakalanırsa sigortacının bedel ödeme borcu devam eder. Ayrıca üç yıllık süre geçmemiş olsa dahi sigortalının intihara teşebbüsü, akli melekelerindeki bir rahatsızlık sebebi ile gerçekleşmişse sigortacı yine bedel ödeme borcundan kurtulamaz.

### **c. Lehtarın Kasıtlı Davranışının Sigorta Teminatından Yararlanma Hakkına Etkisi**

Hayat sigortalarında lehtar, sigortalıyı öldürmüş veya onun öldürülmesinde herhangi bir şekilde suç ortaklığı etmişse, sigorta bedelinden mahrum kalır ve bu bedel ölenin mirasçılarına ödenir (TTK m 1504/2)<sup>135</sup>. Burada lehtarın hangi saikle sigortalıyı öldürdüğü önem arz etmez; ancak hükmün uygulanabilmesi için lehtarın kasıtlı hareket etmiş olması gerekir<sup>136</sup>. Dolayısıyla lehtarın ihmal ile sigortalının ölümüne sebebiyet vermesi, sigorta bedelinden mahrum kalması sonucunu doğurmaz. Öğretide lehtarın sigortalıyı öldürmesinde hukuka uygunluk sebepleri olması halinde de sigorta bedelinden mahrum kalmayacağı kabul edilmektedir<sup>137</sup>.

<sup>135</sup> Alman Sigorta Sözleşmesi Kanunu'nun 162'nci maddesinin 2'nci fıkrasında farklı bir düzenlemeye yer verilmiş ve lehtarın kasten sigortalıyı öldürmesi halinde lehtar tayininin yapılmamış sayılacağı hükme bağlanmıştır. Bu halde sigorta bedeli; lehtar tayin edilmeyen durumda hak sahibi kim olacağı onun hakkı olarak kabul edilir (Mönnich (n 109) VVG § 162, Rn 9.).

<sup>136</sup> Ünan, C III, (n 56) 176; Can (n 5) 197.

<sup>137</sup> Can (n 5) 197.

Türk Ticaret Kanunu'nun 1510'uncu maddesinde yapılan atıf gereği anılan Kanun'un 1504'üncü maddesinin 2'nci fıkrası kaza sigortaları bakımından da uygulama bulduğundan lehtar, hangi saikle olursa olsun kasten, sigortalının ölümüne veya kaza sigortasının kapsamı nazara alındığında geçici veya sürekli engelliliğine ya da iş göremezliğine yol açarsa sigorta bedelinden mahrum kalır. Öğretide, bu halde sigorta bedelinin kime ödeneceği konusunda ikili bir ayrıma gidilmiş ve lehtarın sigortalıyı kasten öldürmesi halinde 1504'üncü maddenin 2'nci fıkrası gereği sigorta bedelinin ölenin mirasçılarına ödeneceğini; bununla beraber lehtarın sigortalıyı kasten sakat bırakması halinde ise *"Lehtarın, sigortacıya karşı, istem hakkını kazanamaması hâlinde, bu hak sigorta ettirene, onun da ölmüş olması hâlinde, mirasçılarına geçer."* hükmünün yer aldığı Türk Ticaret Kanunu'nun 1495'inci maddesinin uygulama alanı bulacağını ifade etmiştir. Ancak kanaatimizce, daha önce de belirttiğimiz üzere 1504'üncü madde, kaza sigortalarında uygulanırken bu sigorta sözleşmesinde teminat altına alınan sigortalanan olay nazara alınarak yorumlanmalıdır. Dolayısıyla sigorta ettirenin, sigorta bedelini ödeme borcunun doğmasını sağlamak amacıyla kasten sigortalının ölümüne veya kaza sigortasının kapsamı nazara alındığında geçici veya sürekli engelliliğine ya da iş göremezliğine yol açarsa sigortalının sigorta bedeli ödeme borcunun sona ereceği ve bu bedelin ölenin mirasçılarına ödeneceği sonucuna varılır.

Türk Ticaret Kanunu'nun 1519'uncu maddesinde, Türk Ticaret Kanunu'nun 1504'üncü maddesinin hastalık sigortasında uygulanmayacağı hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla bu halde genel hüküm niteliğindeki 1429'uncu maddenin uygulama alanı bulacağı akla gelebilir. Ancak rizikonun kasten gerçekleştirilmesine dair 1429'uncu maddenin 1'inci fıkrasının 2'nci cümlesinde lehtar zikredilmemiştir. Bu halde lehtarın, hastalık sigortası sözleşmesinde teminat altına alınmış bir hastalığı kasten sigortalıya bulaştırması halinde nasıl bir yol izleneceği sorusu akla gelmektedir. Bu halde bir kanun boşluğunun olduğu aşikârdır. *Ünan'a* göre bu boşluğu hâkim dolduracaktır<sup>138</sup>. Hâkim

---

<sup>138</sup> Ünan, C III, (n 56) 461.



boşluğu doldururken kıyas yolunu uygulayabilir. Bu halde genel hükümlerde yer alması sebebi ile Türk Ticaret Kanunu'nun 1429'uncu maddesinin kıyasen uygulanabileceği kanaatindeyiz. Dolayısıyla lehtarın, hastalık sigortası sözleşmesi ile teminat altına alınmış bir hastalığı kasten sigortalıya bulaştırması halinde sigortacının ona karşı bedel ödeme borcu sona erer. Ancak Türk Ticaret Kanunu'nun 1495'inci maddesinin hastalık sigortasında da uygulama alanı bulması sebebi ile (TTK m 1519/1) sigortacının bedel ödeme borcu tamamen ortadan kalkmaz. Bu halde sigorta bedelini talep hakkı sigorta ettirene, onun da ölmüş olması hâlinde, mirasçılara geçer (TTK m 1495).

## 2. İhmal Davranışın Sigorta Teminatından Yararlanma Hakkına Etkisi

Daha önce de arz ettiğimiz üzere ihmal, ağırlık derecesine göre genellikle ağır ihmal ve hafif ihmal olmak üzere ikili bir ayrıma tabi tutulmaktadır<sup>139</sup>. Türk Ticaret Kanunu'nun 1429'uncu maddesinin 1'inci fıkrasında ihmalin ağırlığı nazara alınmaksızın sigortacı kural olarak sigorta ettirenin, sigortalının, lehtarın veya onların hukuken fiillerinden sorumlu oldukları kişilerin her türlü ihmalî davranışı ile sigortalanan olayı gerçekleştirmelerinden dolayı tazminat ödemekle sorumlu tutulmuştur. Sigortacının kasıt halinde sorumlu tutulmayıp ihmalin derecesi nazara alınmaksızın sorumlu tutulması öğretide “*ya hep ya hiç*” ilkesi olarak nitelendirmektedir<sup>140</sup>.

Türk Ticaret Kanunu'nun 1429/1, c 1 hükmünde yer alan “*aksine sözleşme yoksa*” ifadesinden de açıkça anlaşılacağı üzere hüküm, emredici nitelik arz etmediğinden tarafların anlaşarak sigortacının anılan hükümde sayılan kimselerin ihmalinden sorumlu olmayacağını kararlaştırmaları mümkündür.

Alman hukukunda ise ihmalin ağırlık derecesine göre bir ayırım yapılmış ve ağır ihmal hali tazminattan indirim sebebi olarak kabul

<sup>139</sup> Nomer (n 93) 167; Tandoğan (n 93) 54; Kılıçoğlu, Borçlar, (n 105), 407; Turan Başara (n 95) 136. Bununla beraber *Eren* ihmalî; ağır ihmal, orta ihmal ve hafif ihmal olarak 3 türe ayırmaktadır (Eren (n 87) 601 vd).

<sup>140</sup> Ünan, C I, (n 5) 302.

edilmiştir (VVG 2008 § 81/2). Bu düzenleme, sigorta ettirenin böyle bir yaptırımın varlığı halinde sigortalanan olayın gerçekleşmemesi için daha özenli davranmasına sebebiyet vermesi açısından isabetlidir.

İsviçre hukukunda da bu hususta ayrıma gidilmiş; ağır ihmal ve hafif ihmal durumları ayrı ayrı değerlendirilerek sigortacının sorumluluğunun kapsamı belirlenmiştir (bkz İsviçre Sigorta Sözleşmesi Kanunu m 14/2-4). Ağır ihmal halinde sigortacının tazminat veya sigorta bedelinden indirim hakkı kabul edilmişken; hafif ihmal halinde ise sigortacının sigorta tazminatının veya bedelinin tamamından sorumlu olacağı kabul edilmiştir<sup>141</sup>. İsviçre öğretisinde, ağır ihmal halinde sigortacının zararın tamamından sorumlu tutulmayıp da zararın bir kısmına katlanma yükümlülüğünün sigorta ettiren ya da sigortalı üzerinde bırakılmasının; bu kimselerin sigortalanan olayın gerçekleşmemesi için gerekli özeni göstermelerini sağlamak ve kötünietli olarak sigorta sözleşmesinden doğan edimi elde etmelerini önlemek bakımından önemli olduğu ifade edilmektedir<sup>142</sup>.

Bununla beraber *Mauerer*, İsviçre Sigorta Sözleşmesi Kanunu'nun 14'üncü maddesinin 3'üncü fıkrası hükmünde sayılan üçüncü kişinin ağır ihmali ile sigortalanan olaya sebebiyet vermesi halinde sigortacının ediminde indirime gidilebilmesi için ayrıca sigorta ettiren veya sigortalının da bu kimselerin fiillerini denetlemekte ağır ihmalinin olması gerektiği ve ihmalin derecesinde de sigorta ettiren veya sigortalının ihmalinin ağırlığının nazara alınması gerektiğini ifade etmektedir<sup>143</sup>.

Türk Ticaret Kanunu'nun 1429'uncu maddesinde sigortacının ağır ihmalden de sorumlu tutulması ve bu nedenle fiilleri sigorta teminatında olan kimselerin rizikonun gerçekleşmemesi için özenli

---

<sup>141</sup> Monn (n 22) 96.

<sup>142</sup> *Felix Walter Lanz, Adverse Selection und Moral Hazard in der Privat- und Sozialversicherung, Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft, Band 77, (Schulthess, 2014) 173. Aynı yönde Alman doktrinine ilişkin bkz Rainer Heß, (Michael Roland Beckman and Annemarie Matusche Beckmann), Versicherungsrechts-Handbuch, (3. Auflage, CH BECK 2015) § 81 VVG, Rn 4).*

<sup>143</sup> Mauerer (n 19) 272.

davranmayacakları riski sebebi ile hüküm eleştirilebilir olsa da hüküm emredicilik arz etmediği, aksinin kararlaştırılmasının mümkün olduğu da gözden kaçırılmamalıdır.

## SONUÇ

Türk Ticaret Kanunu'nun 1429'uncu maddesi, sigorta teminatı kapsamındaki olaya sigorta ettirenin, sigortalının veya bunların fiillerinden hukuken sorumlu oldukları kişiler ile lehtarın kusurları ile sebebiyet vermeleri halinde bu durumun sigorta teminatına nasıl etki edeceğini düzenlemiştir. Anılan düzenlemede yer alan sigorta ettirenin ve sigortalının "*hukuken fiillerinden sorumlu oldukları kişiler*"in kimler olduğunun tespiti sigorta tazminatının ödenmesi bakımından önem arz eder. Anılan hükmün lafzi yorumu halinde "*sigorta ettirenin ve sigortalının hukuken fiillerinden sorumlu oldukları kişiler*"; gerçek kişiler bakımından, Türk Medeni Kanunu hükümleri uyarınca velayet ve vesayet altında olan çocuklar ile kısıtlıları ve Türk Borçlar Kanunu'nun 66'ncı maddesi kapsamında çalışanları kapsar. Tüzel kişiler bakımından ise tüzel kişinin organ sıfatını taşımayan -zira organ iradesi bizzat şirket iradesi sayılır- ancak şirketin temsil yetkisi verdiği kimseler tüzel kişinin fiillerinden sorumlu olduğu kişiler arasında sayılabilir. Ancak yargı kararlarında "*sigorta ettirenin ve sigortalının hukuken fiillerinden sorumlu oldukları kişiler*" daha geniş yorumlanmakta ve genellikle zilyetliğin uzun süre devredildiği ve devredilen şey üzerinde kullanma hakkının bahşedildiği kişiler de hükmün kapsamında zikredilmektedir. Türk Ticaret Kanunu'nun 1429'uncu maddesinin kapsamının dar olması, buna karşın yargı kararlarında kapsamının kimi zaman geniş yorumlanması ve öğretilerdeki tartışmalar nazara alındığında hükmün tekrar düzenlenmeye muhtaç olduğu; bu kapsamda mal sigortalarında özellikle aynı çatı altında yaşayanları da tereddütsüz bir şekilde 1429'uncu maddenin kapsamına sokabilmek için anılan düzenlemenin tekrar ele alınmasının faydalı olacağı kanaatindeyiz. Ancak sorunun çözümü için bu husus yeterli olmayacaktır. Zira asıl sorun sigortacının halefiyet ilkesi kapsamında 1429'uncu

maddede sayılan kimselere rücu hakkının olup olmadığı noktasında karşımıza çıkmaktadır. Türk Ticaret Kanunu'nun halefiyete ilişkin hükümlerinde (m. 1472, m. 1481) 1429'uncu maddede sayılan kişiler açıkça zarardan sorumlu tutulanların kapsamı dışında sayılmadığından sigortacının bazı hallerde bu kimselere rücu hakkı gündeme gelebilecektir. Bu husus öğretide ve yargı kararlarında tartışmalıdır. Söz konusu tartışmaları ortadan kaldırmak amacıyla halefiyete ilişkin düzenlemelerde "*sorumlular*"dan kimlerin anlaşılmasının gerektiğinin açık bir şekilde düzenlenmesi isabetli olacaktır.

Türk Ticaret Kanunu'nun 1429'uncu maddesi her ne kadar tüm sigorta türlerini kapsayacak şekilde genel hükümlerde yer almaktaysa da hükmün 2'nci fıkrasında can sigortalarına ilişkin Kanununun 1495'inci, 1503 ve 1504'üncü maddeleri saklı tutulduğundan 1429'uncu maddenin can sigortalarında uygulanması neredeyse imkânsız hale gelmiştir. Sigorta teminatının kapsamı, zarar sigortalarında ve can sigortalarında farklı esaslara tabi kılındığından ve sigorta ile ilgili kişilerin sigorta türlerine göre farklılaşması nedeniyle genel hükümler yerine sigorta türlerine ilişkin özel hükümlerde her biri için ayrı düzenlenme yapılması daha isabetli olacaktır.

Konuya ilişkin bir eleştiri de hastalık sigortaları bakımından getirilebilir. Türk Ticaret Kanunu'nun can sigortasının bir türü olan hastalık sigortalarına ilişkin 1519'uncu maddesinde, lehtarın sigortalıyı öldürmesine ilişkin 1504'üncü maddesinin bu sigorta türü bakımından uygulanmayacağı hüküm altına alınmıştır. Ayrıca rizikonun kasten gerçekleştirilmesine dair genel hüküm niteliğindeki 1429'uncu maddenin 1'inci fıkrasının 2'nci cümlesinde lehtarın adı zikredilmediğinden lehtarın, hastalık sigortası sözleşmesinde teminat altına alınmış bir hastalığı kasten sigortalıya bulaştırması halinde nasıl bir yol izlenmesi gerektiği hususunda kanuni bir boşluk olduğu görülmektedir. Kanun koyucunun bu boşluğu dolduracak bir hüküm sevk etmesi isabetli olacaktır. Kanun'da bir düzenleme yapılanaya kadar bu halde, her ne kadar lehtarın adı açıkça zikredilmemiş olsa da genel hüküm niteliği arz etmesi sebebi ile Türk Ticaret Kanunu'nun 1429'uncu maddesinin 1'inci fıkrasının 2'nci cümlesinin kıyasen uygulanabilece-

ği kanaatindeyiz. Dolayısıyla lehtarın, hastalık sigortası sözleşmesi ile teminat altına alınmış bir hastalığı kasten sigortalıya bulaştırması halinde sigortacının ona karşı bedel ödeme borcunun sona erdiği; ancak Türk Ticaret Kanunu'nun 1495'inci maddesinin hastalık sigortasında da uygulama alanı bulması sebebi ile (TTK m 1519/1) sigortacının bedel ödeme borcunun tamamen ortadan kalkmadığı, sigorta bedelini talep hakkının sigorta ettirene, onun da ölmüş olması hâlinde, mirasçılara geçtiğinin kabulü gerekir (TTK m 1495).

### **KAYNAKÇA**

- Armbrüster C, Privatversicherungsrecht, (Mohr Siebeck 2013).
- Armbrüster C (Prölss/ Martin), Versicherungsvertragsgesetz: VVG, (30. Auflage, C H BECK 2018).
- Arseven H, Sigorta Hukuku (2. Bası, Beta Yayınları 1991).
- Atamer K, 'Yeni Türk Ticaret Kanunu Uyarınca "Zarar Sigortaları"na Giriş' (2011) 27 (1) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 21-106.
- Atabek R, Sigorta Hukuku, (Duygu Matbaası 1950).
- Avcı Z, Rizikonun Gerçekleşmesinde Kusurun Sigorta Tazminatı ve Sigorta Bedelinin Ödenmesine Etkisi, (Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2019) (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi).
- Ayhan R, Çağlar H ve Özdamar M, Sigorta Hukuku Ders Kitabı (2. Bası Yetkin 2019).
- Bahtiyar M, 'Sigorta Poliçesi Genel Koşulları', (1997) 19 (2) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 89-111.
- Baumann H, (Baumann, H/Beckmann, R M/ Johannsen, K/ Johannsen, R), Bruck/Möller Versicherungsvertragsgesetz, Großkommentar, Dritter Band, §§ 74-99 (9. Auflage, De Gruyter 2010).

- Bilge ME, Sigorta Tazminatını Alan Sigortalının Zarar Veren Üçüncü Şahısla Yaptığı işlemlerin Sigortacının Halefiyeti Üzerindeki Etkisi ve Yargıtay Uygulaması, Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı 67-83.
- Bozer A, Sigorta Hukuku, (2. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2009).
- Can M, Türk Özel Sigorta Hukuku, C I (1. Bası, Adalet 2018).
- Çağa T, 'Özel Hüküm Genel Hükümü Daima Bertaraf Eder mi?', (1991) 3 (3) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 366-375.
- Deutsch E, Versicherungsvertragsrecht, (Verlag Versicherungswirtschaft VVW 1984).
- Ehrenzweig A, Deutsches Versicherungsvertragsrecht (Springer 1952).
- Eichler H, Versicherungsrecht (Versicherungswirtschaft 1966).
- Eren F, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (22. Bası, Yetkin 2017).
- Günay B, Sigorta Hukuku, (2. Bası, Seçkin 2020).
- Gündoğdu V, Sigorta Genel Şartları (Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2011).
- Günther D, Der Regress des Sachversicheres, (6. Auflage, VVW-Verlag Versicherungs 2015).
- Hacıömeroğlu OA, Sorumluluk Sigortasında Sigorta Himayesinin Kapsamı, (Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2017) (Yayımlanmamış Doktora Tezi).
- Heiss H, (Baumann H, Beckmann R, Johannsen K and Johannsen R), Großkommentar der Praxis, (De Gruyter 2008).
- Heß R, (Beckman R and Beckmann A M), Versicherungsrechts-Handbuch, (3. Auflage, C H BECK 2015).

- Kaner İ, ‘Zarar Sigortalarında Sigorta Ettirenin Tehlike İle İlgili Görevleri’ (1994) 54. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 303-319.
- Karasu R, ‘6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun Sorumluluk Sigortalarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi’ (2015), 6, (4) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 683-706.
- Karayalçın, Y, Risk-Sigorta-Risk Yönetimi (Olgaç Matbaası, 1984).
- Karayalçın Y, Hukukta Öğretim-Kaynaklar-Metod Problem Çözme (5. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2001.
- Kayıhan Ş ve Günergök Ö, Türk Özel Hukuku Dersleri (5. Bası, Umuttepe 2020).
- Kayıhan Ş ve Bağcı Ö, Türk Özel Sigorta Hukuku Dersleri (3. Bası, Umuttepe 2018).
- Kayıhan Ş, ‘Zarar Sigortalarında Sigortacının Halefiyeti’, Prof Dr Cevdet Yavuz’a Armağan, 2012 1595-1624).
- Kender R, Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku, (15. Bası, Oniki Levha 2016).
- Kılıçoğlu AM, ‘Özel ve Sosyal Sigortalarda Halefiyet ve Rücu’ 1974 (34) 1 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.
- Kılıçoğlu AM, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, (21. Bası, Turhan 2017) (Borçlar).
- Kızılsümer B, Sigortacının Kanuni Halefiyetinin Şartları ve Sınırları (Oniki Levha 2019).
- Koenig W, Schweizerisches Privatversicherungsrecht (H Lang 1967).
- Koroğlu Ölmez B, Sigorta Hukukunda Zenginleşme Yasağı, (Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2020) (Yayımlanmamış Doktora Tezi).

- Küçük D, ‘Kara Taşıtları Kasko Sigortası Bağlamında, Türk Ticaret Kanunu’nun 1429/1. Maddesinde Geçen “Sigorta Ettiren Veya Sigortalının Fiilinden Sorumlu Olduğu Kişiler” Kavramına İlişkin Kısa Bir Değerlendirme’, (2020), 11, (1), İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi – İnÜHFD (39-55).
- Langheid T, (Langheid T and Rixecker R), *Versicherungsvertragsgesetz*, (6. Auflage, C H BECK 2019).
- Lanz FW, *Adverse Selection und Moral Hazard in der Privat- und Sozialversicherung, Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft, Band 77*, (Schulthess, 2014).
- Littbarski S*, (Langheid T and Wandt M), *Münchener Kommentar zum VVG, Band 2, §§ 100-216*, (2. Auflage, C H BECK 2017).
- Mauerer A, *Einführung In Das Schweizerische Privatversicherungsrecht* (Stämpfli 1976).
- Monn V, ‘Von ausgeschlossenen Verhaltensweisen im Privatversicherungsrecht’ (2008) *HAVE (Haftung und Versicherung)* 93-110.
- Möller H and Segger S, (Langheid T and Wandt M), *Münchener Kommentar zum VVG, Band 1*, (2. Auflage, C H BECK 2016).
- Mönnich U, (Langheid T and Wandt M), *Münchener Kommentar zum VVG, Band 2*, (2. Auflage, C H BECK 2017).
- Nomer HN, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (Beta 2017).
- Öztuna Sopacı B, ‘Yeni Türk Ticaret Kanunu’nun Sigortacının Kanuni Halefiyetine İlişkin Düzenlemelerinin Alman Sigorta Sözleşmesi Kanunu’ndaki Düzenlemelerle Birlikte Değerlendirilmesi’, (2012) 28 (3), *BATİDER*, 117-151.
- Öztuna Sopacı B, ‘Zarar Görene Karşı İfa Yükümlülüğü’, *Sigorta Hukuku Sempozyumları*, (2018 Oniki Levha Yayıncılık).
- Pulaşlı H, *Şirketler Hukuku Şerhi, C I* (3. Bası, Adalet 2018).



- Rixecker R (Langheid T ve Rixecker R), *Versicherungsvertragsgesetz* (6. Auflage, C H BECK 2019).
- Sayhan İ, *Sigorta Sözleşmesinin Konusu* (Yetkin 2001).
- Schneider WT, (Beckmann R and Beckmann M A) *Versicherungsrechts-Handbuch*, (3. Auflage, C H BECK 2015).
- Schwintowski HP, (Honsell H) *Berliner Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz*, Volume III, (Springer, 1998).
- Sieber P and H Heinz, (Fischer W and Luterbacher T) *Haftpflichtkommentar, Kommentar zu den Schweizerischen Haftpflichtbestimmungen* (1. Auflage DIKE 2016).
- Şenocak K, ‘Türk Ticaret Kanunu’nun Mal Sigortasına İlişkin Hükümlerinin Sorumluluk Sigortalarına Uygulanabilirliği’, (2009) 58 (1) *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 189-230 (Mal Sigortası).
- Şenocak K, ‘Hayatı Sigorta Edilecek Kişi (Riziko Şahsı) (TTK m 1490)’ (2012) 28 (4) *BATİDER* 47-79 (Riziko Şahsı).
- Şenocak K, (Samim Ünan ve Emine Yazıcıoğlu) ‘TTK m 1412 Anlamında Sigorta Ettirenin Temsilcileri’, *Sigorta Hukuku Sempozyumları*, (2018 Oniki Levha Yayıncılık), 193-199 (Temsilci).
- Şenocak K, *Üçüncü Şahıs Lehine Hayat Sigortası Sözleşmesi*, (1. Bası, Turhan 2009). (Üçüncü Şahıs).
- Şenocak K, *Hukuki Himaye Sigortası*, (1. Bası, Dayınlarlı 1993) (Himaye).
- Şenocak K, ‘Sorumluluk Konusu Olaya Kasten Sebep Olma (TTK m. 1477)’, *Sigorta Hukuku Sempozyumları*, (2018 Oniki Levha Yayıncılık) (Sorumluluk).
- Şenocak Z, *Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu* (1. Bası, Dayınlarlı 1995).

- Tandoğan H, Türk Mes'uliyet Hukuku (Vedat 2010).
- Tekinalp Ü, Çamoğlu E ve Poroy R, Ortaklıklar Hukuku I, (14. Bası, Vedat 2019).
- Topsoy F, 'Başkasının Hayatı Üzerine Yapılan Sigorta Sözleşmelerinde Menfaat' (2015) 31 (2) BATİDER 131-163.
- Turan Başara G, Kişiliğin İhlalinden Kaynaklanan Maddi ve Manevi Tazminat İle Haksız Kazancın İadesi (Turhan 2018).
- Uluğ İ, 'Sigorta Hukukunda Riziko Kavramı ve Bu Kavramdaki Değişiklikler', Türkiye'de Sigorta Hukukunun Sorunları ve Geleceği Sempozyumu (Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 19-20 Kasım 2004, 308-349).
- Ünan S, İsteğe Bağlı Genel Sorumluluk Sigortasında Riziko (Beta 1998).
- Ünan S, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Altıncı Kitap: Sigorta Hukuku, Cilt I, Birinci Kısım: Genel Hükümler (Madde 1401-1452), (1. Bası, Oniki Levha 2016) (C I).
- Ünan S, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Sigorta Hukuku Cilt II, Sigorta Türlerine İlişkin Özel Hükümler, Birinci Bölüm, Zarar Sigortaları (Madde 1453-1486), (1. Bası, Oniki Levha 2018) (C II).
- Ünan S, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Altıncı Kitap: Sigorta Hukuku, C. III, Sigorta Türlerine İlişkin Özel Hükümler, İkinci Bölüm, Can Sigortaları (Madde 1487-1520), (1. Bası, Oniki Levha 2017) (C III).
- Von GJ, Versicherungsrecht (Enke 1947).
- Wandt M, (Langheid T. and Wandt M.), Münchener Kommentar zum VVG, Band 1, (2. Auflage, C H BECK 2016).
- Yazıcıoğlu E, 'TTK'nın Mal Sigortalarında Sigortacının Halefiyetine İlişkin Düzenlemesi Hakkında' (2017) 16 (2-3) İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 331-363 (Mal Sigortası).

Yazıcıoğlu E, ‘Mal Sigortalarında Sigortacının Kanuni Halefiyetine İliş-  
kin Bazı Hususlar, Sigorta Hukuku Sempozyumları (2018 Oniki  
Levha Yayıncılık).

Yazıcıoğlu E ve Şeker Öğüz Z, Sigorta Hukuku, (On İki Levha Yayıncılık  
2019).

[www.tdk.gov.tr](http://www.tdk.gov.tr)

## **YARGITAY KARARLARI ÇERÇEVESİNDE KREDİ BORÇLUSUNUN ERKEN ÖDEME VE YENİDEN YAPILANDIRMA HAKKI**

*Credit Borrower's Right to Early Payment And Restructuring Within The Frame of Supreme Court Decisions*

***Dr. Öğr. Üyesi Çiğdem Mine YILMAZ\****

### **Özet**

Türk hukukunda konusu para olan tüketim ödöncü sözleşmeleri, Borçlar Kanunu ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da düzenlenmiştir. Ticari ödöncü sözleşmelerinde taraflar arasında kararlaştırılmamış olsa dahi faiz istenebileceği Borçlar Kanun'unda açıkça düzenlenmiştir. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da da “*tüketici kredisi sözleşmeleri, kredi verenin tüketiciye faiz veya benzeri menfaat karşılığında ödöncü veya benzeri finansman araçlarıyla kredi verdiği veya kredi vermeyi taahhüt ettiği sözleşme*” olarak tanımlanmıştır. Bu tanımdan da ödöncü verenin faiz alma hakkının bulunduğu sonucu çıkarılmaktadır. Bu tip sözleşmelerde tüketici ve tacirler bazı sebeplerle kısmi ödemede bulunma ya da yeniden yapılandırma yolunu tercih etmektedirler.

---

\* Bursa Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, [ciğdemineyilmaz@gmail.com](mailto:ciğdemineyilmaz@gmail.com); [ciğdemine@uludag.edu.tr](mailto:ciğdemine@uludag.edu.tr), ORCID- ID: 0000-0003-2961-0040

Erken ödeme veya yeniden yapılandırma yoluna başvurulduğunda taraflar bir takım haklara sahip olurken bir yandan da yükümlülük altına girmektedir Kredi alan taraf erken ödeme ve yeniden yapılandırma halinde bir takım ücretleri ödemekle yükümlü tutulmaktadır. Bu yükümlülüklerin sözleşmede kapsamının belirtilmemesi, tüketicinin bilgilendirilmemesi, tüketicinin serbest iradesi ile ödemeyi kabul etmemiş olmasından kaynaklanmaktadır.

### **Abstract**

In Turkish law, consumer credit contracts incorporating the money as the subject are regulated by the Code of Obligations and the Consumer Protection Law. Regarding the commercial credit contracts, it is stated in the Code of Obligations that interest might be requested even if the parties have not determined any. In the Consumer Protection Law, the consumer credit contracts are defined as “*the contract, in which creditor offers or promises credit through a loan or similar financial instruments to the consumer in return for an interest or a similar benefit*” and it is suggested that creditor has right to receive interest. However, because the economic conditions in our country result in a rapid change in the interest rates, borrower consumers/merchants opt for making a partial payment or restructuring the contract in favor of the borrower due to the changing conditions.

In case of early payment or restructuring the debt, the parties have certain rights and also certain liabilities. In case of an early payment or restructuring, the credit borrower is obliged to pay certain fees. There are significant disputes in banking about which ones among these fees shall be collected and which ones shall not, because these fees are not specified in the contracts or, even if specified, the amount of fee is not specified or, even if specified, the consumer has not been informed and the consumer has not accepted to pay with his/her free will.

## Giriş ve Konunun Sınırlandırılması

6502 sayılı<sup>1</sup> Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un "Tüketici Sözleşmeleri" başlıklı Dördüncü Kısımında çeşitli sözleşme tipleri düzenlenmiştir. Bunlardan Taksitle Satış Sözleşmesi, Tüketici Kredisi Sözleşmesi ve Konut Finansmanı Sözleşmesinde tüketicinin erken ödeme hakkı ve bu ödeme karşılığında gerekli faiz indiriminden bahsedilmiştir. Uygulama ve yargı kararlarında, tüketici kredisi ve konut finansman sözleşmelerinden kaynaklı borçların erken ödenmesi ve yeniden yapılandırılması ihtilaf konusu olmaktadır. Yargı kararlarındaki nicel çoğunluk sebebiyle, kredi alan sıfatıyla tacirlerin de erken ödeme ve yeniden yapılandırma halinde sahip olduğu hak ve yerine getirmek zorunda olduğu yükümlülüklerin tespiti gerekir.

Erken ödeme halinde, tüketicinin indirim talep edebilmesinin yanında kredi kullandıran kuruluşun bu ödeme dolayısıyla kanundan kaynaklanan bir ücret talep hakkı<sup>2</sup> doğmaktadır. Ne var ki erken ödeme ile yeniden yapılandırma kavramlarının karıştırılmasından dolayı yeniden yapılandırma halinde de tüketiciden ücret talep edildiği görülmektedir. Bu sebeple iki kavramın mevzuat ve yargı kararlarında nasıl değerlendirildiği ele alınmaya çalışılacaktır.

## I- TÜRK BORÇLAR KANUN'UNDA ERKEN ÖDEME KAVRAMI

Türk Borçlar Hukukunda, borcun alacaklı tarafından talep edilebilmesi için muaccel olması gerekir. Borcun muacceliyeti ile ifa edilebilir olması somut olaya göre aynı ya da farklı zamanda gerçekleşebilir. Çoğunlukla bu ikisi aynı zamanda olmakla beraber, borçlu edimi henüz muaccel olmadan da ifa edebilir. "Erken ifa yetkisi" olarak adlandırılan bu yetki Türk Borçlar Kanunu'nun 96. Maddesinde düzenlenmiştir. "Sözleşmenin hükümlerinden veya özelliğinden ya da duru-

<sup>1</sup> 07.11.2013 tarihinde kabul edilen 6502 sayılı Kanun 28.05.2014 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiştir.

<sup>2</sup> 5582 Sayılı Kanunla hukukumuzda giren erken ödeme ücreti yerine doktrinde haklı olarak "erken ödeme cezası" ifadesi de kullanılmaktadır. Topaloğlu, Mustafa, "Mortgage Kredilerinde Erken Ödeme Ücreti ( Cezası) ", Prof. Dr. Attila Özer'e Armağan, Ankara 2010, s. 185-221.

*mun gereğinden tarafların aksini kastettikleri anlaşılmadıkça borçlu, edimini süresinin sona ermesinden önce ifa edebilir.*” şeklindeki ifadeyle borçlu erken ödemeye yetkili kılınmaktadır. Bazı yazarlara göre bu madde ile borçlu lehine konulmuş yetkiden değil, erken ifada bulunabilme hakkından söz edilmektedir<sup>3</sup>. Nitekim borçlunun ifa teklifini kabul etmeyen alacaklının mütemerrit duruma düşmesi de, aslında “kabul zorunluluğunu” işaret etmektedir. Bir başka deyişle, borçlu ifaya yetkili olduğu halde, alacaklı borçlunun ifa teklifini ret edememektedir.

Borçlunun “erken ifa” hakkı kural olarak kabul edilmiştir. Ancak bu hak sözleşme hükümleri, sözleşmenin niteliği, durum ya da kanun hükümleri gereğince sınırlanabilir. Örneğin, sözleşmede “kesin vade” öngörülmüşse, borçlu vaktinden önce ifada bulunamamaktadır<sup>4</sup>. Yine, sözleşmenin niteliği gereği faizli ödünç sözleşmelerinde alacaklı sözleşme süresince faiz alacağı elde edeceğinden, borçlunun vaktinden önce yapacağı ifayı reddedebilir. Zira böyle bir sözleşmede, erken ifa alacaklının aleyhine sonuç doğuracak erken ifa bu sebeple kabul edilmeyecektir. Hatta Tandoğan’a göre<sup>5</sup> faizli ödünç sözleşmesinde, süresinden önce kredinin tamamının iade edilmesi halinde ödünç alanın sözleşme süresi sonuna kadar işleyecek faizi de ödemesi gerekir. Yine somut olayın özelliği de erken ifaya imkân vermeyebilir. Özellikle maddi edimleri içeren sözleşmelerde, erken ifanın kabulü pek mümkün görünmemektedir. Alacağın muacceliyeti ile ifa edilebilirliğinin farklı kavramlar olduğu kendisini burada göstermektedir<sup>6</sup>. İstisnalardan sonuncusu da, bazı kanun hükümlerinin alacaklıya ifayı

<sup>3</sup> Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, 24. Baskı, Ankara 2019 s. 1071 .

<sup>4</sup> Nomer, Haluk N., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, XV. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2017, s. 328; Eren s. 1072; Hatemi/Gökyayla, vadesi gelmemiş borcu “ertelenmiş borç” olarak adlandırmaktadır. Hatemi Hüseyin /Gökyayla K. Emre: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, s. 230.

<sup>5</sup> Tandoğan Haluk, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C.I/2, 4. Tıpkı basım, Vedat 2008, s. 363.

<sup>6</sup> Tekinay Selahattin Sulhi /Akman Sermet /Burcuoğlu Haluk/Altop Atilla, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Filiz Yayınevi, 1993, İstanbul.

red hakkı tanınmasıdır<sup>7</sup>. Örneğin Türk Ticaret Kanununun 710. maddesi, poliçe hamilinin vadesinden önce ödemeyi kabule mecbur olmadığını yani alacaklının erken ifayı red hakkını düzenlemiştir.

Borç erken ifa edilmiş olsa da, ifa edildiği sırada “*mevcut bir borç*” niteliğindedir. Bir başka deyişle, borçlu, borç olmayan bir şeyi ifa etmemiştir<sup>8</sup>. Dolayısıyla, alacaklıdan bu alacağı tekrar talep edemez. Çalışma konumuz açısından, erken ifada bulunan borçlunun, alacaklıdan indirim talep hakkı TBK. m. 96’da düzenlenmiştir. Söz konusu hükmün son cümlesi “*Ancak kanun, sözleşme veya adet gereği olmadıkça, borçlu erken ifada bulunması sebebiyle indirime bulunulmasını isteyemez.*” diyerek olumsuz tarzda düzenlemiştir<sup>9</sup>. Müflisin faizsiz borçlarının önceden ödenmesi veya taksitli satışlarda, tüketici kredilerinde, konut finansman sözleşmesinden doğan kredilerde<sup>10</sup> (İİK. m.195/II, TBK. m. 258 ) erken ifa halinde indirim yapılması kanun gereğidir<sup>11</sup> . Çalışma konumuzda incelenecek olan erken ifa halinde yapılabilecek indirim de kanun hükmüne dayanmaktadır.

## **II- KREDİ SÖZLEŞMELERİNDE ERKEN ÖDEME HAKKI VE SONUÇLARI**

### **A- Kredi Alan**

Erken ödeme halinde uygulanacak hükümler açısından kredi alanın tespit edilmesi gereklidir. Zira kredi alanın tüketici ya da tacir olması halinde uygulanacak hükümler farklıdır. Bu sebeple öncelikle TKHK’nın ilgili hükümlerini değerlendirmek gerekir.

---

<sup>7</sup> Eren, s. 1072.

<sup>8</sup> Eren, s. 1072.

<sup>9</sup> İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, borçlunun borcunu vaktinden önce ifa etmesi sebebiyle indirim yerine, Kanunda düzenlenmemiş olan ancak uygulamada özellikle eser sözleşmelerinde, “*erken bitirme primi*” adı altında kararlaştırılan ilave edimi talep yetkisi doğacaktır. Kılıçoğlu, Ahmet, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Turhan Kitabevi, Ankara 2019, s. 375.

<sup>10</sup> Aslan, İ.Yılmaz, Tüketici Hukuku Dersleri, 2019, s. 205. ; Kılıçoğlu, s. 375.

<sup>11</sup> İnan, Ali Naim/ Yücel, Özge, İnan Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Seçkin, Ankara 2014, s. 596.



Tüketici, TKHK. m. 3/k'da *"Ticari ve mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi"* olarak tanımlanmıştır. Bu tanımdan *"edinme, kullanma veya yararlanma"* olarak değerlendirilebilecek *"hareket etme"* nin tüketici açısından ticari veya mesleki olmayan amaçlarla olması gerektiği anlaşılmaktadır. Yapılan değişiklikle *"özel amaç"* kavramına hem açıklık getirilmiş hem de AB mevzuatı ile tam uyum sağlanmıştır.

*"Özel amaç"* teriminin ne anlama geldiği tam olarak anlaşılamadığından doktrin ve uygulamada farklı yorumlar yapılmakta idi. Bu terimin *"ticari olmayan amaç"* olarak kullanıldığı söylenebilir. Nitekim Yargıtay da<sup>12</sup>, doktrin de<sup>13</sup> bu terimi *"ticari olmayan amaç"* şeklinde yorumlamıştır. Zira kanun koyucu değişiklik öncesinde de literatürde *"amaç teorisi"* olarak adlandırılan ve sözleşme tarafının işlem iradesini esas alan bir yaklaşımı benimsemiştir.

Modern tüketici hukukunda genel kabul görmüş olan amaç teorisine göre özel hukuk kapsamında yer alan özel nitelikli kuralların somut hukuki ilişkiye uygulanmasında belirleyici ölçüt tarafların işlem iradesidir. Zira *"tüketici sözleşmesi"* olarak nitelendirilen sözleşmelerde tüketici, ticari veya mesleki amaç dışında özel amacın gerçekleştirilmesini hedefler. Bu teoriye göre tüketici, hukuki ilişki kapsamında üstlendiği rol, bir başka deyişle sözleşmeyle takip ettiği ekonomik amaç dolayısıyla *"tüketici"* sıfatını kazanır. Ticari olmayan amacın yanı sıra mesleki olmayan amacın da eklenmesi suretiyle TKHK. kapsamına girecek işlemler bir ölçüde daraltılmıştır. Ne var ki meslekleri ile doğrudan alakalı işlem yapanların gerekli uzmanlığa sahip oldukları ve satıcı - sağlayıcı karşısında zayıf durumda olmadıkları, özel korumaya ihtiyacı olmadığı için bunların tüketici kavramı dışında tutulması isabetli olarak kabul edilmelidir. Nitekim, muaye-

<sup>12</sup> Yar. HGK. 11.10.2000 t. , 2000/1255 E. 2000/1249 K. no. Karar; Erişim: <https://0211z18lg-y-https-www-hukukturk-com.proxy.uludag-deep-knowledge.net/yargitay-kararlari?q=ticari+olmayan+ama%c3%a7&Mevzuat=3277>

<sup>13</sup> Ozanoğlu Hasan Seçkin, "Tüketici Sözleşmeleri Kavramı( Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Maddi Anlamda Uygulama Alanı) " 2001, C. 50, Sa:1, s. 55-90, s. 60, Erişim: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/629327>

nehanesine röntgen cihazı alan röntgen uzmanı bir doktorun ya da fırça veya boya satın alan bir ressamın tüketici olarak kabul edilmemesi hakkaniyete de uygun düşer. Doktrinde, hukukumuzda tüketici-tüccar kişi ayırımında “*somut işlem veya işlem amacının*” esas alındığı ifade edilmektedir<sup>14</sup>.

Gerçek kişi tacirlerin hangi durumda “tüketici” sayılacağına dair TTK. m. 19’a göre bir değerlendirme yapılmalıdır. Söz konusu hükümde, bir tacirin borçlarının ticari olması kural olarak kabul edilmiştir. Ancak, tacir işlemi yaptığı sırada bunun ticari işletmesiyle ilgili olmadığını diğer tarafa açıkça bildirdiği veya işin ticari sayılmasının mümkün olmadığı hallerde borcun “*adi*” sayılacağı belirtilmiştir. Kanunun bu maddesine göre kredinin kullanım amacına bakılmalıdır. Kredinin gerçek kişi tacirin ticari işletmesine ilişkin olmadığı sonucuna varılıyorsa, sözleşme “*tüketici kredisi sözleşmesi*” olarak kabul edilmelidir. Nitekim, doktrinde tacirin basiretli iş adamı gibi davranması gerektiğini düzenleyen hüküm dar yorumlanmaktadır. Şöyle ki; TTK. 18/II’de yer alan “*ticaretine ait*” ifadesinin “*ticarethanesi gereği vazgeçilmez olan faaliyetler*” şeklinde anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir<sup>15</sup>. Bir başka deyişle, hukuki işlem tacirin ticari işletmesi gereği vazgeçilmez ise bu işlemler açısından tacir Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun anlamında tüketici olarak kabul edilmemelidir. Bu görüş çerçevesinde, tacirin asli faaliyet sahası ile geçici olarak başka faaliyet sahası ayırımı yapılarak ikinci tür işlemler bakımından tüketici sayılmasının mümkün olduğu ileri sürülmüştür<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> Çetiner Bilgehan, Konut Kredisi Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Koşulları, Legal Hukuk Dergisi,01.07.2007,s.2155-2171, s. 2157;<https://proxy.uludag.deepknowled-ge.net/MuseSessionID=0212z09ek/MuseProtocol=https/MuseHost=legalbank.net/MusePath/belge/konut-kredisi-sozlesmelerinin-kurulusu-ve-kosullari/824114/genel+i%5c5%9flem+%5c5%9fartlar%5c4%b1+tacir>

<sup>15</sup> Çeker Mustafa, Kredi Kartı Uygulaması ve Özel Hukuk Açısından Kredi Kartının Hukuka Aykırı Kullanımı, Ankara 1997.; Poroy Reha, “Tüketicinin Korunmasına İlişkin Bazı Özel Hukuk Sorunları”, Halil Arslanlı’nın Anısına Armağan, İstanbul 1978, s.513- 550.

<sup>16</sup> Altop, Atilla: “Türk Hukukunda, Avrupa Birliği Hukukunda ve Uygulamada Tüketici Kavramı” İKÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, C.3, S.1-2 Aralık 2004, s. 3-14.

Tüketicinin TKHK. m. 3/k ile “*ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi*” olabileceği kabul edilmiştir. Ancak kanun, hangi tüzel kişilerin “*tüketici*” olarak kabul edileceğini düzenlememiştir. Söz konusu 3. maddenin diğer bentlerinde düzenlenmiş olan “*satıcı, sağlayıcı, üretici*” nin kanuni tanımlarında kamu tüzel kişisi vurgulanmıştır. Oysa bu vurguya “*tüketici*” tanımında yer verilmemiştir. Bu lafzi yorumla birlikte kamu tüzel kişilerinin tüketici sıfatına sahip olmayacağının bir gerekçesi daha mevcuttur. Şöyle ki; tüzel kişilerin tüketici sıfatının “*istisnai*”liğinden dolayı da kamu tüzel kişilerinin bu sığata sahip olmadığı ileri sürölmektedir<sup>17</sup>.

Özel hukuk tüzel kişilerinden ticari amaç gütmeyen dernek ve vakıf gibi tüzel kişiler ise ideal amaçlarla hareket ettikleri ölçüde<sup>18</sup> tüketici sayılabilecektir. Bir başka deyişle, nihai kullanım<sup>19</sup> ve tüketimin “özel amacın” takip edilmesi ölçütünü destekler nitelikte olması gereklidir<sup>20</sup>. Bu durumda, bir derneğin gelir elde etmek üzere ticari işletme işletmesi halinde söz konusu faaliyet kapsamındaki sözleşmelerde tüketici sıfatına sahip olması mümkün değildir<sup>21</sup>.

Tüzel kişi tacirlerin ise aksi ile yorum yoluyla hukuki işlemlerinin “*tüketici işlemi*” sayılmasına, kendilerinin de tüketici sayılmasına olanak yoktur. Şöyle ki; TTK. m. 19/1’ e göre, gerçek kişi tacirin hukuki işlemi yaptığı sırada bunun ticari işletmesiyle ilgili olmadığını karşı tarafa açıkça bildirdiği veya işin ticari sayılmasına durumun elvermediği hallerde işin adi alana ait olduğu kabul edilmiştir. Söz konusu hükümde, tacirin “ gerçek kişi” olarak belirtilmiş olması da aksinin yani tüzel kişi tacirin adi iş alanı olmadığını göstermektedir. Bir başka deyişle, şirketlerin, tüm işlemlerinin bir yasal varsayım olarak ticari nitelikte sayılması karşısında ticari veya mesleki olmayan amaçlarla

<sup>17</sup> Gümüş, Mustafa Alper, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, C. 1.Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, s.30.

<sup>18</sup> Gümüş, Şerh, s. 30.

<sup>19</sup> Bu ifade Yar. HGK 11.10.2000 tarih ve 2000/ 1255 E., 2000 / 1249 K. No Karar’da da aynen yer almaktadır.

<sup>20</sup> Ozanoğlu, s. 81.

<sup>21</sup> Gümüş, Şerh, s. 31.

hareket etmelerinin mümkün olmamasına bağlı olarak, hiçbir zaman “tüketici” sıfatına sahip olmazlar .

Doktrinde TTK. m. 19’da yer alan ticari iş karanesi, ilgili işlem, fiil ve işin ticari işletmeyle bağlı olduğunun varsayıldığı hallerde, bu işlemin ticari iş sayılması ve TTK. hükümlerinin uygulanması gerektiği ileri sürülmüştür<sup>22</sup>. Ancak doktrinde bu tartışmaların “*tüzelkişi tacirlerin özellikle de şirketlerin ticari veya mesleki amaç gütmeksizin hareket edip edemeyecekleri sorusunun cevaplanması*” suretiyle aydınlatılması gerektiği ifade edilmiştir<sup>23</sup>. Bunun için de ilk olarak, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un tüketici kavramına ilişkin tanımı göz önüne alınmalıdır. Bu tanımdan, ticari veya mesleki amaç dışında yapılan tüm işlemlerin, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamına girdiği şüpheye yer vermeyecek kadar açık olduğu, böylece, Aktürk’ e göre<sup>24</sup> sadece Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un tüketici kavramına ilişkin ilgili düzenlemesi dikkate alındığında, tüzelkişi tacirlerin ticari veya mesleki amaç dışında hareket ettikleri tüm işlemler bakımından tüketici sıfatına sahip olması gerektiği sonucuna varılmaktadır. Ancak, bu noktada yazara göre, tüzelkişi tacirler bakımından mutlak bir karine olarak nitelendirilen ticari iş karanesinin varlığından kaynaklı belirsizlik mevcuttur. Şöyle ki; TTK m.19’da, gerçek kişi tacirler için kabul edilen istisnanın tüzelkişiler için açık bir şekilde düzenlenmemiş olması, tüzelkişi tacirlerin hiçbir zaman adi sahalalarının bulunmadığı ve dolayısıyla hiçbir şekilde tüketici sıfatına sahip olamayacakları şeklinde yorumlanmaktadır. Oysa yazara göre, tüzelkişi tacirlerin tüketici sıfatına sahip olup olamayacakları tartışması, yüzeysel ve gerekçesiz değerlendirmelerle ele alınmıştır. Nitekim burada cevaplanması gereken asıl soru, “her ticari işin ticari veya mesleki bir amaç taşıyıp taşımadığı” olmalıdır. Çünkü

<sup>22</sup> Gezder, Ümit, Tüketici Kredisi Sözleşmeleri, İstanbul 1998, s. 160; Ozanoğlu, Hasan Seçkin: “Mukayeseli Hukuk ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından Tüketiciyi Koruyan Düzenlemelerin Kişi Bakımından Uygulama Alanı (Tüketici Kavramına Mukayeseli Bir Yaklaşım)”, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul Beta 2000, s. 685; Poroy, s. 524.

<sup>23</sup> Yücer Aktürk İPEK, “Tüzel Kişi Tacirin Tüketici Sıfatı” Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XX.Y.2016, Sa. 2, s. 103- 128, s. 119.

<sup>24</sup> Yücer Aktürk, s. 119.

TKHK tüketici kavramı kapsamında “ticari işten değil, ticari veya mesleki amaçtan” hareket etmektedir. O halde, eğer bu soru olumsuz bir şekilde cevaplandırılırsa, tüzelkişi tacirlerin de amaçları doğrultusunda belirli hallerde tüketici sıfatına sahip olabilecekleri kabul edilme-lidir.

Yargıtay kararlarında<sup>25</sup> da ticari şirketlerin tüketici kabul edilemeyeceği, zira tüzel kişi tacirin insani ihtiyaçları olmadığından, tüketiciler için düzenlenen kanun hükümleri kapsamına alınmayacağı kabul edilmiştir<sup>26</sup>.

Yargıtay eski tarihli bir kararında<sup>27</sup> ise Avrupa Konseyince kabul edilen direktife uygun olarak ticaret şirketlerinin de tüketici kavramı içinde görülmesi gerektiğini ifade etmiştir. Bu kararda özellikle, tüketici tanımında herhangi bir ayrıma gidilmeden tüzel kişilerin de tüketici sayılacağı üzerinde durulmuştur. Ayrıca “amaç” maddesinde belirtilen amaçların elde edilmesi bakımından da tüzel kişi tacirlerin tüketici sayılmaları gerektiği, aksi halde tüketici olmalarını engelleyen bir

<sup>25</sup> Yar. HGK. 11.10.2000 t. 2000/1255 E. 2000/1249 K. s. Karar, Erişim: <https://0211z1ae2-y-https-www-hukukturk-com.proxy.uludag.deep-knowledge.net/yargitay-kararlari?q=ticaret+%c5%9firketi+t%c3%bctetici&Merci=4056> ; Yar. 20 HD. 02.07.2018 t. 2018/3591 E. 5055 K. s. kararda “*Kanunda tüketici olarak kabul edilen tüzel kişiler ticari amaçla kurulmayan tüzel kişilerdir. Örneğin ticari amaçla kurulmayan vakıf ve dernekler kanunda tüketici kabul edilen tüzel kişilerdendir. Böylece taraflardan herhangi birinin tüketici tanımına uymadığı, ticari amaçla kurulmuş şirketler olduğu anlaşılmıştır.*” Yargıtay, 13. HD. 26. 06. 1997 t., 1815 E. 5112 K.; HGK. 11.10.2000 t. 2000/19-125 E. 2000/1249 K.

<sup>26</sup> Bozkurt Yaşar, Sevgi, 6502 Sayılı TKHK’na Göre Tüketici Kredisi Sözleşmeleri, Banka ve Finans Hukuku Dergisi, 2014.

<sup>27</sup> Yar. 19. HD. 06.07.1999 t., 3932 E. 4621 K. sa. Karar, İlgili kararda “*Ticari şirketlerin ekonomik bir varlığı temsil edip, korunmalarına gerek olmadığı savunulamaz. Nitekim AT Komisyonunun ikinci eylem planında bu konuda oluşması muhtemel duraksamaların önlenmesi amacıyla “...”alım gücü az ya da çok ..” tabirleriyle konu vurgulanmıştır. Bir tacirin borçlarının niteliğini düzenleyen TTK’nun 2/1 maddesi tüzel kişi tacirlerin özel amaçlarla nihai tüketici olmalarını engelleyen bir anlam taşımamaktadır. Tamamen kendisine özgü, etkin, kısa ve ekonomik bir prosedür içinde tüketicinin hakkına kısa yoldan kavuşmasını amaçlayan kanunun, işletmesinin tüketim ihtiyacı kadar malı almak suretiyle nihai tüketimde bulunan bir tüzel kişi taciri, korumanın kapsamı dışında bıraktığı düşünülemez.*”; Erişim: <https://0211z1c5z-y-https-www-hukukturk-com.proxy.uludag.deep-knowledge.net/yargitay-kararlari?EsasNo1=1999&EsasNo2=3932&Merci=4075>

anlam aykırılık ortaya çıkacağı ileri sürülmüştür. Aynı kararın karşı oy yazısında ise tüzel kişi tacirlerin tüm işlerinin ticari iş olması, gerçek kişi tacirler için tanınan istisnanın tüzel kişi tacirler için tanınmamış olması, bu nedenle de tüzel kişi tacirlerin tüketici olarak kabul edilemeyeceği, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da belirtilen tüzel kişilerin dernek ve vakıf olması gerektiği ileri sürülmüştür.

### **1. Tüketicinin Taraf Olduğu Kredi Sözleşmeleri**

Çalışmamız çerçevesinde ele alınacak olan tüketicilerin taraf olduğu kredi sözleşmeleri TKHK. m. 22. vd. ve 32. vd. maddelerinde düzenlenmiştir. İlgili maddelerde kredi verenin tüketiciye faiz veya benzeri bir menfaat karşılığında ödemenin ertelenmesi, ödünç veya benzeri finansman şekilleri aracılığıyla kredi verdiği veya kredi vermeyi taahhüt ettiği sözleşme tüketici kredisi olarak düzenlenmiştir. Yine aynı maddenin II. Fıkrasında, ödemenin üç aydan daha uzun süre ertelenmesi veya benzer şekilde taksitle ödeme imkânının sağlanması hâlinde kredi kartı sözleşmesi de tüketici kredisi olarak kabul edilmiştir. Doktrinde, tüketici kredisinde belirleyici olanın, tüketicinin zamana yayarak ödeme imkânının bulunup bulunmadığı, böylelikle kartın ekonomik işlevinin aynı zamanda tüketici kredisi olarak kabulüne imkan verip vermeyeceğinin araştırılması gerektiği yolunda görüş mevcuttur<sup>28</sup>.

Tüketicinin taraf olduğu kredi sözleşmelerinden konut finansman sözleşmeleri ise TKHK. m. 32. vd. düzenlenmiştir. Konut Finansman ifadesi zikredilmiş, ancak 6502 sayılı TKHK'nın 32. maddesinde tanımlanmıştır. Söz konusu hükümle konut finansmanı sözleşmesi olarak dört farklı tür kabul edilmiştir. Konut finansman sözleşmesinin tanımlandığı 32. maddede öncelikle "konut edinme amacı" ön şart olarak öngörülmüştür. Bu amaç doğrultusunda; tüketicilere kredi kullandırılması, konutların finansal kiralama yoluyla kiralanması, sahip olunan konutun teminatı altında kredi kullandırılması, önceki üç tür kredinin yeniden finansmanı amacıyla kredi kullandırılmasına

<sup>28</sup> Atamer, M.Yeşim: Kredi ve Diğer Finansman Sözleşmelerinde Tüketicinin Korunması, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 28.

yönelik sözleşmeler konut finansman sözleşmeleri olarak kabul edilmiştir.

Konut finansman sözleşmelerini düzenleyen 32. maddede yer alan tüketicilere kredi kullandırılması halinde, bu kredinin her şeyden önce konut edinme amacına yönelik olması gerekir. Kullandırılan bu kredinin, ticari veya mesleki amaç olmaksızın bir konut edinilmesi için verilmesi gerekli olup, kredi veren konut finansman kuruluşu ile kredi kullananın, kredi sözleşmesinin konut edinme amacıyla olduğu noktasında anlaşmaları gereklidir. Konut finansman kuruluşunun ise TKHK. m. 3/1 gereği sadece kanun tarafından izin verilen kuruluşlardan olması zorunludur. Bu durumda sıradan bir esnaf ya da tacirin bir kişiye konut edinme amacıyla kredi kullandırması halinde bu kredi ve uyumsuzluk Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında değerlendirilmeyecektir<sup>29</sup>.

Konut finansmanı kuruluşunun krediyi belirli bir konutun satın alınması veya belirli bir satıcı ile yapılacak satış sözleşmesi şartı ile vermesi durumunda “bağlı konut kredisi sözleşmeleri” gündeme gelecektir. Bu durumda ortaya üçlü bir ilişki çıkacaktır. Bu ilişkinin ilk ayağında konut finansmanı kuruluşu ile satıcının aralarında mevcut bir çerçeve sözleşme, diğer ayağında satıcı ile tüketici arasında konut alım satımına ilişkin satım sözleşmesi ve nihayet kredi kuruluşu ile tüketici arasında kredi sözleşmesi mevcuttur. Bu üç sözleşme her ne kadar bağımsız olsalar da, aralarında tarafların iradeleri ile kurulmuş bir ekonomik ve amaçsal birlik vardır. Bu durumun en önemli sonucu bu sözleşmelerin varlıkları ve geçerlilikleri bu yolla birbirine bağlanmıştır. Zira her bir işlem diğerinin işlem temelini oluşturmaktadır<sup>30</sup>

Konutların finansal kiralama yoluyla kiralınmasında ise tüketicilere doğrudan kredi kullandırılması söz konusu değildir. Konut finansman kuruluşu kredi kullandırmak yerine, tüketiciye fon tesis etmekte ve tesis edilen fondan, tüketicinin seçtiği konutu satın almak-

<sup>29</sup> Kalender, Ahmet: “6502 Sayılı TKHK Hükümlerine Göre Konut Finansmanı Sözleşmelerinin Karşılaştırılması”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2015, Cilt 23 Sa:2 s. 203- 239, s. 219.

<sup>30</sup> Çetiner, s. 2160.

tadır. Tüketici ile yapılan sözleşme sonucu konutun mülkiyeti konut finansman kuruluşunda kalmakta, ancak konutun zilyetliği her türlü faydayı sağlamak üzere tüketiciye devredilmektedir<sup>31</sup>.

Tüketicinin sahip olduğu konutun teminat gösterilerek kredi kullandırılması da 32. Maddede “*konut finansman sözleşmesi*” olarak sayılmıştır. Esasen, böyle bir kredi “ipotek teminatlı kredi” den başka bir şey değildir. Bu hususta doktrinde iki farklı görüş bulunmakta olup, Gümüş’e göre<sup>32</sup>, konut finansman sistemi kapsamında kabul edilebilecek kredilerin “*konut edinme amaçlı*” olması gerekir. Doktrinde bazı yazarlarca<sup>33</sup> taraflar arasında ödünç konusunun belirli bir amaca yönelik harcanması konusunda uyuşma, bir başka deyişle “amaç bağıllığı” söz konusudur. Böyle amaç bağıllığı içeren sözleşmelerde, ödünç alanın ödünç konusunu amaca yönelik kullanması “*yan edim yükümü*” olup, amaca aykırı olarak farklı bir yerde kullanması da borç ihlali oluşturmaktadır. Reisoğlu’na göre ise tüketicinin sahip olduğu konutu teminat göstererek aldığı her türlü kredi konut finansmanı sözleşmesi değildir<sup>34</sup>. Kanaatimce<sup>35</sup> de, kredinin yalnızca konut edinme amaçlı olması halinde işlem konut finansman sözleşmesi sayılmalıdır. Kanunu amacına göre yorumladığımızda bu sonuca varabiliriz. Şöyle ki; 5582 sayılı Konut Finansmanı Sistemine İlişkin Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un 12. maddesinde “*tüketicilerin sahip olduğu konutların teminatı altında kredi kullandırılması*” “*konut finansmanı*” olarak kabul edilmiştir. Oysa, bu maddenin 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununa eklenmesiyle yeni bir piyasa aracı yaratılması hedeflenmiştir. Bu sermaye piyasası aracı , sahip olunan gayrimenkulün teminat olarak gösterilmesi sonucu kul-

---

<sup>31</sup> Finansal Kiralama Sözleşmesi için bkz: Yavuz Cevdet, “326 Sayılı Kanunla Düzenlenen Finansal Kiralama Sözleşmesinin Tanımı, Unsurları ve Özellikleri” Prof. Dr. Ernst Hirsch’in Hatırasına Armağan, Ankara 1986, s. 728.vd.; Çetiner Bilgehan, “6361 Sayılı Kanun ile Finansal Kiralama Sözleşmelerine İlişkin Getirilen Yeni Düzenlemeler”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sa. 13, Ankara 2013, s. 67 vd.

<sup>32</sup> Gümüş, Şerh, s. 222.

<sup>33</sup> Gümüş, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt 1, İstanbul 2012, s. 453 dn. 1666’da anılan yazarlar.

<sup>34</sup> Reisoğlu Seza, Konut Edinme Amaçlı Konut Finansmanı Sözleşmeleri ve Uygulama Sorunları, Bankacılar Dergisi, Sa: 61, 2007, s. 75-84.

<sup>35</sup> Aynı görüşte Kalender, s. 226.



lanılan kredilerin havuza alınarak “*ipotek teminatlı menkul kıymet*” şeklinde sunulan kredilerden teşekkül etmiştir<sup>36</sup>. Kanaatimizce konut edinme dışında bir amaçla kredi kullanılması halinde ise işlem “tüketici işlemi” sayılıp işleme Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümleri uygulanması gerektiği kabul görmelidir.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’da anılan konut finansman sözleşmelerinin dört türünde de konut edinme amacı olmalı ve taraflar, tüketici ile kanunda anılan konut finansman kuruluşları olmalıdır. Finansal kiralama yoluyla kiralayan olarak sadece katılım bankaları, kalkınma ve yatırım bankaları ile finansal kiralama şirketleri, finansal kiralama sözleşmesine taraf olabilirken, mevduat bankaları, Bankalar Kanunu m. 4 gereğince finansal kiralama sözleşmesinde taraf olamazlar. Tüketicinin sahip olduğu konutun teminatı karşılığında kurulan kredi sözleşmelerinde, teminat olarak yalnızca söz konusu konut gösterilebilirken, diğer konut finansman sözleşmesi türlerinde başka aynı ya da şahsi teminatlar gösterilebilir. Finansal kiralama sözleşmesi yoluyla tüketicilere konut sağlamayı amaçlayan sözleşmelerde, tüketicinin edimi yerine getirmemesi halinde, yargı yoluna başvurmadan konutun satışa çıkarılması zorunlu iken, diğer üç konut finansman sözleşmesinde mümkün değildir.

### **a. Tüketici Kredilerinde Erken Ödeme**

Tüketici ve konut finansman sözleşmesinden kaynaklı kredinin kanun, sözleşme hükümleri ya da halin icabına göre engel bir durum yoksa erken ödenmesini mümkündür. 6502 Sayılı TKHK’nın 27. ve 37.

---

<sup>36</sup> Teminat havuzuna hangi nitelikteki varlıkların dahil edilebileceği, 2499 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu m. 13/A f. 3 ile SPK Seri III / 33 No’lu Tebliğ md. 8 – 12 hükümlerinde, ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler doğrultusunda, teminat havuzu, üç varlık grubundan teşekkül etmektedir. Bu varlık gruplarından ilki, SPK Seri III / 33 No’lu Tebliğ’de “ipotekli krediler” olarak ifade edilmiştir. İpotekli krediler, haiz oldukları özellikler ve teminat havuzunda yer alma oranları açısından farklılık arzeden iki alt gruba ayrılmaktadır. Tebliğ’in “ipotekli konut kredisi” ve “ipotekli ticari kredi” olarak isimlendirdiği her iki grup varlık da, SerPK md. 38/A hükmünde tanımlanmış olan, konut finansmanı işlemlerinden kaynaklanan alacak haklarıdır, Akkayan Yıldırım Ayça: Konut Finansmanı Sistemi Çerçevesinde İpotek Teminatlı Menkul Kıymetler, Filiz Kitabevi, İstanbul 2013.

Maddeleri erken ödemeye imkân vermektedir. Kanunla genel sınırları çizilen erken ödeme hakkının kullanılmasına ilişkin Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a dayanılarak çıkarılan 29363 Sayılı 22.05.2015 yayım tarihli "Tüketici Kredisi Sözleşmeleri Yönetmeliği"nde ayrıntılar düzenlenmiştir<sup>37</sup>. Mezkur yönetmeliğin 15. maddesi erken ödeme halinde tüketicinin haklarını ve kredi verenin yükümlülüklerini genel olarak düzenlemektedir. Maddenin I. fıkrasında tüketicinin, vadesi gelmemiş bir veya birden çok taksit ödeyebileceği ya da kredi borcunun tamamı ya da bir kısmını erken ödeyebileceği ifade edilmiştir. Tüketicinin borcunun tamamını ödemesi de doktrinde kredi sözleşmesinin feshedilmesi anlamına geldiği kabul edilmektedir<sup>38</sup>. Hükmün gerekçesinde de tüketicinin kredi sözleşmesini feshetmesi için ne haklı sebebinin olması ne de feshi ihbar süresine uyması şartı aranmıştır .

Tüketici Kredisi Sözleşmeleri Yönetmeliği m. 15/I/son cümlesi ile, kredi verenin, faizin tamamının veya bir kısmının peşin olarak tahsil edildiği durumlar da dahil olmak üzere gerekli indirim yapmakla yükümlü olduğunu ifade etmiştir<sup>39</sup>. Tüketicilerin erken ödeme halinde indirim talep hakkı 4077 sayılı TKHK'yı değiştiren 4822 sayılı kanun<sup>40</sup> öncesine kadar mevcut değildi<sup>41</sup>. Bu yönde Yar. 13. HD., taraflar arasında bulunan tüketici kredisi sözleşmesinin tarafların serbest iradeleriyle düzenlenmiş olduğu, bu sebeple haksız koşulların varlığından bahsedilemeyeceği gibi, sözleşmenin kurulması da 4822 sayılı kanunun yürürlüğe girmesinden önce olduğundan, gerek kanunda

<sup>37</sup> Doktrinde, bu hükümlerin erken ödeme indirim hakkında ayrıntılı düzenlemeler içermesinden dolayı diğer finansman ilişkileri için de ihtiyaç duyulduğunda kıyasen uygulanabileceği düşünülmektedir. Atamer, s. 171.

<sup>38</sup> Aydoğdu, Murat, Tüketici Hukuku Dersleri, Adalet Yayınevi, Ankara 2015.

<sup>39</sup> Tüketici kredilerinde erken ifa halinde ifade bulunan kişi lehine indirim yapılması, emredici bir kural olarak hükme bağlanmıştır, Kılıçoğlu, Genel, s. 375.

<sup>40</sup> 06.03.2003 tarihinde kabul edilen ve 25048 Sayılı Resmi Gazetede yayınlanan 4822 sayılı kanun 14.06.2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

<sup>41</sup> Mukayeseli hukukta da genelde erken ödeme konusunda borçlu aleyhine düzenlemeler mevcut olup, erken ödeme yapma nedeniyle herhangi bir indirim talep edilemeyeceği öngörülmüş, bu sebeple 87/102 sayılı AB Yönergesi ile bu konuda özel hüküm getirilmiş ve tüketicilere erken ödeme halinde ödenen parayla orantılı olarak masraf ve faizlerden indirim talep hakkı tanınmıştır. Atamer, s. 167.

gerekse sözleşmede erken ödeme halinde indirim yapılacağına dair bir düzenleme olmadığından indirim talebini reddetmiştir<sup>42</sup>.

6502 sayılı TKHK. m. 27'ye göre, kredi veren, erken ödenen miktara göre gerekli tüm faiz ve diğer maliyet unsurlarına ilişkin indirim yapmakla yükümlüdür<sup>43</sup>. Tüketicileri erken geri ödemeye teşvik edici en önemli unsur olarak indirim hakkı olarak görülmektedir<sup>44</sup>. Nitekim Yargıtay<sup>45</sup>, tüketici kredisi için yapılan sigortanın da maliyet unsurlarına dahil olup, ödeme yapıldıktan sonraki döneme denk düşen primlerden indirim yapılması gerekliliğini ifade etmiştir. Konutların finansal kiralama yoluyla sağlanmasında, TKHK. m. 36 gereğince finansal kiralama süresinin sonunda toplam ödenen kira bedelinin anaparayı aşan kısmı faiz olarak kabul edildiğinden, diğer kredilerde olduğu gibi erken ödeme halinde indirime gidilecektir.

Erken ödeme indiriminin hesaplanmasında kural olarak geçmişte ödenen faizlerin dikkate alınması söz konusu olmamaktadır. Ne var ki, tüketiciden faizin tamamının veya bir kısmının peşin olarak tahsil edildiği krediler bu kuralın istisnasını oluşturmaktadır. Zira bu durumda erken ödenmiş bir faiz borcu vardır<sup>46</sup>. Bu sebeple Tüketici Kredisi Sözleşmeleri Yönetmeliği'nin 15/III ve Konut Finansman Sözleşmeleri Yönetmeliği'nin 11/VII. Fıkrası ile bu husus açıkça kabul edilmiş ve bu hallerde indirimin nasıl hesaplanacağı örneklendirilmiştir. Aksinin kabulü halinde, tüketicinin faizi erken ödemiş olması dolayısıyla daha sonra yapmış olduğu ara ödemelerde indirimden faydalanamaması söz konusu olacaktır.

---

<sup>42</sup> Yar. 13. HD. 11.10.2005 t. 2005/9220 E. 2005/14972 K. S.Karar; <https://0211zy9sd-y-https-www-hukukturk-com.proxy.uludag.deep-knowledge.net/yargitay-kararlari?EsasNo1=2005&KararNo1=2005&KararNo2=14972&Merci=4069>

<sup>43</sup> Aydoğdu, s. 266.

<sup>44</sup> Aslan, Tüketici Hukuku, s. 508.

<sup>45</sup> Yar. 13. HD. 17.12.2014 t. 2014/41219 E. 2014/40605 K.s. Karar, <https://0211zy9sd-y-https-www-hukukturk-com.proxy.uludag.deep-knowledge.net/yargitay-kararlari?EsasNo1=2014&EsasNo2=41219&Merci=4069>

<sup>46</sup> Atamer, s. 173.

Erken ödeme dolayısıyla yapılacak indirim hesaplanırken tüketicinin ödemeyi yaptığı tarih esas alınmalıdır. Bu tarihin tüketici aleyhine olacak şekilde değiştirilemeyeceği yönetmeliğin 15. Maddesinde emredici olarak ifade edilmiştir.

Erken ödeme sebebiyle yapılması gereken indirim için ödemenin belli bir şekilde yapılıp yapılmayacağına dair Yargıtay, bir kararında<sup>47</sup> ; davacı tüketicinin, borçlu olduğu kredinin kalan kısmını “*oto kredisi kapatması*” açıklamasıyla eft yoluyla erken ödeyerek kapattığı, kredi veren bankanın da, tüketicinin kredinin erken kapatılması için yazılı müracaatının bulunmadığı bu sebeple de erken ödeme sebebiyle indirim talep edemeyeceğini beyan etmiştir. Bu kararda, sözleşmede kredi borcunun erken kapatılmak istenmesi karşısında herhangi bir şekil şartının öngörülmediği ifade edilmiştir. Ayrıca Tüketici Kredisinde Erken Ödeme İndirimi ve Kredinin Yıllık Maliyetini Hesaplama Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik<sup>48</sup> gereği de herhangi bir şekil şartı zorunluluğu yoktur. Başka bir deyişle erken ödeme sebebi ile indirim talep edebilmek için bunun mutlaka ifa sebebi belirtilerek ödenmesi, bankaya elden ödenmesi veya başka bir diğer şartı bulunmamaktadır.

Kredinin tamamının erken ödenmesi eğer taksit tarihinde yapılıyorsa vadesi gelen taksit ödemesi ile birlikte geriye kalan taksit tutarları içerisindeki anapara borcu ve varsa o tarihe kadar tahsil edilmiş faiz, vergi, harç ve benzeri yasal yükümlülükler tahsil edilir. Ne var ki kredinin tamamının erken ödenmesi, iki taksit arasında yapılıyorsa; ödeme planında yer alan en son ödenmiş taksit tarihiyle erken ödeme işleminin gerçekleştiği tarih arasında, anaparaya işleyen faiz tutarı, en son ödenmiş taksit tarihi itibarıyla geriye kalan taksit tutarları içerisindeki anapara borcu ve varsa o tarihe kadar tahsil edilmiş faiz ile vergi, harç ve benzeri yasal yükümlülükler tahsil edilir. Ancak faizin tamamının veya bir kısmının tüketiciden peşin olarak

<sup>47</sup> Yar. 13. HD. 06.04.2011 t. 2010/16858 E. 2011/5329 K. sa. Karar, <https://0211zy9sd-y-https-www-hukukturk-com.proxy.uludag.deep-knowledge.net/yargitay-kararlari?EsasNo1=2010&EsasNo2=16858&Merçi=4069>

<sup>48</sup> İçtihat tarihi itibarıyla yürürlükte olan 25186 Sayılı Resmi Gazete’de 14.06.2003 tarihinde yayımlanan yönetmelik.

tahsil edildiği kredilerde, kredinin tamamının erken ödenmesi durumunda, erken ödeme yapılan tarih ve tutar esas alınarak, akdi faiz oranı üzerinden gerekli faiz iadesi yapılmalıdır.

Erken ödeme indiriminin hesaplanmasında kural olarak geçmişte ödenen faizlerin dikkate alınması söz konusu değildir. Ancak tüketiciden faizin tamamının veya bir kısmının peşin olarak tahsil edildiği hallerde erken ödenmiş faiz borcu söz konusu olacağından, tüketicinin faizi erken ödemiş olması sebebiyle daha sonra yapmış olduğu ara ödemelerde indirimden faydalanamayacak olması adil olmaz. Bu sebeple de gerek Tüketici Kredisi Erken Ödeme Yönetmeliği gerekse Konut Finansmanına İlişkin Sözleşmelerde Erken Ödeme Yönetmeliğinde bu husus açıkça belirtilmiştir.

Tüketici Kredisi Sözleşmeleri Yönetmeliği'nin<sup>49</sup> 15. maddesi ile kredi verene akdi faiz üzerinden indirim yapmak üzere sistem kurması zorunluluğu yüklenmiştir. Eğer kredinin tamamının erken ödenmesi, iki taksit arasında yapıldıysa, ödeme planında yer alan en son ödenmiş taksit tarihiyle erken ödeme işleminin gerçekleştiği tarih arasında, anaparaya işleyen faiz tutarı, en son ödenmiş taksit tarihi itibarıyla geriye kalan taksit tutarları içerisindeki anapara borcu ve varsa o tarihe kadar tahsil edilmemiş faiz ile vergi, harç ve benzeri yasal yükümlülükler tahsil edilir. Ancak faizin tamamının veya bir kısmının tüketiciden peşin olarak tahsil edildiği kredilerde, kredinin tamamının erken ödenmesi durumunda, erken ödeme yapılan tarihi ve tutarı esas alınarak, akdi faiz oranı üzerinden gerekli faiz iadesi yapılır. Bu esaslara göre erken ödeme halinde yapılacak olan indirim miktarı bu hususta yetkin bilirkişilerce tespit edilmelidir. Nitekim Yargıtay bir kararında<sup>50</sup> erken ödeme nedeni ile yapılacak indirimin tespiti noktasında uzman bilirkişi ya da bilirkişi heyetinden rapor alınması gerektiğini ifade etmiştir. Yönetmelik öncesinde uygulama-

<sup>49</sup> 22 Mayıs 2015 t. ve 29363 s. Resmi Gazete'de yayımlanan Tüketici Kredisi Sözleşmeleri Yönetmeliği.

<sup>50</sup> Yar. 13. HD. 26.02 2013 t. 3498 E. 2013/4473 K., <https://0211zy9sd-y-https-www-hukukturk-com.proxy.uludag.deep-knowledge.net/yargitay-kararlari?EsasNo1=2013&EsasNo2=3498&Merci=4069>

dan gelen bir görüş<sup>51</sup> , hakkaniyet sınırları içerisinde indirim yapılması gerektiği bir başka deyişle sözleşmede belirtilen faiz indirimine ilişkin oranların sınırı TMK. m. 2'de yer alan dürüstlük kuralı çerçevesinde olması zorunluluğunu savunmaktadır. Görüş sahibine göre yönetmelik hükümleri dahi TMK. m. 2'yi tamamen dışlamayacak ve gerekli indirimin kapsamının belirlenmesi hakime ait olmalıdır.

Kredi kartlarından doğan borcun erken ödenmesi halinde, yönetmeliğin 2. maddesi gereği indirim uygulanmayacağını ifade edilmekte ise de tüketici kredisinden farklı olmayan, faiz karşılığı belirli süre taksitlendirilen borcun erken ödenmesi halinde indirim yapılması kabul edilmelidir<sup>52</sup>. Zira bu duruma klasik kredi kartı işlevselliği değil bir borcun belirli bir süreyle taksitlendirilmiş ve bu sebeple de “*vade farkı*” adı altında “*faiz*” alınması halinde esasen faizli karz yani kredi sözleşmesi yapılmış olur. Kanımızca bu görüş TKHK'nın 22. Maddesi II. fıkrası ile de uyumludur.

## **2- Tacirlerin Taraf Olduğu Kredi Sözleşmeleri**

Tacirlerin taraf oldukları kredi sözleşmelerinde tüketici sayılıp sayılmayacağı, dolayısıyla Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un getirdiği korumadan yararlanıp yararlanmayacağı yukarıda tartışılmıştı. Doktrinde ağırlıklı görüş ve Yargıtay, kar amacı güden tüzel kişi tacirlerin işlemleri açısından TTK. m. 19 çerçevesinde herhangi bir istisna tanınmamış olması dolayısıyla bunların tüm işlemlerinin ticari nitelikte olup, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve ilgili mevzuat anlamında tüketici sayılmadıklarını kabul etmektedir. Ancak gerçek kişi tacirlerin TTK. m. 19 gereği, bazı işlemlerinde tüketici olarak kabul edilmeleri mümkündür.

Tacirlerin akdetmiş oldukları kredi sözleşmeleri hukukumuzda dört farklı şekilde karşımıza çıkabilir. Bu krediler; Ödünç şeklinde kullanılan krediler, cari hesap şeklinde işleyen krediler, senet kar-

---

<sup>51</sup> Yavuz Nihat, Öğretinin ve Uygulamanın Işığında Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Adalet Yayınevi, 2010 Ankara, s. 1039.

<sup>52</sup> Atamer, s. 175.

şılığı kredi kullanılması, senet veya emtia karşılığı kullandırılan kredilerdir<sup>53</sup>.

Ödünç şeklinde kullandırılan kredi TBK. m. 386 vd. düzenlenmiştir. Bu tip sözleşmeler de m. 387/II gereğince ticari iş niteliğinde olduğundan taraflar kararlaştırmamış olsa bile faiz istenebilir. Kanımızca, kanun tarafından yasaklanmaması ya da taraflarca da borçlunun, vade gününe kadar işleyecek faizi ödemesi veya alacaklının faizden vazgeçmesi durumunda erken ödeme hakkını kullanması mümkündür.

Cari hesap şeklinde işleyen kredi sözleşmesi ise sürekli borç ilişkisi doğuran çerçeve sözleşme niteliğindedir. Kredi alan, sözleşme devam ettiği sürece kredi kuruluşundan bir yandan nakit çekip bir yandan da ödemede bulunabilir. Nitekim bu sözleşmenin en önemli özelliği, kredi alanın krediyi ödemesi sözleşmeyi sona erdirmez. Sözleşmenin niteliği gereği erken ödemede bulunmanın burada sorun oluşturmadığı düşünülmektedir<sup>54</sup>. Kanımızca burada, sözleşmenin sona erdirilmesi söz konusu olmadığından TBK. m. 96 vd. anlamında erken ödeme hakkından değil, kullanılan kredi karşılığı işleyecek faizin durmasından bahsetmek daha doğru olur.

Senet karşılığı kredi kullanılmasında kredi alan, kredi kuruluşuna kıymetli evrakı satmaktadır. Konut finansman kuruluşu da senetten doğan alacak karşılığında kredi sağlamaktadır. TTK. m. 710 gereğince, poliçe/bono vadesinde ya da vadeyi izleyen iki iş günü içerisinde ödenmek üzere keşide edildiğinden vadesinden önce ödeme yapmak için hamilin muvafakatı alınmalıdır. Çeklerde ise vade olmadığından, çekin kredi değil, ödeme aracı olduğu kabul edilmektedir. Çek bedelini erken ödemek isteyen keşideci, ibraz süresinden önce çekin karşılığını bankaya yatırmış ise ve hamil de ibraz etmişse ödeme yapılır. Ancak bu teknik anlamda erken ödeme değildir<sup>55</sup>.

---

<sup>53</sup> Topaloğlu, 2010, s. 70 vd.

<sup>54</sup> Topaloğlu, 2010, s. 71.

<sup>55</sup> Topaloğlu, 2010, s. 71.

Senet ya da emtia karşılığı kullanılan kredi sözleşmesi ise senet ya da emtianın alacaklıya rehin olarak verilmesi şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Kredi sözleşmesi bu şekilde açılmakta ve genellikle cari hesap şeklinde işlemektedir. Bu kredi türünde kural olarak erken ödeme mümkündür. Ne var ki TBK. m. 386 vd. gereğince alacaklı sözleşme süresince faiz elde edeceğinden erken ödemenin yapılmasının sözleşmenin niteliğine aykırı düştüğü ileri sürülebilir. Eğer bu alacak bono veya poliçeye bağlanmışsa TTK. m. 710 gereği bono ya da poliçeyi elinde tutan hamil banka erken ödemeyi kabul etmeyebilir.

### **a. Tacirlerin Erken Ödeme Hakkı**

Erken ödeme hakkının bulunduğu hallerde, bu sebeple indirim isteyip istenemeyeceği hususunda öncelikle tacirlerin tabi oldukları hükümler irdelenmelidir. Gerek tüzel kişi tacirlerin gerekse gerçek kişi tacirlerin ticari faaliyeti sebebiyle kullandıkları kredilerin erken ödenmesi halinde Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'dan yararlanamayacağı aşikârdır. Bu sebeple TMK. m. 5 gereğince Borçlar Kanunu hükümlerine başvurmak gerekir.

TBK. hükümleri kambiyo senedine bağlanmamış borçlar için erken ödemeye izin vermektedir. Yine Türk Borçlar Kanunu, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'dan farklı olarak kalan borcun bir defada hepsinin ödenmesi halinde indirim imkan vermektedir<sup>56</sup>. Şöyle ki; TBK. m. 258 ile taksit borcu kambiyo senedine bağlanmış olmadıkça alıcının satış bedelinin kalan kısmını bir defada ödeyerek borcundan kurtulabileceği ve bu durumda, peşin satış bedeline ilave edilen bedelin ödenmemiş taksitlere ilave edilen kısmının, yarısından az olmamak üzere ödeme süresine uygun olarak indirileceği ifade edilmiştir. Söz konusu düzenleme uyarınca indirim, satış bedelinin kambiyo senedine bağlanmamış olması halinde mümkündür. Nitekim TBK. hükümleri kapsamındaki taksitle satış sözleşmeleri bakımından, sınırlayıcı bir ibare bulunmadığından kambiyo senedinin nama, emre veya hamiline olarak düzenlenmesi mümkündür. Diğer yandan erken

---

<sup>56</sup> Atamer, s. 174.



ödeme ile satış bedelinin kalan kısmının ödenmesinin öngörölmüş olması sebebiyle kalan kısmını oluşturan taksitlerin tamamı değil bir veya birkaçının erken ödenmesi halinde alıcı indirimden faydalanmak imkânına sahip değildir. Kanun hükümlerinin yanında bu husus esas olarak yargı kararlarıyla şekillenmektedir.

Tacirlerin TTK. m. 18/II gereğince ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli iş adamı olarak hareket etme yükümlülüğünden dolayı gerçek ya da tüzel kişi tacir fark etmeksizin sözleşmenin parçası haline gelmiş “Genel İşlem Koşulları”nın denetimine başvurulması gerekmektedir. Oysa Türk Borçlar Kanunu’nun genel işlem koşullarına dair hükümleri yanında, haksız rekabeti düzenleyen TTK. m. 55 ile Genel işlem koşulları ile de içerik denetimi yapılabilir<sup>57</sup>. Hakimin içerik itibarıyla denetim ölçütünden sapan bir Genel İşlem Koşulu tespit etmesi halinde, yapılması gereken bu sapmanın sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerde karşı taraf aleyhine dürüstlük kuralına aykırı bir dengesizlik yaratıp yaratmadığını tespit etmektir. Zira sadece denetim ölçütünden sapıyor olmak, örneğin yedek hukuk kuralından ayrılan bir düzenleme yapmak değil bu sapmanın derecesi de denetim açısından önem taşımaktadır<sup>58</sup>.

6098 sayılı Borçlar Kanunu ile kabul edilmiş Genel İşlem Koşulları m. 20-27 arasında düzenlenmiştir. Genel işlem koşulları içeren sözleşmeler büyük oranda matbu, standart sözleşme olarak düzenlenmektedir. Ancak uygulamada karşılaştığımız bu durum, genel işlem şartı olarak nitelendirilmede, “tip sözleşme” nin zorunlu bir şekil şartı olarak değerlendirilmesinde etkili değildir. Nitekim TBK. m. 20/1 de “bu koşulların sözleşme metninde veya ekinde yer alması, kapsamı, yazı türü ve şekli, nitelendirmede önem taşımaz.” diyerek, sözleşme tipinin tek başına genel işlem şartı olarak nitelendirmeye yol açmayacağı göstermektedir.

<sup>57</sup> Atamer, Yeşim: “Yeni Türk Borçlar Kanunu’na Göre Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi- TKHK. m. 6 ile TTK. 55/F 1 Karşılaştırmalı Olarak”, Türk Hukukunda Genel İşlem Koşulları Sempozyumu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, 2012 s. 9-73.

<sup>58</sup> Atamer, TTK. 55, s. 50.

Genel işlem koşulları içeren sözleşmelerde “yabancı şartlar”ın tespiti yürürlük denetiminde önem arz eder. Şöyle ki; yürürlük denetimine esas TBK. m. 21/II “Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları da yazılmamış sayılır” şeklindedir. Bu madde ile yürürlük denetimi bakımından hakime hayli geniş müdahale yetkisi verilmektedir. Zira bu şekilde, sözleşmenin kapsamına hangi hükümlerin dahil olmadığını belirleme bakımından somut bir dayanak getirilmiştir<sup>59</sup>. İkinci fıkrada geçen “sözleşmenin niteliği” ve “işin özelliği” kavramları her sözleşmenin türü, konusu ve amacı bakımından ayrı ayrı değerlendirilecek ve bunlara aykırı hükümler yazılmamış sayılacaktır<sup>60</sup>. Söz konusu madde bu haliyle, “şaşırtıcı şart” sayılabilecek bir hükmün sözleşme metnine dahil edilmesini imkansız hale getirmektedir. Ticari işlemlerden doğan uyuşmazlıklarda oldukça ihtilaf doğuracağı düşünülen bu hükmün, Borçlar Kanunu henüz tasarı aşamasındayken, “karşı tarafa bilgi vermiş olma ve müzakere etmiş olmak kaydıyla” sözleşme metnine dahil edilmesi gerektiği de doktrinde ileri sürülmüştür<sup>61</sup>. Genel işlem şartı hakkında bilgi verilmesine rağmen tarafın tüketici de olmadığı hallerde yaptırım olarak “yazılmamış sayılma”nın kabul edilmesi de doktrinde eleştirilmektedir<sup>62</sup>. Nitekim hakimin somut olayda, “sözleşmenin niteliği” ve “işin özelliği”ni belirlerken tarafların tacir olmaları durumunda ticaret hukukunda yer alan basiretli davranma yükümünü de dikkate alması gerektiği ve böylelikle Türk Borçlar Kanunu’nun genel işlem koşulları açısından yapmadığı tüketici tacir ayırımının uygulamada oluşacağı ifade edilmiştir.

TBK. 24. maddesiyle de, genel işlem koşullarını hazırlayan tarafın sözleşmeyle sadece kendisine tanıdığı, karşı taraf aleyhine değişiklik yapma yetkisi sağlayan hükümlerin bulunması halinde de bunların “yazılmamış” sayılacağını ifade etmektedir. 24. madde doktrinde oldukça eleştirilmiştir. Özellikle bankaların cari hesap şeklinde işleyen

<sup>59</sup> Yeniocak, Umut, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2013, Sa: 107, s. 86.

<sup>60</sup> Yeniocak, s. 87.

<sup>61</sup> Atamer, 2004, s. 325.

<sup>62</sup> Memiş, Tekin, Sigorta Sözleşmesi Şartlarının Yargısal Denetimi,, Oniki Levha Yayınevi, İstanbul, 2016, s. 122 .

kredilerde, faiz oranını değiştirebileceklerine ilişkin hükümleri genel işlem şartı olarak sözleşmeye ekleyemeyecek olmaları sebebi ile bu kuruluşların ekonomik olarak zayıflamasına sebebiyet vereceği ileri sürülmüştür. Ticari yaşamın gereklerine aykırı ve anlamsız olduğu için bu hükmün kanundan çıkarılarak, TMK. m. 2’de düzenlenen genel sınırlamanın burada yeterli olacağı uygulayıcılar tarafından ileri sürülmüştür<sup>63</sup>.

Tacirlerin erken ifa sebebiyle indirim talep etmeleri ya da konut kredilerinde erken ifa durumunda karşılaşılabilecekleri tazminat karşısında Borçlar Kanunu’nun yürürlük tarihi esas alınarak sonuca varılmalıdır. Nitekim 6098 sayılı TBK. 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girdiğinden, Yargıtay kararlarında<sup>64</sup> , “*bu tarih öncesinde Genel İşlem Koşulları açısından m. 20 vd. na göre de hukukilik denetimi yapılamayacağı*” ifade edilmiştir. Söz konusu kararda “*bu tarih öncesi ticari*

<sup>63</sup> Türkiye Bankalar Birliği, Türk Borçlar Kanunu tasarisına dair 27.05.2005 tarihinde verdiği değerlendirme, görüş ve önerisinde şu ifadelere yer vermiştir: “*Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda, bu Kanun kapsamına giren iş ve işlemler yönünden, Sermaye Piyasası mevzuatında ise aracılık faaliyetleri ve Sermaye Piyasası Kurulu işlemleri yönünden benzer düzenlemeler yer almaktadır. Uygulamada, Tasarının 20 ve diğer maddelerinde yer alan hükümler, gerek yukarıda bahsedilen mevzuat ve gerek Medeni Kanun’un 2’nci maddesi nedeniyle zaten kabul görmüştür. Buna mukabil, Ticaret Kanunu hükümleri gereğince faaliyetlerinde azami dikkat ve özeni göstermekle yükümlü bulunan tacirler açısından mevcut yasanın 20’nci maddesindeki düzenlemenin yeterli olacağı ve ticari işlemlerin genel işlem şartları uygulamasının dışında bırakılmasının hem Türk Ticaret Kanunu ile uyumu sağlayacağı, hem de bu tür ilişkilerde sözleşmenin iki tarafının da tacir olduğu düşünüldüğünde hakkaniyete uygun olacağı değerlendirilmektedir.*”  
<https://www.tbb.org.tr/tr/bankacilik/duzenlemeler/tbb-gorusleri-ve-tavsiye-kararlari/77>

<sup>64</sup> Yar. 11. HD. 24.06.2019, 2018/3220 E. 2019/4725 K. s .Karar şöyledir: “Davacıdan tahsil edilen kredi tahsis ücretinin hukukilik denetimi yapılırken hukukumuzda ilk defa 6098 sayılı TBK ile düzenleme altına alınan “Genel İşlem Koşulları” kurumuna göre değerlendirme yapılarak sonuca gidildiği anlaşılmaktadır. Ancak 6101 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 1. maddesine göre, 6098 sayılı TBK'nın yürürlük tarihinden önce, ./..05.04.2012 tarihinde imzalanan davaya konu kredi sözleşmesine 818 sayılı BK'da düzenlenmemiş olan genel işlem koşullarına ilişkin hükümlerin uygulanma imkanı bulunmamaktadır. Yukarıda, bankalar tarafından tahsil edilen masrafların hukukilik denetiminin nasıl yapılması gerektiğine ilişkin açıklamalar kredi tahsis ücreti bakımından da geçerlidir; <https://0211zy9sd-y-https-www-hukukturk-com.proxy.uludag-deep-knowledge.net/yargitay-kararlari?EsasNo1=2018&EsasNo2=3220&KararNo1=2019&Merci=4067>

kredilerde 09.12.2006 tarihli Resmi Gazete'de Merkez Bankası tarafından yayınlanan ve 2014/6 sayılı Tebliğ ile güncellenen 2006/1 sayılı Tebliğin 3. maddesinde, bankalarca mevduata uygulanacak sabit veya değişken faiz oranlarının serbestçe belirleneceği, 4. maddesinde ise re-eskont kaynaklı krediler dışındaki kredilere uygulanacak faiz oranları ile faiz dışında sağlanacak diğer menfaatlerin ve tahsil olunacak masrafların nitelikleri ve sınırlarının, serbestçe belirleneceği kabul edilmiştir. Yine aynı Tebliğin 6/2. maddesine göre bankalar, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankasına bildirdikleri azami oranları aşmamak kaydıyla, mevduat ve kredi işlemlerinde uygulayacakları faiz oranlarını ve katılma hesaplarında uygulayacakları kâr ve zarara katılma oranlarını vadelerine göre tüm şubelerinde halkın görebileceği şekilde ilan eder ve bu oranları internet sitelerinde yayımlar. Bu durumda, ticari kredilerde bankalar tarafından alınacak olan masrafların hukukilik denetimi yapılırken öncelikle, kredi sözleşmesiyle belirlenen bir oran olup olmadığı araştırılmalı, olması halinde bu oran üzerinden masraf tahsil edilebileceği kabul edilmeli, sözleşmeyle bir oran belirlenmediğinin tespiti halinde ise, bankanın masraflara ilişkin olarak belirlediği ve ilan ettiği oranlar bulunup bulunmadığı tespit edilmeli, varsa yine bu oran üzerinden masraf tahsil edilebileceği kabul edilmeli, ilan edilen bir tutar bulunmaması halinde ise tahsil edilen masrafların emsal banka uygulamalarına göre orantılı olup olmadığı değerlendirilerek sonucuna göre karar verilmelidir.” diyerek 6098 sayılı TBK. öncesi bankalar tarafından alınacak olan masrafların hukukilik denetimine açıklık getirmiştir.

Ticari krediler bakımından erken ifa dolayısıyla indirim talep edilmesinde TBK. m. 96 hükümlerine başvurulmalı ve öncelikle ticari kredilerde erken ödeme halinde indirim imkan veren düzenleme veya adet bulunup bulunmadığına bakılmalıdır. Yargıtay bir kararında<sup>65</sup> taksitli ticari kredinin erken kapatılması halinde, TBK. m. 96 'ya atıfta bulunarak anılan kanun maddeleri gereğince borçlunun erken

<sup>65</sup> Yar.11.HD. 18.06.2014 t. 2014/8242 E. 2014/11768 K. s. Karar, [https://0211zy9sd-y-https-www-hukukturk-com.proxy.uludag.deep-knowledge.net/yargitay kararları?EsasNo1=2014&EsasNo2=8242&Merici=4067](https://0211zy9sd-y-https-www-hukukturk-com.proxy.uludag.deep-knowledge.net/yargitay%20kararlari?EsasNo1=2014&EsasNo2=8242&Merici=4067)

ifa sebebiyle borç tutarından indirim talep edemeyeceğini belirtmiştir. Yeni tarihli kararlarında ise Yargıtay<sup>66</sup>, erken ifanın kredi borçlusunun lehine bir durum olduğu; zira borçlunun ödeyeceği faizden kurtulacağı ya da daha düşük faiz veya uygun vade ile borcunu yeniden yapılandıracağından bahisle uyuşmazlık konusu dosyadaki sözleşmenin ilgili maddesinin değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir. Söz konusu hüküm, erken ifa halinde her iki tarafın da menfaatlerini korumaya yönelik ise, genel işlem şartı olarak kabul edilmeyecektir.

### **III-KREDİ SÖZLEŞMELERİNİN YENİDEN YAPILANDIRILMASI KAVRAMI**

Kredi sözleşmeleri ile borç altına giren tarafların, çeşitli sebepler sonucu sözleşmede değişikliğe gitmeleri “yeniden yapılandırma” olarak adlandırılmaktadır. Yeniden yapılandırma genel olarak iki farklı şekilde yapılmaktadır. Birinci ihtimal mevcut sözleşmede değişiklik yapma şeklindedir. İkinci ihtimal ise mevcut sözleşmeyi sona erdiren başka şartlarla kredi sağlanması şeklindedir.

Yeniden yapılandırmaya yönelik esaslar “Tüketici Kredisi Sözleşmeleri Yönetmeliği” ve “Konut Finansmanı Sözleşmeleri Yönetmeliği”nde<sup>67</sup> yer almaktadır. Tüketici Kredisi Sözleşmeleri Yönetmeliğinde yalnızca iki maddede yeniden yapılandırmadan bahsedilmekte, esasa ilişkin olmayan bu düzenlemeler dışında burada yeniden yapılandırmaya dair herhangi bir hüküm bulunmamaktadır<sup>68</sup>. Yeniden yapılandırılacak kredilerin kapsamına hangi tür tüketici kredilerinin girdiği “*Kredilerin Sınıflandırılması ve Bunlara İlişkin Ayrılacak Karşılıklara İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik*”<sup>69</sup>te belirlenmiştir.

<sup>66</sup> Yar. 19. HD. 2018/426 E. 2019/3029 K. 8.05.2019 t. Karar; <https://0211zy9sd-y-https-www-hukukturk-com.proxy.uludag.deep-knowledge.net/yargitay-kararlari?EsasNo1=2018&EsasNo2=426&Merçi=4075>

<sup>67</sup> 28.05.2015 t. ve 29369 Sayılı Resmi Gazete’ de yayımlanan bu yönetmelik ile Konut Finansmanı Kapsamındaki Kredilerin Yeniden Finansmanına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik” yürürlükten kalkmıştır.

<sup>68</sup> <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2015/05/20150522-2.htm>

<sup>69</sup> <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2016/06/20160622-3.htm>( Erişim tarihi: 04.06.2020)

Yönetmeliğin 3/i bendine göre “Gerçek kişilere ait tasarruf mevduatlarına bağlı olarak kullanılan kredili mevduat hesabı kredileri ile bankalar tarafından uygulanan tekdüzen hesap planlarına göre tüketici kredisi olarak izlenen krediler ve gerçek kişilere kredi kartları vasıtasıyla ticari amaçlı olanlar hariç mal veya hizmet alımı için veya nakit olarak kullanılan krediler” yeniden yapılandırma kapsamındaki tüketici kredileridir. Bu tür kredilerden de hepsinin değil ancak yönetmelik m. 7’de ifade edildiği surette “donuk ve canlı alacak” kabul edilen kredilerin yapılandırılması mümkündür<sup>70</sup>.

- 
- <sup>70</sup> Söz konusu Yönetmelik 7. maddesinde yeniden yapılandırma şu şekilde tanımlanmıştır: Canlı veya donuk alacaklar için uygulanabilen yeniden yapılandırma, kredi borçlusunun ödemelerinde karşılaştığı veya karşılaşması muhtemel olan finansal güçlükler nedeniyle borçluya tanınan ve geri ödeme sıkıntısı çekmeyen bir borçluya tanınmayacak olan imtiyazları ifade eder. Borçluya sağlanan imtiyazlar, finansal güçlük nedeniyle yükümlülüklerini yerine getiremeyen ya da getiremeyecek olan borçlu lehine;
- a) Kredi sözleşmesi koşullarının değiştirilmesi veya
  - b) Kredinin kısmen veya tamamen yeniden finanse edilmesidir.
- (2) Aşağıdaki durumlarda, borçluya imtiyaz tanındığı kabul edilir:
- a) Yeniden yapılandırma öncesi ve sonrası sözleşme koşulları arasında finansal güçlük yaşayan veya yaşaması muhtemel olan borçlu lehine farklılıklar bulunması.
  - b) Yeniden yapılandırma kapsamında yapılan yeni sözleşmede, yeniden yapılandırma tarihinde benzer risk profiline sahip diğer borçlulara sağlananlardan daha avantajlı koşulların yer alması.
  - (3) Kredi sözleşmesinde yer alan ve finansal güçlük yaşayan borçluya imtiyaz tanınmasını sağlayan hükümlerin uygulanması da yeniden yapılandırma olarak kabul edilir.
  - (4) Aşağıdaki durumların varlığı halinde, aksi ispatlanana kadar, kredinin yeniden yapılandırıldığı kabul edilir:
    - a) Kredi donuk alacak olarak izlenmemekle birlikte, yeniden yapılandırma öncesindeki üç aylık döneme kredinin anapara ve/veya faizinin tamamen veya kısmen ödenmesinde otuz günü aşan gecikme olması veya yeniden yapılandırmanın gerçekleşmesi durumunda ödemelerin tamamında veya bir kısmında otuz günün üzerinde gecikme olmasının muhtemel olması.
    - b) Banka tarafından yeni bir kredi kullanılmasıyla eş anlı veya yakın zamanlı olarak, borçlunun yeni kullanılan bir krediyi yeniden finansman öncesindeki üç aylık döneme anapara ve/veya faiz ödemesi otuz güne kadar gecikmiş başka bir kredisini ödemek için kullanması.
    - c) Anapara ve/veya faiz ödemeleri otuz güne kadar gecikmiş veya sözleşme hükmünün uygulanmaması halinde ödemelerinde otuz güne kadar gecikme olması muhtemel olan borçlu bakımından, kredi sözleşmesinde yer alan ve borçluya imtiyaz tanınmasını sağlayan bir hükmün uygulanması.

Konut Finansmanı Kapsamındaki Kredilerin Yeniden Finansmanına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte düzenlenen hükümlerin bütün kredi sözleşmeleri için kıyasen uygulanabileceği ileri sürülmektedir<sup>71</sup>. Konut Finansman Sözleşmelerine ilişkin yönetmeliğin 12. maddesinde, kredi faiz oranında, vadesinde, konut finansmanı sözleşmesinde belirtilen faiz türünde değişiklik yapılması, aynı ev teminat gösterilerek birden fazla konut kredisi alınmışsa bunların tek konut kredisi ile birleştirilmesi, konut finansmanı kuruluşunda değişiklik yapılması, konut finansmanı sözleşmesinde belirtilen para biriminde değişiklik yapılması “Yeniden Finansman” olarak nitelendirilmiştir.

---

(5) Aşağıdaki koşulların tümünün sağlanması halinde, yeniden yapılandırılmış bir donuk alacak İkinci Grup altında yeniden yapılandırılmış bir alacak olarak sınıflandırılır:

- a) Borçlunun finansal durumunun değerlendirilmesi sonucunda donuk alacak olarak sınıflandırma koşullarının ortadan kalktığı tespit edilmesi.
- b) Yeniden yapılandırma sonrasında en az bir yıl süreyle donuk alacak olarak izlenmesi.
- c) Yeniden yapılandırma sonrasında İkinci Gruba alındığı tarih itibarıyla anapara ve/veya faiz ödemelerinde herhangi bir gecikme olmaması ve gelecekteki ödemelerin zamanında yapılmasına dair herhangi bir şüphe bulunmaması.
- ç) Yeniden yapılandırmaya konu edilen krediye ilişkin gecikmiş ödemelerin ve/veya aktiften silinmiş anapara tutarlarının tahsil edilmiş olması.

(6) Beşinci fıkrada belirtilen koşulların gerçekleşmesi sebebiyle İkinci Grup altında yeniden yapılandırılmış alacak olarak sınıflandırılan ve canlı olmakla birlikte İkinci Grup altında yeniden yapılandırılmış alacak olarak sınıflandırılan krediler aşağıdaki koşulların tümünün sağlanması halinde yeniden yapılandırma kapsamından çıkarılır:

- a) Sınıflandırma tarihinden itibaren en az bir yıl süreyle İkinci Grup altında yeniden yapılandırılmış alacak olarak izlenmiş olması.
- b) Bir yıllık izleme süresinde kalan anapara ve faiz ödemelerinin en az yüzde onunun (%10) ödenmiş olması.
- c) İzleme süresi içinde, borçluya kullandırılan herhangi bir kredinin anapara ve/veya faiz ödemelerinde otuz günden fazla gecikme olmaması.
- ç) Yeniden yapılandırmaya neden olan finansal güçlüğü ortadan kalkmış olması.

(7) Kanununun 49 uncu maddesinin ikinci fıkrasında tanımlanan bankanın dâhil olduğu risk grubundaki gerçek ve tüzel kişilere kullandırılan krediler, bu maddede belirtilen esaslar dâhilinde yeniden finansman sağlanmaması kaydıyla yeniden yapılandırılabilir.

<sup>71</sup> Atamer, s. 189.

Yönetmelikle, “yeniden yapılandırma” yeni bir sözleşme akdedilmesi değil<sup>72</sup>, mevcut kredi sözleşmesinin iki tarafın anlaşması ile bazı değişikliklere tabi tutulması şeklinde esas alınmıştır. Ne var ki doktrinde yeniden yapılandırmanın sulh sözleşmesi olduğu yolunda görüş mevcuttur<sup>73</sup>. Söz konusu görüş, kredi borçlusunun borcunu ifade gücüne düşüğünü varsayarak yeniden yapılandırma yoluna gittiğini esas almıştır. Nitekim Yargıtay bir kararında, davacı bankanın davalı borçluya yaptığı takibin itiraz üzerine durduğu ve sonrasında davalının davacı banka ile sözlü sulh anlaşması yaparak borcunu taksitler halinde ödemeyi kabul ettiği ancak bir kısım ödemelerin yapılmaması sebebiyle ileri sürülen talepleri haklı bulan ilk derece mahkemesi kararını onamış ancak kararda yer alan karşı oy yazısında, davacı banka ile davalının anlaşmasını “yenileme” olduğu belirtilmiştir<sup>74</sup>.

Yeniden yapılandırmanın tarafların anlaşması üzerine yapılması mümkündür. Zira anlaşma yoluyla yapılandırma hakkında yasal bir engel bulunmamaktadır. Yapılandırmanın, tarafların anlaşması sonucu yapılmasının yanında, tüketici lehine bulunduğu durumlarda konut finansman kuruluşunun da bu değişikliği kendiliğinden yapabilmesi gerektiği doktrinde ileri sürülmektedir<sup>75</sup>. Öte yandan Borçlar Kanunu’nun 261. Maddesiyle taksitle satış sözleşmesi için hakime tanınmış olan borcu yeniden yapılandırma imkanının tüketici kredileri ve ko-

---

<sup>72</sup> Aynı fikirde Atamer, s. 189.

<sup>73</sup> Önay, Işık: Yenileme, Oniki Levha Yayınevi, İstanbul 2016. s. 231.

<sup>74</sup> Yar. 11.HD. 19.09.2017 t. 2016/1867 E. 2017/4483 s. Karar, [https://0211zy9wv-y-https-www-hukukturk-com.proxy.uludag.deep-knowledge.net/yargitay\\_kararlari?EsasNo1=2016&EsasNo2=1867&Merci=4067](https://0211zy9wv-y-https-www-hukukturk-com.proxy.uludag.deep-knowledge.net/yargitay_kararlari?EsasNo1=2016&EsasNo2=1867&Merci=4067) Karşı oy yazısında, davalı taraftan sunulan bu belgeler gözetildiğinde, zaman itibarıyla uygulanması gereken 818 sayılı BK’nın 114. maddesi uyarınca davacının talebinin konusunu oluşturan davalının önceki borcunun tecdit (=yenileme) edildiğinin kabulü gerektiği nitekim aynı dairenin 19.1.2004 tarih ve 2003/5515, 2004/352 sayılı kararında da isabetle vurgulandığı üzere, artık yeniden yapılandırılan ve önceki borçtan farklı vade ve miktarda taksitler halinde ödenmesi öngörülen eski borcun sükut ettiği, yapılandırma ile yeni ve farklı bir borç doğmuş olacağından, artık eski borç tutarı üzerinden sonuca gidilmesinin mümkün olmadığı, davalı yanın cevap dilekçesine ekli olarak sunduğu belgelerin eski borcun sükut ettiğini gösterir nitelikte olup istikrar kazanan Yargıtay uygulaması da gözetildiğinde, yargılamanın her aşamasında itiraz belgesi niteliği ile değerlendirmeye tabi tutulması gerektiği ifade edilmiştir.

<sup>75</sup> Kalender, s. 228.



nut kredileri için de tanınması gerektiği yolunda da görüş mevcuttur<sup>76</sup>. Söz konusu hüküm ile hakime, temerrüde düşen alıcının borçlarını ödeyeceği konusunda güvence vermesi ve satıcının da bu yeni düzenleme dolayısıyla herhangi bir zararının söz konusu olmaması koşuluyla, alıcıya ödeme kolaylıkları sağlayabileceği ve satıcının satılanı geri almasını yasaklayabileceği yetkisi tanınmıştır. Bu madde ile korunmak istenen menfaat, tüketici ve konut kredileri ile korunmak istenen menfaatle aynıdır. Zira tüketicinin borcunu tamamen ödeyemeyecek duruma düşmesinin engellenmesi ve bu yolla aslında alacaklının da lehine bir sonuca ulaşılması söz konusu olacaktır<sup>77</sup>.

Mevcut sözleşme yapılandırılırken eski ve yeni sözleşme arasındaki farklar hakkında tüketici bilgilendirilmelidir. Bu hususta Tüketici kredisi sözleşmeleri yönetmeliğinin 6. ve 11. Maddelerinin II. Fıkralarında özel bilgilendirme yükümlülükleri getirilmiştir. Konut finansmanı sözleşmelerinin yeniden yapılandırılmasına dair usul ve esaslarda da, değişikliğin tüketiciye nasıl yansıtılacağına dair karşılaştırmalı bilginin yazılı ya da kalıcı veri saklayıcısı ile tüketiciye verilmesi zorunluluğu getirilmiştir. Nitekim tüketiciye verilen bilginin, karşılaştırılabilir ve kolay erişilebilir olması, bilgilendirme yükümlülüğünün ifası için zorunludur<sup>78</sup>.

Kredinin vadesinde, faiz oranında, faiz türünde, para biriminde değişiklik yapılması, aynı ev teminat gösterilerek birden fazla konut kredisi alınmışsa, bunların tek konut kredisi ile birleştirilmesi, konut finansman kuruluşunda değişiklik yapılması yeniden yapılandırma olarak kabul edilmektedir. Ne var ki bu konut finansmanı kapsamında temin edilen kredilerin yeniden yapılandırılması amacıyla kurulan kredi sözleşmeleri de konut finansman sözleşmelerinden sayılmıştır.

Konut Finansman Sözleşmeleri Yönetmeliğinin 12. Maddesi II. Fıkrası ile yeniden finansman halinde, tüketiciye bir önceki krediyle karşılaştırma yapılarak yazılı verilmesi ve akabinde tüketiciden yazılı

---

<sup>76</sup> Atamer, s. 192.

<sup>77</sup> Atamer, s. 193.

<sup>78</sup> [https://www.bddk.org.tr/ContentBddk/dokuman/mevzuat\\_0052.pdf](https://www.bddk.org.tr/ContentBddk/dokuman/mevzuat_0052.pdf)

onay alınması şart koşulmuştur. Nitekim Yargıtay,<sup>79</sup>; TKHK'nın tüketicilere sağladığı en önemli haklardan birisinin bilgilendirme ve aydınlatılma hakkı olduğunu, bu kapsama bankaların kredi verdiklerinde masraf, komisyon ve diğer tüm giderler dahil olmak üzere tüketicinin aydınlatılmasını gerektiğini belirtmiştir.

## **IV-ERKEN ÖDEME - YENİDEN YAPILANDIRMA SEBEBİYLE KREDİ KURULUŞUNUN BEDEL TALEBİ**

### **A- Genel Olarak**

*“Erken kapatma ücreti”, “erken ödeme ücreti” ve “yapılandırma bedeli”* kavramları yukarıdaki başlıklarda açıklanmaya çalışılmakla birlikte, bu kavramlar arasında benzerlik ve farklılıklar olduğu aşikardır. Nitekim, Yargıtay kararlarında da <sup>80</sup> bu kavramların farklılığına işaret edilmiştir.

*“Erken kapatma” ve “erken ödeme”* yoluyla tüketicilerin vadenin sona ermesinden önce kapatılması, konut finansman sistemi içinde oldukça sık rastlanan bir hâldir. Özellikle, tüketicilerin aldıkları finansmana yönelik kredi veya finansal kiralamadan doğan borçların zaman içinde piyasa koşullarına göre vadelerinin uzaması, faizlerinin düşmesi yahut tüketicilerin uzun vadeli geri ödemelerinin psikolojik

---

<sup>79</sup> Yar. 13.HD. 15.12.2011 t., 2011/9823 E. 2011/19204 K.s.Karar; <https://0211zy9wv-y-https-www-hukukturk-com.proxy.uludag.deep-knowledge.net/yargitay-kararlari?EsasNo1=2011&EsasNo2=9823&Merci=4069>

<sup>80</sup> Yar. 13. HD. 01.10.2014 t., 2014/32730 E. , 2014/30169 K. s.Kararında “4077 sa. TKHK. m.10/b'ye göre kullanılan sabit faizli konut kredisinde yapılandırma aşamasında ücret alındığı ancak tahsil edilen bedelin yapılandırma bedeli mi yoksa kredinin tamamen kapatılması sebebiyle erken kapatma ücreti mi olup olmadığının açıklanması gerektiği”; Yar. 13. HD. 18.06.2013 t. ,2013/13792 E. 2013/16661 K. s. kararında bankanın kendi insiyatifiyle yapılandırma işlemini kabul ettiğini ve yapılandırma sırasında, “ bu kez başka seçeneği bulunmayan tüketicilerin, asıl sözleşmeye ek niteliğindeki yapılacak faiz indirimi neticesinde komisyon ödemesi kabulüne dair, tüketicinin sözleşmeden doğan yükümlülüklerine aykırı şekilde aleyhte değişiklik içeren dilekçe eklerini de gerekçe göstererek tüketicilerden erken ödeme komisyonu, ödeme plan değişikliği, yapılandırma komisyonu adı altında ücret talep etmenin hukuka aykırı olduğu bulunduğu” ifade edilmiştir. Aynı yönde Yar. 13. HD. 21.04.2014 t. ,2014/11413 E., 2014/12699 K. s. Karar;<https://0211zy9wv-y-https-www-hukukturk-com.proxy.uludag.deep-knowledge.net/yargitay-kararlari?KararNo1=2014&KararNo2=12699&Merci=4069>

olarak rahatsız etmesi, vadesinden çok önce bu borçları kapatmalarına yol açmaktadır<sup>81</sup>. Tamamen ödeme niteliğindeki “*erken kapatma*” ya da kısmen ödeme niteliğindeki “*erken ödeme*” dolayısıyla sistem içinde önemli saç ayaklarından olan menkul kıymetleştirilmiş finansman varlıklarından ipotekli sermaye piyasası araçlarına giden ödemelerin de etkilenmesine neden olur. Erken ödeme ücreti, aynı zamanda finansman sağlayan kuruluşun kazanacağı faiz kazancının bir kısmını telafi etme görevi gördüğünden kanun ve yönetmelikle düzenlenmiştir.

Yeniden yapılandırma kredi veren kuruluşun, kredinin vadesi, faiz oranı, faiz türü değişikliği gibi sebeplerle yenilenmesi halidir. Yeniden yapılandırma yapılırken, uygulamada çoğunlukla, önceki kredi hesabı kapatılmakta ve yapılandırılan krediye yeniden bir hesap açılmaktadır. Bu durumda, sözleşmede sadece bir “*revizyon*”a gidilmesi söz konusu olup, erken ödemenin varlığı reddedileceği için bedele hak kazanılması da mümkün olmayacaktır. Örneğin; ikinci kez ipotek ve ekspertiz masrafı olmayıp, ancak “*belgeli ve makul olması*” kaydıyla, kredi verenin idari masraflarının karşılanması söz konusu olur. Ancak yeniden yapılandırmanın, başka kredi kuruluşundan düşük faizli kredi alınarak kapatılması halinde, borcun tamamen kapanması söz konusu olduğundan alınan bedel yapılandırma ücreti değil, “*erken ödeme ücreti*”dir.

## **B. Tüketici Kredilerinde Erken Ödeme Halinde “Erken Ödeme Ücreti”**

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, tacirlerin gördükleri iş veya hizmet ile ilgili olarak ücret almasını yasaklamamakta sadece bazı durumlarda “*ek bedel*” almasını yasaklamaktadır. Bu durumda öncelikle ek bedelin ne olduğu belirlenmelidir.

Bankacılık alanında alınabilecek ücret, masraf ya da komisyonlarla ilgili olarak BDDK'ya yetki verilmiştir. Ne var ki bu yetki gereği tü-

---

<sup>81</sup> Adıgüzel Burak: “5582 Sayılı Kanun ile Getirilen Konut Finansman Sisteminde Tüketiciler ile Konut Finansman Kuruluşlarının Hak ve Borçlarına Ait Hükümler” Legal Mali Hukuk Dergisi, Yıl: 2007, S. 30, s. 1315-1348.

keticiden hiçbir şarta tabi olmadan ek ücret alınması gibi bir durum söz konusu değildir. Erken ödeme ücreti gibi ek bir ücretin alınabilmesi için de bir takım şartlar yerine getirilmelidir. “*Erken ödeme ücreti*”, 5582 Sayılı Konut Finansman Sistemine İlişkin Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’la, konut finansman sözleşmelerinden doğan kredilerin erken ödenmesi halinde finansman kuruluşu tarafından ücret talep edilebileceğine dair hükümler hukukumuza ilk kez girmiştir. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’da diğer tüketici kredi sözleşmeleri için benimsenmeyen bu ücret yalnızca konut finansman işlemleri hakkında düzenlenmiştir. Böyle bir bedelin istenmesinin temelinde ekonomik nedenler olduğu düşünülmektedir. Zira erken ödeme finansman kuruluşunun aleyhine, tüketici lehine olduğu; bu duruma kuruluş faiz gelirinden yoksun kalırken, tüketicinin faiz borcu hafiflemektedir<sup>82</sup>.

Kredi kuruluşlarının erken ödeme halinde geri tahsil edemeyeceği yapmış olduğu masraflar, alacaklı kredi kuruluşunun erken ödeme halinde faizlerin düşmesi ile yüksek faiz oranı ile tekrar kredi verememesi ve alacaklı kredi kuruluşunun vergi sorumluluğuna olumsuz etki yapması ekonomik nedenler arasında gösterilmektedir<sup>83</sup>. Ücretin talep edilmesi ve hükmedilmesi için “*zarar*” şartı aranmadığı için doktrinde bunun “*cezai şart*” niteliğinde olduğu ileri sürülmektedir<sup>84</sup>. Maddenin gerekçesi de “*Sabit faiz oranı içeren sözleşmelerde tüketiciler piyasadaki gelişmelere göre sözleşmelerini kapatıp yeni bir sözleşme yaparak kâr edebilmektedir. Erken ödemenin arkasında yatan bu kazanç konut finansmanı kuruluşu içinse bir kayıp ifade etmekte olup, sınırlı da olsa erken ödeme ücreti uygulaması kazanç ve kayıpları dengeleyici bir unsur olacaktır. Değişken faiz oranı içeren kredi ve finansal*

<sup>82</sup> Özel Çağlar, Tüketicinin Korunması Hukuku, 5. Baskı, Seçkin 2019 Ankara, s. 215.

<sup>83</sup> Topaloğlu, Mustafa: “Konut Kredilerinde Erken Ödeme ve Yeniden Yapılandırma Ücreti”, Tüketici Hukuku Kongresi Ses Çözümleri ve Makaleleri, 29-30 Kasım 2013, İstanbul s. 274-285, s. 275.

<sup>84</sup> Topaloğlu, Mustafa: “Banka Kredilerinde Erken Ödeme”, Terazi Dergisi, Yıl: 5 Sayı: 50, Ekim 2010, s. 53-73, s. 53. ; Gönen, Doruk: Konut Finansmanı Sözleşmelerinde Erken Ödeme, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, s. 145-167.

*kiralama sözleşmelerinde ise erken ödeme ücreti uygulanması mümkün olmayacaktır.”* şeklindedir.

Doktrinde bazı yazarlar<sup>85</sup> tüketicinin konut kredisi sözleşmesinden dönmesi halinde tüketici aleyhine ve sözleşmeden dönme münasebetiyle bir ceza şartı da uygulanması gerektiği fikrindedirler. Şöyle ki; kredi veren kuruluş uzun vadeye yayılan bir kredinin mali sonuçlarına ve yüküne dayanabilmek için, verdiği kredi karşılığında hak ettiği, faiz, fon, masraf ödemelerini, zamanında ve eksiksiz olarak almasına bağlanmış hassas bir hesaplama yapmaktadır. Bu durumda sözleşmeden dönme hakkını kullanmak isteyen tüketici aleyhine uygulanacak olan cezai şart, riziko süresine orantılı olarak sabit hâle getirilmeli ve cezaî şartın hesaplanmasında tüketicinin sözleşmeden dönmesi üzerine, kredi verenin maruz kalacağı muhtemel mali yük doğru ve objektif surette hesaplanmalı ve tavan kabul edilen bir düzeyi geçmemelidir. Bu gibi durumların, tüketici tarafından kolaylıkla anlaşılması için, hesap örneklerinin sözleşme öncesi evrak kapsamında gösterilmesi gerektiği de haklı olarak ileri sürülmüştür<sup>86</sup>. Nitekim Konut Finansmanı Sözleşmeleri Yönetmeliği m. 11/IV ile kredinin kalan vadesine göre kredi kuruluşunun isteyebileceği azami miktar belirlenmiştir. Kanun koyucu, yapılan bu değişiklikte kredinin kalan vadesinin 36 ayı aşmaması halinde %1, kalan vade 36 ayı aşmakta ise %2 oranında tazminat istenebileceğini kabul ederek doktrindeki eleştirilere uygun davranmıştır.

Yargıtay kararlarında kredi kuruluşlarının tacir olması sebebiyle yaptığı masrafları karşı taraftan talep edebileceği, ancak karşı tarafın tüketici olması durumunda, uyuşmazlık tüketici hukuku kaynaklı olduğundan bankanın ancak davaya konu kredinin verilmesi için zorunlu, makul ve belgeli masrafları tüketiciden isteyebileceği, erken öde-

---

<sup>85</sup> İnal, Tamer, "Konut Mülkiyetinin İpotekli Konut Finansmanı Sistemine Dayalı Olarak Edinilmesi", Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Eylül-Ekim 2005, S. 13-14, s. 15.

<sup>86</sup> İnal .s. 15.

me olması durumunda da istenebilecek bedelin uzman bilirkişilerce hesaplanması gerektiği hakkında istikrar mevcuttur<sup>87</sup>.

Erken ödeme ücretinin hukuki niteliğini belirlemede 4077 sa. TKHK. m.10/B'nin gerekçesi bize yol göstermektedir. Gerekçede, faiz indiriminden yararlanarak kâr eden tüketiciyle faiz gelirinden yoksun kalan kredi verenin menfaatlerinin dengelenmeye çalışıldığı belirtilmektedir. Başka bir deyişle, faiz indiriminden yararlanan tüketiciyle, kredi veren konut finansman kuruluşunun zararının tazmini arasındaki denge sağlanmaya çalışılmaktadır<sup>88</sup>. Doktrinde bu ücretin “*dönme cezası*” değil, sözleşmede yer verilmiş olması halinde talep edilebileceği için “*akdi fedakârlığın denkleştirmesi*” uygulaması niteliğinde olduğu ileri sürülmektedir<sup>89</sup>. Bir başka görüşe göre ise erken ödeme ücreti “*götürü tazminat*” niteliğindedir<sup>90</sup>. Götürü tazminat, tazmin edilmesi gereken muhtemel zarar miktarının taraflarca önceden ve götürü olarak belirlenmesidir<sup>91</sup>. Götürü tazminatın amacı alacaklıyı zararın varlığı ve miktarı konusunda ispat yükünden kurtarmak ve ödenecek tazminatın azami miktarını tespit etmektir.

“*Erken ödeme ücreti*” ile konut finansman kuruluşuna tüketiciye karşı muhtemel zararı maktu olarak belirleme hakkı verilmektedir. Nitekim AB Yönergesinde de kusurdan bağımsız ancak zararın varlığına bağlı bir tazminat talebi bulunduğu ifade edilmektedir<sup>92</sup>. Erken ödeme ücreti kanundan kaynaklanan ceza niteliğinde de değildir. Şöyle ki bu ücretin talep edilebilmesi için tüketici ile finansman/kredi kuruluşu erken ödeme halinde böyle bir ücretin varlığı noktasında anlaşmış olmalıdırlar. Bu sebeple erken ödeme tazminatının sözleş-

---

<sup>87</sup> Yar. 13. HD. 26.02.2013 t. 2013/3498 E. 2013/4473 K. s. Karar; Yar. 13. HD. 04.09.2014 t. 2014/25772 E. 2014/24915 K. s. Karar; Yar. 13. HD. 24.12.2013 t. 2013/30267 E. 2013/32460 K. s. Karar.

Alman hukukunda erken ödeme ücretinin açıkça tazminat niteliğinde olduğu ifade edilmektedir, Topaloğlu,2013, s. 213.

<sup>89</sup> Gümüş, Mustafa Alper: 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Cilt: 1 ( Madde 1-46), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, s. 242.

<sup>90</sup> Topaloğlu, 2013, s. 213.

<sup>91</sup> Birinci Uzun Tuba, Götürü Tazminat, Yetkin Yayınları ,2015 Ankara.s 68.

<sup>92</sup> Atamer, s. 178.

meden doğan yan anlaşma da olduğu ileri sürülmektedir<sup>93</sup>. Nitekim kanunla belirlenen azami haddi geçemeyeceği için konut finansman kuruluşu ayrıca erken ödeme nedeniyle uğradığı erken ödeme tazminatı tutarını aşan zararın giderimini isteyemez<sup>94</sup>.

Sözleşmede yer alma zorunluluğu ile birlikte bütün koşulların kümülatif olarak gerçekleşmesi gerekir. Öncelikle yapılan hukuki işlem, konut finansman sözleşmesi niteliğinde olmalı ve bu sözleşmeden doğan borca uygulanacak faizin sabit faiz olması gereklidir. Asgari ödeme bakımından en az bir taksitin ödenmesi gerekli olup, bir taksitten daha az miktar kabul edilmemektedir. Azami ödeme bakımından ise sınırlama getirilmemiştir. Yani kredinin tamamının ödenmesi halinde de erken ödeme ücreti alınır.

Erken ödeme ücretinin koşulları belirlenmiş olmasına rağmen, nasıl hesaplanacağı konusunda kanuni bir belirleme yoktur. Kanun koyucu bu ücretin nasıl hesaplanması gerektiğine dair sözleşmede ayrıntılar bulunması zorunluluğunu da zikretmemiştir. Oysa kanun koyucunun tüketiciyi koruma gayesiyle sözleşmede bu hususun ayrıntılı düzenlenip tüketicinin de buna göre karar vermesi menfaatine daha uygun düşmektedir.

Hesaplama dikkate alınacak olan meblağ, tüketicinin yaptığı anapara ödemesidir. Kredi kuruluşunun talep edebileceği erken ödeme miktarı ile ilgili olarak Konut Finansmanı Sözleşmeleri Yönetmeliği<sup>95</sup> m. 11/IV, “ *erken ödeme tazminat tutarı, hiçbir şekilde tüketicie yapılacak indirim tutarını aşamaz.*” şeklindedir. Bu emredici üslupla bir yandan erken ödeme tazminatının üst sınırı belirlenirken<sup>96</sup> bir yandan da konut finansman kuruluşu zararı ispattan kurtulmaktadır. Zira kanun koyucu, tazminatın tüketicie yapılacak indirimden fazla olmayacağını öngörmüş, bu durumun aksini kabul etmemiştir. Dokt-

<sup>93</sup> Erdem, Mehmet: “Tazminatın Götürü Olarak Belirlenmesi” Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, Mayıs 2009, s. 98 vd.

<sup>94</sup> Gümüş, Şerh, s. 243.

<sup>95</sup> 28 Mayıs 2015 t. ve 29369 s. Resmi Gazete’de yayımlanan Konut Finansmanı Sözleşmeleri Yönetmeliği.

<sup>96</sup> Atamer, s. 178.

rinde<sup>97</sup>, yönetmeliğin bu hükmünden, kredi kuruluşunun talep ettiği miktarın zararından çok olması halinde yalnızca ispat yükünün yer değiştirdiği, tüketicinin bu durumu ispatlaması gerektiği düşünülmektedir. Bir başka deyişle tüketicinin, vadesinden önce ödeme sebebiyle konut finansman kuruluşunun herhangi bir maddi kaybının olmaması halinde tahsil edilen erken ödeme ücreti istenebilecektir<sup>98</sup>. Yine doktrinde taraflar arasında yapılan sözleşmede, tüketicinin maruz kalacağı zararın giderimi açısından, kendisine, her türlü hukukî yöntemlerle tazminat talep edebilme hakkı tanınması gerektiği ifade edilmektedir<sup>99</sup>.

Erken ödeme ücreti esasen Anayasaya aykırı da bulunmaktadır. Şöyle ki; tüketici TKHK. m. 22'ye göre tüketici kredisi kullanarak konut satın alır, daha sonra da bu krediyi erken öderse, erken ödemedeki dolaylı herhangi bir ücretle karşılaşmayacaktır. Oysa aynı şartlarda kredi kuruluşu ile konut finansman sözleşmesi yapar ve erken öderse, erken ödemedeki dolaylı ücret ödeme zorunluluğu olacaktır. Bu durum ise Anayasanın 10. maddesine aykırı bulunmaktadır<sup>100</sup>. Şöyle ki; Anayasanın 10. Maddesinin V. fıkrası “ *Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadır.*” demektedir. Devletin kredi vermekle yetkilettiği banka ya da konut finansman kuruluşlarının “*konut kredisi*” ismi adı altında vermiş olduğu borcun erken ifası halinde ek ücret talep edebilmesi, hukuki ve ekonomik, kaynak, sebep sonuç bakımından farklılığa yol açacaktır. Örneğin yüzbin liralık tüketici kredisi alıp vaktinden önce ifa eden borçlunun, erken ifa dolayısıyla iki yüz lirası cebinde kalırken aynı şartlarda konut kredisi kullanan kişi bunu ödemekle yükümlü olacaktır.

Öte yandan kanun koyucunun bu tazminata yalnızca konut finansman sözleşmelerinde ve sıkı şartlara tabi tutarak yer vermesi sebebiyle tüketici kredi sözleşmelerinde yer alan olası benzer ifadeler

---

<sup>97</sup> Atamer, s. 178, 179.

<sup>98</sup> Topaloğlu, s. 63.

<sup>99</sup> İnal, s. 15.

<sup>100</sup> Topaloğlu, Ceza, s. 214.



de kesin hükümsüz sayılması gerektiği haklı olarak ileri sürülmektedir<sup>101</sup>. Nitekim Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik<sup>102</sup> de bu görüşü desteklemektedir. Söz konusu yönetmelik m.4 /I/ c bendi uyarınca; tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dahil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçime tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme koşulları haksız şart olarak tanımlanmıştır. Akabinde 5. maddeden bu düzenlemenin tüketicilere sağlanan korumanın genel işlem koşullarına özgü olmadan, genel işlem koşulları da dahil olmak üzere genel olarak sözleşmede yer alan haksız şartlara ilişkin olduğu sonucu çıkarılmaktadır<sup>103</sup>. Bir başka deyişle, standart, tip sözleşme niteliğinde olmasa da tüketici ile müzakere edilmeden sözleşmeye dahil olan ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı biçime tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan şartlar da haksız şarttır.

Götürü tazminat niteliğindeki erken ödeme ücreti genel işlem koşulları bünyesinde düzenlenmiş ise TBK. m. 21 vd. hükümleri gereğince hakim tarafından denetlenebilir. İçerik denetimi bakımından kanun koyucu ayrıntılı bir düzenleme yapmadığından Alman hukukundan faydalanılabiliriz<sup>104</sup>. Zira Alman kanun koyucusu, götürü tazminatın genel işlem koşulu olarak düzenlenmesi halinde buna nasıl müdahale edileceğini açıkça düzenlemiştir. Alman Medeni Kanunu §309/V hükmü götürü tazminatın genel işlem koşulları kapsamında düzenlenmesi halinde hangi şartlarla geçersiz olacağını düzenlemiştir. Bu madde “ *olayların olağan akışından gerçekleşmesi beklenebilecek zarar veya değer kaybını aşacak tutarda veya diğer tarafa zarar veya değer*

---

<sup>101</sup> Atamer, s. 175.

<sup>102</sup> 17.06.2014 t. 29033 s. Resmi Gazete’de yayımlanan ve yürürlüğe giren yönetmelik.

<sup>103</sup> Engin, Baki İlkay: “Türk Hukukunda Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması” İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mukayeseli Hukuk Araştırma ve Uygulama Merkezi, Banka ve Tüketici Sorunları Sempozyumu; On İki Levha Yayinevi, İstanbul 2010, s. 79-91.

<sup>104</sup> Akman İnce Nurten/Apaydın Öcal Bahar: Genel İşlem Koşulları Kapsamında Düzenlenen Götürü Tazminatının İçerik Denetimi,” Prof. Dr. Necla Girtlioğlu’na Armağan, Oniki Levha Yayıncılık, Mart 2020, s. 303-345, s. 337.

*kaybının olmadığını veya belirlenen tutardan önemli ölçüde düşük olduğunu kanıtlama imkanı verilmeksizin kararlaştırılan götürü tazminat veya değer kaybı talep etme imkanının tanınmasına ilişkin kayıtlar geçersizdir.”* şeklindedir.

Alman hukukunda “*götürü tazminat*” hesaplanırken özellikle sözleşmenin zayıf tarafının korunması ve tazminat kavramına hakim olan temel prensiplerin gerçek anlamda korunması hedeflenmiştir. Bu sebeple de borçluya kararlaştırılan zararın hiç doğmadığı ya da belirlenen tutardan daha düşük olduğunun ispatlama hakkının tanınması gerekir. Bir başka deyişle, Alman hukukunda borçluya götürü tazminat miktarının kararlaştırılandan daha az olduğunu ispat etme hakkı tanımayan mutlak ya da asgari götürü tazminat anlaşmaları kabul edilmemekte bunlar ceza koşulu olarak değerlendirilmektedir. Konut finansman sözleşmesinden doğan borcun erken ödenmesi halinde de, belirlenen miktar genel işlem şartı niteliğinde ise ve kuruluşun kararlaştırılan ücretten az zararının olması halinde hakimin denetimine tabi olmalıdır.

### **C. Tacirlerin Erken Ödemesi Halinde “Erken Ödeme Ücreti”**

Tacirlerin akdetmiş oldukları kredi sözleşmesinden doğan borcu erken ödemeleri halinde, bu ödeme sebebiyle “ ek bedel” istenip istenemeyeceği ve bunun hukuki mesnedine ilişkin uygulamada oldukça ihtilaf bulunmaktadır. Bu hususta öncelikle, kredi veren kuruluşların da tacir olmaları sebebiyle TTK. ve diğer ilgili kanun hükümlerine bakmak gerekir. TTK. m.20 ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nun 144. Maddesince bankaların gördükleri iş ve hizmetlerle ilgili olarak çeşitli menfaatler sağlayabileceği açıkça belirtilmiştir. Bu hükümlere dayanılarak çıkarılan tebliğlerde de<sup>105</sup> bankaların gördükleri iş ve hizmetlerle ilgili ücret alabileceği belirtilmiştir. Ancak bazı durumlarda “ ek bedel” istenmesi yasaklanmaktadır. Neyin “esas bedel” neyin “*ek bedel*” olduğunun tespiti noktasında ciddi zorluklar bulunmaktadır. Yol gösterici nitelikte olan TKHK. m. 4/b.3’te “ *Tüketiciden; kendisine sunulan*

<sup>105</sup> 16.10.2006 t. ve 2006/11188 sayılı Bakanlar Kurulu Kararının 4/II. m. dayanılarak Merkez Bankasınca çıkarılan 2006/1 sayılı tebliğ m. 4.

*mal veya hizmet kapsamında haklı olarak yapılmasını beklediği ve sözleşmeyi düzenleyen yasal yükümlülükleri arasında yer alan edimler ile sözleşmeyi düzenleyen kendi menfaati doğrultusunda yapmış olduğu masraflar için ek bir bedel talep edilemez. Bankalar, tüketici kredisi veren finansal kuruluşlar ve kart çıkaran kuruluşlar tarafından tüketiciye sunulan ürün veya hizmetlerde ise tüketiciden faiz dışında alınacak her türlü ücret, komisyon ve masraf türleri ile bunlara ilişkin usul ve esaslar Bakanlığın görüşü alınarak bu Kanunun ruhuna uygun olarak ve tüketiciyi koruyacak şekilde Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası<sup>106</sup> tarafından belirlenir.” hükmü ile ek bedel alınabileceğini kabul etmiş, bunların kapsamı ile ilgili olarak ise TCMB’ye yetki verilmiştir. Maddeden de anlaşıldığı üzere ek bedel; ana hizmetin ücreti dışında yan edim niteliğindeki diğer ücret, komisyon ya da masraflarla ilgilidir. Faiz ile birlikte anapara borcu ana hizmetin karşılığını oluşturmaktadır. Erken ödeme ücreti, dosya masrafı, yeniden yapılandırma, ipotek fek yazısı ücreti ise yan ya da ek edim olarak görülmektedir. Kanun bu bedellerin istenmesine karşı çıkmamakta aksine bu ücretlerin hangisinin ne miktarda ve hangi ilkeler çerçevesinde istenebileceğinin TCMB tarafından düzenlenmesini istemektedir.*

Tacirin akdetmiş olduğu Genel Kredi Sözleşmesi kaynaklı kredinin erken kapatılması sebebiyle bankanın erken ödeme komisyonu istemesi halinde bu talebin hukuka uygunluğunun tespitinde TBK. 20-25 hükümlerine bakılmalıdır.

TBK. 20- 25. Maddeleri arasında hukukumuzda düzenlenen Genel işlem koşullarının (GİK) denetiminde üç aşama bulunmaktadır. Bunlardan ilki GİK’in sözleşme içeriği olup olmadığının tespit edilmesi aşamasıdır. Şöyle ki; Dürüstlük kuralı uyarınca GİK’in sözleşmeyi kuran taraf iradelerinin uyuşması kapsamında olmadığı, bir başka deyişle sözleşmenin parçası olmadığı sonucuna varılabildiği hallerde GİK

---

<sup>106</sup> 20/2/2020 tarihli ve 7222 sayılı Kanunun 39 uncu maddesiyle, bu fıkranın ikinci cümlesinde yer alan “Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu” ibaresi “Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası” şeklinde değiştirilmiştir.

hükümlerinin geçerliliği hakkında tartışmaya gerek yoktur<sup>107</sup>. “İçerik denetimi” olarak isimlendirilen bu aşamada öncelikle erken ödeme ücreti ya da yapılandırma ücretinin kredi sözleşmesinin içeriğine dâhil olup olmadığına bakılmalıdır. Dolayısıyla sözleşme içeriğini doğru saptamak gerekir. Eğer GİK’in sözleşme içeriği olduğu sonucuna varılabiliyorsa bu sefer bunların yorum yoluyla denetlenmesi de mümkündür. Yorum denetimi yaparken de GİK’i kullanan aleyhine “anlamlandırılmayan sözleşme koşulları”nın hakim tarafından denetlenmesi ve yeri geldiğinde hükümsüz sayılması gerekir<sup>108</sup>. Ancak bu üç denetim aşamasının sırasıyla devreye girebilmesi için “ön mesele”, genel işlem koşulu olduğu kabul edebilecek sözleşme koşullarının varlığıdır<sup>109</sup>.

Doktrinde geçerlilik denetiminin, GİK’in tamamen sözleşmeye dahil edilmesi ile ilgili olduğu ileri sürülmektedir. Şöyle ki; GİK, kanunun aradığı şartları sağlamıyorsa sözleşmenin bir parçası haline de gelmeyecektir. GİK’in sözleşmeye dahil edilebilmesi için sözleşmeyle ilişkilendirilmelidir. İlişkilendirme anlaşması ile GİK, bireysel sözleşmenin bir unsuru haline gelir. Sözleşmenin sadece yan unsurları değil esaslı unsurlarının da GİK ile düzenlenebilmesi mümkündür<sup>110</sup>. Bilindiği üzere TBK. m. 1’e göre sözleşmenin kurulması için, tarafların iradelerinin uyuşması şarttır. İrade uyuşması ise güven teorisi gereğince taraflardan birinin beyanına karşı tarafın yükleyeceği anlam doğrultusunda oluşur. Eğer bir sözleşmede genel işlem şartı kullanılıyor ise bu halde de güven teorisinden hareket edilmelidir. Bu çerçevede, sözleşmenin karşı tarafı, sözleşmede genel işlem şartı kullanıldığını bil-

---

<sup>107</sup> Atamer, M. Yeşim: “Yeni Türk Borçlar Kanunu’na Göre Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi- TKHK. m. 6 ile TTK. 55/F I Karşılaştırmalı Olarak”, Türk Hukukunda Genel İşlem Koşulları Sempozyumu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, 2012 s. 9-73., s. 11.

<sup>108</sup> Atamer, TTK.55., s. 11.

<sup>109</sup> Alman Medeni Kanunu’nun 305/II ve 305a paragraflarında yer verilen düzenlemelerde, GİK’in bağlayıcılık kazanması için üç şart aranmaktadır Bunlar, sözleşmede açıkça GİK’e atıf, GİK’in sözleşme ile ilişkilendirilmesinde şeffaflığın sağlanması ve GİK’in kullanılmasına sözleşmenin diğer tarafının zımni de olsa iznidir; Erişim: [http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_bgb/englisch\\_bgb.html#p0915](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p0915)

<sup>110</sup> Memiş, s. 120

melidir. Yürürlük denetimi ile sözleşmenin tarafının, genel işlem şartlarından haberdar olup olmadığına bakılmalı ve sözleşmenin karşı tarafına genel işlem şartı kullanıldığına bildirilmesi ve bunlar hakkında bilgi alabilmesi sağlanmalıdır. Kural olarak karşı tarafa genel işlem şartlarına ilişkin metnin verilmesi bilgilendirme sorununu halledebilir. Ancak Alman Medeni Kanunu m. 305/2'de bazı hallerde sözleşmenin nüshasının verilmesi yerine bunların ilanını da yeterli görmektedir<sup>111</sup>. Yargıtay kararlarında ise doktrinden farklı olarak, öncelikle taraflar arasındaki sözleşmenin "matbu" bir sözleşme olup olmadığı, banka tarafından komisyon adı altında kesilen ücretlerle ilgili davacının açıkça ve ayrıca bilgilendirilip bilgilendirilmediği, tahsil edilen komisyon ücretinin hangi zorunlu masraflara karşılık kesildiği hususunun banka tarafından kanıtlanması gerektiği belirtilmektedir. Yine kararlarda, sözleşmede erken ödeme komisyonu alınacağına kararlaştırılmış olduğu ancak bu komisyonun oranı ya da hesaplanma şekli ile ilgili düzenleme bulunmadığından hukuka uygun olmadığı açıklanmıştır. Alınacak erken ödeme komisyonunun hangi oranda alınacağı veya hesap şekline dair sözleşmede düzenleme bulunmalıdır<sup>112</sup>. Bunlar da yoksa tahsil edilen ücret konusunda bilirkişi incelemesi yaptırılmalıdır<sup>113</sup>.

Erken ödeme ücretinin varlığı konusunda Yargıtay kararlarında istikrarlı olarak iki farklı ihtimal üzerinden değerlendirme yapılmıştır<sup>114</sup>. Şayet, erken ödeme halinde bir ücretin ödeneceğine dair sözleşmede hüküm bulunmaması durumunda bankacılık konusunda uzman bir bilirkişiden, diğer bankaların da aynı tür kredi sözleşmeleri sebebiyle ücret/faiz/komisyon adı altında bir bedel alıp almadığı, bu ko-

---

<sup>111</sup> Memiş, s. 121.

<sup>112</sup> Yar. 19. HD. 08.05.2019 t. 2018/426 E. 2019/3029 K. No'Karar.; Yar. 11. HD. 21.01.2015 t. 2014/15128 E. 2015/726 K.s. Kararda da Genel Kredi Sözleşmesinde erken kapatma komisyonuna ilişkin ücret belirlenmişse bunun geçerli olduğu belirtilmiştir.

<sup>113</sup> Aynı yönde Yar. 11. HD. 22.05.2019 t. 2018/1495 E. 2019/4047 K. Karar.

<sup>114</sup> Yar. 11. HD. 18.06.2014 t. 2014/8242 E. 2014/11768 K. Karar, <https://0211zy9sd-y-https-www-hukukturk-com.proxy.uludag.deep-knowledge.net/yargitay-kararlari?EsasNo1=2014&EsasNo2=8242&KararNo1=2014&Merci=4067>.

nudaki uygulamanın nasıl olduğu ve alınması halinde buna dair faiz/komisyon oranı ve borçlunun ödemesi gereken faizin ne kadarından vazgeçtiği hususunun değerlendirilmesi gerektiği; eğer sözleşmede komisyon alınacağına dair hüküm varsa ancak oran yoksa, davalı bankanın bu tür kredilerde uyguladığı oran, o da yoksa emsal uygulamaların esas alınması gereğini kararlarında belirtmiştir<sup>115</sup>.

Erken ödeme ücretinin belirlenmesinde esas alınacak ölçüt hususunda Yargıtay<sup>116</sup> MK. m. 2'nin esas alınarak, bu oranın belirlenmemiş olmasının hakkın kötüniyetle kullanılmasına sebep olamayacağı belirtmiştir. Söz konusu kararda genel teamüllere bakılması gereği ve nihayetinde % 2'lik bir komisyonun da hakkaniyete uygun kabul edileceği ifade edilmiştir. Yine Yar. 11. HD. 2014/438 E. 2014/2892 K. s. Kararında da<sup>117</sup>, davacı tacirin kredisini erken kapatmak istediğinde davalı bankanın %9,5 oranında erken ödeme komisyonu istemesi karşısında, ticari kredilerde erken ödeme komisyonu oranının kanunda belirlenmediği bu sebeple de MK. m. 2. gereğince konut kredilerindeki %2'lik oranın uygulanması gerektiği ifade edilmiştir.

Ticari kredilerde erken ödeme halinde Yargıtay<sup>118</sup> erken ödeme ücretinin hesaplanmasında vadesi gelmemiş taksitlerin vadesi gelmiş gibi tam tahsil edilmiş olması dolayısıyla erken ödenen her bir taksit tutarı içinde yer alan faiz tutarının %15 i oranında KKDF miktarı

---

<sup>115</sup> Yar. 11. HD. 24.06.2019, 2018/3220 E. 2019/4725 K. Karar, <https://0211zy9sd-y-https-www-hukukturk-com.proxy.uludag.deep-knowledge.net/yargitay-kararlarlari?EsasNo1=2018&EsasNo2=3220&KararNo1=2019&KararNo2=4725&Merci=4067>

<sup>116</sup> Yar. 19. HD. 30.04.2012, 2011/ 15653 E., 2012/7268 K. Karar, <https://0211zy9sd-y-https-www-hukukturk-com.proxy.uludag.deep-knowledge.net/yargitay-kararlarlari?EsasNo1=2011&EsasNo2=15653&KararNo1=2012&Merci=4075>

<sup>117</sup> <https://0211zy9sd-y-https-www-hukukturk-com.proxy.uludag.deep-knowledge.net/yargitay-kararlarlari?EsasNo1=2014&EsasNo2=438&KararNo1=2014&KararNo2=2892&Merci=4067>

<sup>118</sup> Yar. 11. HD. 01.10.2015 t. 2014/ 12589 E. 2015/9745 K.

alınmasının hukuka aykırı olduğunu , yine<sup>119</sup> tacirin, ticari işletme kredisini kapatmak istemesi karşısında istenen erken ödeme komisyonunu hesaplanırken erken kapatmanın yapıldığı tarihte kalan anapara üzerinden yapılması gerektiğini belirtmiştir<sup>120</sup>.

#### **D. Yeniden Yapılandırma Halinde “Yapılandırma Ücreti”**

Yeniden yapılandırmanın mevzuat çerçevesinde nasıl yapılacağı çalışmamızın önceki bölümlerinde açıklandı. Ancak uygulamada ihtilaf doğuran bir mesele, önceki kredi hesabının kapatılarak yapılandırılan krediye yeni bir hesap açılması durumunda, bunun başka bankadan alınan konut finansman kredisinden farkı bulunmadığı, bu durumun erken ödeme oluşturduğu fikridir<sup>121</sup>. Bir başka deyişle, başka bir bankadan kredi kullanılarak önceki konut kredisinin kapatılmasında alınan ücretin ismi yeniden yapılandırma ücreti olsa da aslında burada erken ödeme olup, alınan ücret de “erken ödeme ücreti” niteliğinde olduğudur. Ancak bankanın kredi dosyasını kapatmadan, aynı kredi dosyası üzerinden yapılandırmaya gitmesi, örneğin vadenin kısaltılması halinde, kredi hesabının kapatılıp kapatılmaması arasında muhasebesel olarak farkının da olmaması halinde aslında erken ödeme hali mevcuttur<sup>122</sup>. Kanun koyucunun, yeniden yapılandırma halinde erken ödeme ücretinin alınıp alınmayacağı noktasında bir düzenleme yapması isabetli olacaktır. Bu hususta Yargıtay, ilk kredinin kapatılmasına yönelik makbuzda kredinin kapatılma amacı olarak “R” ibaresinin gösterilmiş olduğu, “R” harfinin Refinansman anlamına geldiği kredinin erken ödeme yoluyla değil yeniden yapılandırma yoluyla ortadan kalktığına dair karine teşkil etse dahi, tahsil edilen

---

<sup>119</sup> <https://0211zy9sd-y-https-www-hukukturk-com.proxy.uludag.deep-knowledge.net/yargitay-kararlariri?EsasNo1=2012&EsasNo2=15841&KararNo1=2013&KararNo2=14080&Merci=4067>

<sup>120</sup> Yar.11. HD. 02.07.2013 t .2012/15841 E. 2013/14080 K. Karar. Oysa ilk derece mahkemesi son taksit tarihleri arasında hesaplanan faiz tutarı üzerinden komisyon hesaplamıştır.

<sup>121</sup> Topaloğlu, 2013, s. 283.

<sup>122</sup> Topaloğlu, 2013 ,s. 284.

ücretin erken ödeme mi yoksa yapılandırma işlemi olduğu noktasında rapor alınması gereğini ifade etmiştir<sup>123</sup>. Pek çok kararında da<sup>124</sup> kredinin yapılandırılmasının aslında sözleşmede bir değişikliğe, revizyona gidilmesinin erken ödeme niteliğinde bulunmadığı, bu sebeple de bir ücrete hak kazandırmayacağı belirtilmiştir. Ancak bu değişiklik sebebiyle, kredi kuruluşunun da bir takım masraflarının olması halinde bunlardan belgeli ve makul olanların kredi borçlusundan talep edilebileceğine kabul etmiştir<sup>125</sup>.

Yargıtay, bankanın, tüketicinin talebi üzerine yeniden yapılandırmayı kabul etmiş olması halinde “plan değişikliği” adı altında yeniden ücret talep etmesi halinde yapılan işlemin teknik olarak erken ödeme niteliğinde bulunmayıp, yapılandırma işlemi niteliğinde bulunması halinde erken ödeme ücreti adı altında bir ücretin tüketicilerden alınmasında hukuka uygunluk bulunmadığı ifade edilmiştir. Yine<sup>126</sup>, aynı bankadan olmak şartı ile yeni faiz oranları üzerinden ödeme miktarları ve tarihlerinin düzenlenmesine dair işlemin mevzuat kapsamında erken ödeme niteliğinde olmayıp bu durumlarda tüketicilerden yapılandırma ücreti veya komisyon adı altında yapılan tahsilatların hukuka uygun olmadığını belirtmiştir. Benzer bir kararda ise “borç yapılandırmasını kabul eden bankanın, yapılandırma esnasında bu kez başka seçeneği bulunmayan tüketicilerin eli ürünü olarak kabul ettikleri ve taraflar arasındaki asıl sözleşmeye ek niteliğindeki yapılacak faiz indirimi neticesinde komisyon ödemesinin kabul edildiğine dair” tüketicinin sözleşmeden doğan yükümlülüklerinde iyiniyet kurallarına aykırı düşecek şekilde aleyhte değişiklik içeren

<sup>123</sup> Aynı yönde Yar. 13. HD. 29.11.2012 t.,2012/27053 E. 2012/27475 K. s. Karar, <https://0211z0i7x-y-https-www-hukukturk-com.proxy.uludag.deep-knowledge.net/yargitay-kararlari?EsasNo1=2012&EsasNo2=27053&Merci=4069>

<sup>124</sup> Yar. 13. HD. 15.12.2011 t. 2011/9823 E. 2011/19204 K. s. Karar; Yar. 13. HD. 31.03.2014 t. E. 2014/10312 E. 2014/9614 K. s. Karar, <https://0211z0i82-y-https-www-hukukturk-com.proxy.uludag.deep-knowledge.net/yargitay-kararlari?EsasNo1=2011&EsasNo2=9823&Merci=4069>; Yar. 13. HD. 23. 12. 2014 t. 2014/46021 E. 2014/41164 K. s. Karar,

<sup>125</sup> Yar. 13. HD. 15.11.2012 t. 2012/26042 E. 2012/25690 K. s. Karar.

<sup>126</sup> Yar. 13. HD. 21.04.2014 t., 2014/12670 E. 2014/12700 K. s. Karar; <https://0211z0i82-y-https-www-hukukturk-com.proxy.uludag.deep-knowledge.net/yargitay-kararlari?EsasNo1=2014&EsasNo2=12670&Merci=4069>



dilekçe içeriklerini gerekçe göstermek suretiyle tüketicilerden komisyon adı altında ek ödeme istenmesi kanuna aykırı bulunmuştur. Yargıtay bazı kararlarında da kanun koyucunun bu konuda düzenleme getirmeyerek sessiz kalmasını erken ödeme dışında bir bedel alınmasını istememesinden kaynaklı olduğunu; tüketici ile müzakere edilmeden yeniden yapılandırılan sözleşmeye tek taraflı konulan “ ücret ve masraf “ adı altındaki şartın TKHK. m 6 gereğince haksız şart niteliğinde olup iadesinin gerektiğini belirtmiştir.

## SONUÇ

Çalışma konusu olan kredilerde erken ödeme ve kredilerin yeniden yapılandırılması esas olarak Türk Borçlar Kanuna dayanmaktadır. Hukukumuzda, borçlu, edimi henüz muaccel olmadan da ifa edebilir. “*Erken ifa yetkisi*” olarak adlandırılan bu yetki Türk Borçlar Kanunu’nun 96. Maddesinde düzenlenmiştir. Bu madde ile borçlu, edimini süresinin sona ermesinden önce ifaya yetkili kılınmaktadır. Tüketici ve konut finansman sözleşmesinden kaynaklı kredinin kanun, sözleşme hükümleri ya da halin icabına göre engel bir durum yoksa erken ödenmesi mümkündür. Bu durumda da kredi veren, erken ödenen miktara göre gerekli tüm faiz ve diğer maliyet unsurlarına ilişkin indirim yapmakla yükümlüdür.

Erken ödeme halinde tüketicilerin karşılaşılabilecekleri yükümlülük ise “erken ödeme ücreti”dir. TKHK’da diğer tüketici kredi sözleşmeleri için benimsenmeyen bu ücret yalnızca konut finansman işlemleri hakkında düzenlenmiştir. Bu bedel hakkında Yargıtay, kredi kuruluşlarının tacir olması sebebiyle yaptığı masrafları karşı taraftan talep edebileceği, ancak karşı tarafın tüketici olması durumunda, uyuşmazlık tüketici hukuku kaynaklı olduğundan bankanın ancak davaya konu kredinin verilmesi için zorunlu, makul ve belgeli masrafları tüketiciden isteyebileceği, erken ödeme olması durumunda da istenebilecek bedelin uzman bilirkişilerce hesaplanması gerektiği hakkında istikrarlı davranmaktadır.

Tacirlerin ticari faaliyeti sebebiyle kullandıkları kredilerin erken ödenmesi halinde ise TKHK'dan yararlanamayacağı aşikârdır. Bu sebeple , Borçlar Kanunu hükümlerine başvurulması uygundur. TBK. hükümleri kambiyo senedine bağlanmamış borçlar için erken ödemeye izin vermekte, yine TKHK'dan farklı olarak kalan borcun bir defada hepsinin ödenmesi halinde indirim mümkün olmaktadır. Kanun hükümlerinin yanında bu husus esas olarak yargı kararlarıyla şekillenmektedir. Ticari krediler bakımından erken ifa dolayısıyla indirim talep edilmesinde TBK. m. 96 hükümlerine başvurulmalı ve öncelikle ticari kredilerde erken ödeme halinde indirime imkan veren düzenleme veya adet bulunup bulunmadığına bakılmalıdır.

Tacirin akdetmiş olduğu Genel Kredi Sözleşmesi kaynaklı kredinin erken kapatılması sebebiyle bankanın erken ödeme komisyonu istemesi halinde Yargıtay bu talebin hukuka uygunluğu noktasında TBK'nın 20, 25. ve 96. maddesine dayanmakta ve tacirlerin TTK. m. 18/II gereğince ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli iş adamı olarak hareket etme yükümlülüğünden dolayı gerçek ya da tüzel kişi tacir fark etmeksizin sözleşmenin parçası haline gelmiş "*Genel İşlem Koşulları*"nın denetimine başvurulması gerektiğini , kabul etmektedir.

Kredi sözleşmeleri ile borç altına giren tarafların, çeşitli sebepler sonucu sözleşmede değişikliğe gitmeleri "*yeniden yapılandırma*" olarak kabul edilmekte ve mevcut sözleşme yapılandırılırken eski ve yeni sözleşme arasındaki farklar hakkında tüketici bilgilendirilmelidir. Kanun koyucunun, yeniden yapılandırma halinde erken ödeme tazminatının alınıp alınmayacağı noktasında bir düzenleme yapması isabetli olacaktır. Pek çok kararında da kredinin yapılandırılmasının aslında sözleşmede bir değişikliğe, revizyona gidilmesinin erken ödeme niteliğinde bulunmadığı, bu sebeple de bir ücrete hak kazandırmayacağı belirtilmiştir. Ancak bu değişiklik sebebiyle, kredi kuruluşunun da bir takım masraflarının olması halinde bunlardan belgeli ve makul olanların kredi borçlusundan talep edilebileceğine kabul etmiştir.

Aynı bankadan olmak şartı ile yeni faiz oranları üzerinden ödeme miktarları ve tarihlerinin düzenlenmesine dair işlemin mevzuat kapsamında erken ödeme niteliğinde olmayıp bu durumlarda tüketicilerden yapılandırma ücreti veya komisyon adı altında yapılan tahsilatların hukuka uygun olmadığını belirtmiştir. Yine kanun koyucunun bu konuda düzenleme getirmeyerek sessiz kalması da erken ödeme dışında bir bedel alınmasını istememesinden kaynaklı olup tüketici ile müzakere edilmeden yeniden yapılandırılan sözleşmeye tek taraflı konulan “ ücret ve masraf “ adı altındaki şart TKHK. m 6 gereğince haksız şart niteliğinde olup, hukuka uygun değildir.

### **KAYNAKÇA**

ADIGÜZEL Burak: “5582 Sayılı Kanun ile Getirilen Konut Finansman Sisteminde Tüketiciler ile Konut Finansman Kuruluşlarının Hak ve Borçlarına Ait Hükümler” Legal Mali Hukuk Dergisi, Yıl: 2007, S. 30, s. 1315-1348.

AKKAYAN YILDIRIM, Ayça: Konut Finansmanı Sistemi Çerçevesinde İpotek Teminatlı Menkul Kıymetler, Filiz Kitabevi, İstanbul 2013.

AKMAN İNCE Nurten /APAYDIN ÖCAL Bahar: “Genel İşlem Koşulları Kapsamında Düzenlenen Götürü Tazminatının İçerik Denetimi,” Prof. Dr. Necla Giritlioğlu’na Armağan, Oniki Levha Yayıncılık, Mart 2020, S. 303-345.

ALTOP Atilla: “ Türk Hukukunda, Avrupa Birliği Hukukunda ve Uygulamada Tüketici Kavramı” İKÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, C.3, S.1-2 Aralık 2004, s. 3-14.

ARAT, Ayşe: “Tüketici Kredileri ve Konut Finansmanında Yeniden Yapılandırmanın Yenileme ( Tecdit, Novatio) ve Sözleşmede Değişiklik Yapılması ( Sözleşmenin Tadili ) ile İlişkisi”, Terazi Hukuk Dergisi, Sayı 156 Ağustos 2019, Erişim; <https://0215srs5a-y-https-jurix-com-tr.proxy.uludag.deepknowledge.net/article/19204>.

ASLAN, İ.Yılmaz: Tüketici Hukuku, V. Bası, Ekin Yayınevi, Bursa 2015.  
( Tüketici Hukuku)

ASLAN, İ.Yılmaz: Tüketici Hukuku Dersleri, VII. Baskı, Ekin Yayınevi,  
Bursa 2019.

ATAMER, M. Yeşim: Kredi ve Diğer Finansman Sözleşmelerinde Tüketicinin Korunması, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016.

ATAMER, M. Yeşim: “Yeni Türk Borçlar Kanunu’na Göre Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi- TKHK. m. 6 ile TTK. 55/F I Karşılaştırmalı Olarak”, Türk Hukukunda Genel İşlem Koşulları Sempozyumu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınevi, 2012 s. 9-73.( TTK.55)

ATAMER, M. Yeşim: “ Genel İşlem Koşullarının Denetiminde Yeni Açılımlar”, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Ankara 2004, s. 291-332. ( Armağan)

AYDOĞDU, Murat: Tüketici Hukuku Dersleri, Adalet Yayınevi, Ankara 2015.

BİRİNCİ UZUN, Tuba: Götürü Tazminat, Yetkin Yayınları, Ankara 2015.

BOZKURT YAŞAR, Sevgi: 6502 Sayılı TKHK’na Göre Tüketici Kredisi Sözleşmeleri, Banka ve Finans Hukuku Dergisi, C. 3, Sa:10, 2014, s. 107- 162.

ÇETİNER Bilgehan: Konut Kredisi Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Koşulları, Legal Hukuk Dergisi,01.07.2007,s.2155-2171, Erişim; [https://proxy.uludag.deepknowledge.net/MuseSessionID=0212z09ek/MuseProtocol=https/MuseHost=legalbank.net/MusePath/belge/konut-kredisi\\_sozlesmelerinin-kurulusu-ve\\_kosullari/824114/genel+i%c5%9flem+%c5%9fartlar%c4%b1+tacir](https://proxy.uludag.deepknowledge.net/MuseSessionID=0212z09ek/MuseProtocol=https/MuseHost=legalbank.net/MusePath/belge/konut-kredisi_sozlesmelerinin-kurulusu-ve_kosullari/824114/genel+i%c5%9flem+%c5%9fartlar%c4%b1+tacir)

ÇETİNER Bilgehan: “ 6361 Sayılı Kanun ile Finansal Kiralama Sözleşmelerine İlişkin Getirilen Yeni Düzenlemeler”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sa. 13, Ankara 2013, s. 67 vd

- ENGİN, Baki İlkey: “ Türk Hukukunda Tüketicinin Genel İşlem Koşullarına Karşı Korunması” İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mukayeseli Hukuk Araştırma ve Uygulama Merkezi, Banka ve Tüketici Sorunları Sempozyumu; On İki Levha Yayınevi, İstanbul 2010, s . 79-91.
- ERDEM, Mehmet: “ Tazminatın Götürü Olarak Belirlenmesi” Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, Mayıs 2009, s. 98 vd.
- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, 24. Baskı, Ankara 2019.
- ERDEM, Mehmet: “ Tazminatın Götürü Olarak Belirlenmesi” Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, Mayıs 2009.
- GEZDER, Ümit, Tüketici Kredisi Sözleşmeleri, İstanbul 1998.
- GÖNEN, Doruk: , Konut Finansmanı Sözleşmelerinde Erken Ödeme, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, 2013, s. 145-167.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt I., İstanbul 2012.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper: 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Cilt: 1 ( Madde 1-46), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014.
- HATEMİ, Hüseyin /GÖKYAYLA K. Emre: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012.
- İNAL, Tamer: "Konut Mülkiyetinin İpotekli Konut Finansmanı Sistemine Dayalı Olarak Edinilmesi", Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Eylül-Ekim 2005, S. 13-14, s. 15.
- İNAN, Ali Naim/YÜCEL, Özge: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, IV. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2014.
- KALENDER Ahmet: “6502 Sayılı TKHK Hükümlerine Göre Konut Finansmanı Sözleşmelerinin Karşılaştırılması”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2015, Cilt 23 Sa:2 s. 203- 239.

- KILIÇOĞLU, Ahmet: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Turhan Kitabevi, Ankara 2019.
- KILIÇOĞLU, Ahmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, Ankara, s. ( Genel)
- MEMİŞ, Tekin: Sigorta Sözleşmesi Şartlarının Yargısal Denetimi, Oniki Levha Yayınevi, İstanbul, 2016.
- NOMER, Haluk N.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, XV. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2017.
- OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018.
- OZANOĞLU Hasan Seçkin: “Mukayeseli Hukuk ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından Tüketiciyi Koruyan Düzenlemelerin Kişi Bakımından Uygulama Alanı ( Tüketici Kavramına Mukayeseli Bir Yaklaşım), Prof. Dr. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul Beta 2000.
- OZANOĞLU Hasan Seçkin: “Tüketici Sözleşmeleri Kavramı ( Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Maddi Anlamda Uygulama Alanı) ” 2001, C. 50, Sa:1, s. 55-90, s. 60, Erişim: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/629327>
- ÖNAY, Işık: Yenileme, Oniki Levha Yayınevi, İstanbul 2016.
- ÖZEL, Çağlar: Tüketicinin Korunması Hukuku, V. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2019.
- POROY, Reha: “Tüketicinin Korunmasına İlişkin Bazı Özel Hukuk Sorunları”, Halil Arslanlı’nın Anısına Armağan, İstanbul 1978, s.513- 550.
- REİSOĞLU, Seza, Konut Edinme Amaçlı Konut Finansmanı Sözleşmeleri ve Uygulama Sorunları, Bankacılar Dergisi, 2007, s. 75-84.
- TANDOĞAN, Haluk: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C.I/2, 4. Tıpkı basım, Vedat 2008.

TEKİNAY Selahattin Sulhi /AKMAN Sermet /BURCUOĞLU Haluk/ALTOP Atilla, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Filiz Yayınevi, İstanbul 1993.

TOPALOĞLU, Mustafa: “Mortgage Kredilerinde Erken Ödeme Ücreti ( Cezası)”, Prof. Dr. Attila Özer’e Armağan, Ankara 2010, s. 185-221. ( Ceza)

TOPALOĞLU, Mustafa: “Konut Kredilerinde Erken Ödeme ve Yeniden Yapılandırma Ücreti”, Tüketici Hukuku Kongresi Ses Çözümleri ve Makaleleri, 29-30 Kasım 2013, İstanbul s. 274-285. ( 2013)

TOPALOĞLU, Mustafa: “ Banka Kredilerinde Erken Ödeme”, Terazi Dergisi, Yıl: 5 Sayı: 50, Ekim 2010, s. 53-73.

ÜLGEN, Hüseyin/HELVACI, Mehmet/KAYA, Arslan/NOMER ERTAN, N. Füsün: Kıymetli Evrak Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019.

YAVUZ, Nihat: “Öğretinin ve Uygulamanın Işığında Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi”, Adalet Yayınevi, Ankara 2010.

YENİOCAK, Umut: “Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Genel İşlem Koşullarının Yargısal Denetimi”, TBB. Dergisi, 2013/107, s. 75-96.

YÜCER AKTÜRK İpek:“Tüzel Kişi Tacirin Tüketici Sıfatı” Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XX.Y.2016, Sa. 2, s. 103- 128.

## **MİRASÇILARIN BİLGİLENDİRME YÜKÜMLÜLÜKLERİ**

*Information Obligations of The Heirs*

**Öğr. Gör. Dr. Necati Şükrü BAYRAMOĞLU\***

### **ÖZET**

Mirasçılarının bilgilendirme yükümlülükleri MK m. 646/III, 649/II ve 620/II, III hükümlerinde düzenlenmiştir. MK m. 649/II hükmü genel olarak paylaşımın eşit ve adil olabilmesi için gereken tüm bilgilerin verilmesi gerektiğini öngörmüştür. MK m. 646/III'de bilgilendirme yükümlülüğü iki durum için özel olarak düzenlenmiştir. MK m. 646/III'e göre; mirasçılar zilyet olduğu tereke mallarını ve mirasbırakana olan borçlarını bildirmek zorundadır. MK m. 620/II'de ise mirasbırakanın mali durumu hakkında bilgi sahibi olanların sulh hukuk mahkemesi tarafından istenen bilgileri vermesi gerektiği düzenlenmiştir. Mirasçılar mirasbırakanın mali durumuyla ilgili bilgileri vermek zorundadır. Bu hususta özellikle bildikleri mirasbırakanın borçlarını bildirmek zorundadır (MK m. 620/III). Verilen bu bilgilerle terekenin aktif ve pasif unsurları net bir şekilde ortaya çıkar. Tereke mevcudunun doğru bir şekilde tespiti ve paylaşımın hızlı, eşit ve adalete uygun bir şekilde gerçekleştirilebilmesi için bilgilendirmenin paylaşımından önce yapılması gerekmektedir. Bilgilendirme yükümlülüğü; sözlü olarak, ilgili belgelerin incelenmek üzere sunulması veya

---

\* Çankırı Karatekin Üniversitesi Yapraklı Meslek Yüksekokulu, [necati.bayramoglu@gmail.com](mailto:necati.bayramoglu@gmail.com), ORCID- ID: 0000-0001-6928-7247



ilgili belgelerin kopyaları verilerek yerine getirilebilir. Bilgi alma talebinin kabul edilmemesi durumunda bir eda davasıyla bu talep yerine getirilebilir. Bilgilendirme yükümlülüğünün kusurlu bir şekilde ihlali sonucunda herhangi bir zarar oluşursa tazminat sorumluluğu ortaya çıkar.

**Anahtar Kelimeler:** Bilgilendirme, mirasçı, mirasbırakan, tereke, tazminat.

### **ABSTRACT**

Information obligations of the heirs are regulated in the provisions of MK m. 646/III, 649/II ve 620/II, III. The provision of MK m. 649/II has generally stipulated that all necessary information should be given in order for the sharing to be equal and fair. In MK m. 646/III, the obligation to inform is specially regulated for two situations. According to MK m. 646/III; heirs must notify the estate properties of which man is the possessor and their debts to the deceased. In MK m. 620/II, it is regulated that those who have information about the financial status of the deceased should provide the information requested by the civil court of peace. The heirs must give information about the financial status of the deceased. In this regard, they have to report the debts of the deceased that they know especially (MK m.620/III). With this information, the active and passive elements of the estate are clearly revealed. In order for the presence of estate to be determined correctly and to be shared quickly, equally and fairly, the information should be made before sharing. Information obligation can be fulfilled orally, by submitting the relevant documents for review or by giving the copies of the relevant documents. In case the claim for information is not accepted, this claim can be fulfilled with a execution of action. Damages liability arises if any damage occurs as a result of any flawed breach of the obligation to inform.

**Keywords:** Information, heir, deceased, estate, damages.

## **GİRİŞ**

Mirasbırakanın ölümüyle geride bıraktığı terekesi üzerinde mirasçılar arasında elbirliği şeklinde hak sahipliğine dayalı bir ortaklık kurulmuş olur. Miras ortaklığı denilen bu ortaklıkta adi ortaklıktan farklı olarak bir kazanç elde etme amacı yoktur. Buradaki amaç, terekeyi korumak ve terekenin içerisinde yer alan varlıkları paylaşmaktır<sup>1</sup>. Paylaşımın eşit ve adil bir şekilde gerçekleştirilebilmesi için mirasçılarının kanundan ve dürüstlük kuralından doğan birtakım yükümlülükleri vardır. Bu yükümlülükler; birbirine zarar vermeme, doğru bilgiler verme ve paylaşımı hızlandırma, kolaylaştırma şeklinde sayılabilir<sup>2</sup>. Bu yükümlülükler arasında yer alan bilgilendirme yükümlülüğü kanunda özel olarak düzenlenmiştir.

Mirasçılarının bilgilendirme yükümlülüklerine ilişkin hükümleri DRUEY'den ilham alarak yasal sistem duvarındaki çiçeklere benzetebiliriz<sup>3</sup>. Fakat bu duvar çiçekleri uygulamada gözden kaçırılmış veya görülemezdir. Aslında bunlar gözden kaçırarak kadar gizli bir yerde değil; açık seçik görünmektedir (bkz. MK m. 620/II, III, 646/III, 649/II). Mirasçılar tarafından verilecek bilgiler birçok yönden önem taşır. Mirasçılarının iradeleri dışında dahil olduğu miras ortaklığı çoğu zaman mirasçıları rahatsız eder. Bir mal üzerinde birden fazla kişinin hak sahibi olması (hak sahipleri yakınardan oluşsa da) çoğu zaman gerilime, anlaşmazlığa neden olmaktadır. Tereke malları üzerinde yapılacak çoğu işlem için oybirliğinin gerekmesi bu anlaşmazlığı derinleştirmektedir. Dolayısıyla bu zoraki ortaklığın kısa sürede dağılması her mirasçının yararına değildir. Mirasçılarının verecekleri doğru bilgilerle bu ortaklığın eşitliğe ve adalete uygun, hızlı bir şekilde tasfiyesi oluşabilecek düşmanlıkları engeller.

<sup>1</sup> **SEROZAN, Rona/ENGİN, Baki İlkay**, Miras Hukuku, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012, § 1, N. 96.

<sup>2</sup> **SEROZAN/ENGİN**, § 1, N. 97.

<sup>3</sup> **DRUEY, Jean Nicolas**, Der Anspruch des Erben auf Information, Hrsg: Basler Juristenverein, BJM, 1988, s. 126.

Bu çalışmamızda sadece mirasçıların bilgilendirme yükümlülükleri Türk ve İsviçre hukuk sistemleri bakımından incelenmiş olup, 3. kişi ve kurumların mirasçılara karşı olan bilgilendirme yükümlülükleri çalışma kapsamı dışında bırakılmıştır.

## **I. GENEL OLARAK BİLGİLENDİRME YÜKÜMLÜLÜĞÜ**

İnsanlar hayatlarının her safhasında belirli bir konuda karar vermek için o konuyla ilgili bilgilere ihtiyaç duyar. Söz konusu konuyla ilgili ne kadar çok bilgi sahibi olunursa verilecek kararın isabeti de o derece artar. Hukuk sahasında da bilginin önemi büyüktür. Bir hukuki işlem kurulmasına karar verilirken pek çok bilgiye ihtiyaç duyulur. Çünkü hukuki işlemler çoğunlukla bir hak kazandırmasının yanında bir de yükümlülük yükler.

Maddi hukuka ilişkin taleplerin yerine getirilebilmesi talebin dayanağı olan olayların ispatlanmasına bağlıdır<sup>4</sup>. Her hak çok sayıda bilgiyi temel alarak amacına ulaşabilir<sup>5</sup>. Fakat bilgiye olan salt bir ihtiyaç, bilgi alma hakkını otomatik olarak sağlamaz<sup>6</sup>. Maddi özel hukukta genel bir bilgi edinme hakkı yoktur<sup>7</sup>.

Bilgi alma hakları bizzat kanundan veya sözleşmeden doğabilir. Bunun yanı sıra somut olayın özelliklerine göre dürüstlük kuralından da bilgi alma hakları doğabilir.

<sup>4</sup> **GÖKSU, Tarkan**, Informationsrechte der Erben, Hrsg: Arnold F. Rusch, AJP, 2012, s. 953.

<sup>5</sup> **DRUEY**, Information, s. 127. **DRUEY**, bilgiyi makinedeki yağa benzetererek, yağ olmadan makinenin çalışmaması gibi bilgi olmaksızın hakların işlev kazanmasının düşünülemeyeceğini ifade etmiştir (**DRUEY, Jean Nicolas**, Das Informationsrecht des Erben - die Kunst, Einfaches kompliziert zu machen, Successio, 2011, s. 185).

<sup>6</sup> **DRUEY**, Kunst, s. 185; **GÖKSU**, s. 953; **BGE** 132 III 677, 02.05.2006, E. 4.2.4 (Swisslex, Erişim Tarihi: 24.12.2020).

<sup>7</sup> **BREITSCHMID, Peter/MATT, Isabel**, Informationsansprüche der Erben und ihre Durchsetzung insbesondere Informationsansprüche gegenüber Banken über ihre Geschäftsbeziehung mit dem Erblasser, Successio, 2010, s. 89; **GÖKSU**, s. 953; **BGE** 132 III 677, 02.05.2006, E. 4.2.1 (Swisslex, Erişim Tarihi: 24.12.2020). İstisnaen bazı durumlarda bilgi alma hakları tanınmıştır. Bkz. örn; Hasta Hakları Yönetmeliği m. 15, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 18, 23, 24, 33, 36, 40, 43 vd.

## II. GENEL OLARAK MİRASÇILARIN BİLGİLENDİRME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Özel hukukta olduğu gibi miras hukukunda da miras ilişkisine taraf olanların genel bir bilgilendirme yükümlülükleri yoktur<sup>8</sup>. Miras hukukunda sadece belirli durum ve koşullar için bilgi alma hakları tanınmıştır. MK m. 646/III ve MK m. 649/II hükümleri bazı konularda bilgi alma hakları tanımıştır. Mirasçılara yüklenen bilgi verme yükümlülükleri miras ortaklığındaki el birliği ilişkisinden kaynaklanan ortaklığa ilişkin bir yükümlülüktür<sup>9</sup>. Fakat mirasçılar, bilgi edinme hakkını miras ortaklığındaki el birliği kuralına tabi olmaksızın diğer mirasçılardan bağımsız olarak kullanabilir<sup>10</sup>.

Miras hukukunda mirasçuların bilgilendirme yükümlülüğü kural olarak talep edilmeksizin ortaya çıkan bir yükümlülüktür<sup>11</sup>. Mirasçıla-

<sup>8</sup> **SCHRÖDER, Andreas**, *Erbrechtliche Informationsansprüche oder: die Geister, die ich rief...*, Successio, 2011, s. 197. BGer, 5C.276/2005 E. 2.5.1 (Swisslex, Erişim Tarihi: 24.12.2020).

<sup>9</sup> **WOLF, Stephan**, *Auskunftspflichten unter Miterben BGE 127 III 396 ff.*, *Recht-Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis*, Stämpfli Verlag AG, Bern 2002, s. 77.

<sup>10</sup> **ESCHER, Arnold/ESCHER, Arnold**, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. III, Erbrecht, Zweite Abteilung: Der Erbgang (Art. 537-640)*, Schulthess & CO AG, Zürich 1960, Art. 610, N. 4; **WEIBEL, Thomas**, *Praxiskommentar, Erbrecht*, Hrsg: Abt, Daniel/Weibel, Thomas, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2000, Vorbem. zu Art. 607 ff., N. 20; **WOLF**, *Auskunft*, s. 77; **GÖKSU**, s. 956; **RAVEANE, Zeno**, *Erbrechtliche Informationsansprüche und ihre Durchsetzung, Impulse zur praxisorientierten Rechtswissenschaft Band/Nr. 30*, Hrsg: Thomas Sutter-Somm, Schulthess Juristische Medien, Zürich – Basel – Genf 2017, N. 17.

<sup>11</sup> **TUOR, Peter/PICENONI, Vito**, *Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bd. III, Das Erbrecht, 2. Abteilung: Der Erbgang, Art. 537-640 ZGB, Zweite Auflage*, Verlag Stämpfli & Cie, Bern 1966, Art. 607, N. 9; **ESCHER/ESCHER**, Art. 610, N. 3; **OSWALD, Adriano**, *Die Auskunftspflicht im Erbgang*, *Dissertation, Juris Druck + Verlag*, Zürich 1976, s. 18; **SCHAUFELBERGER, Peter C./KELLER, Katrin**, *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB, 3. Auflage*, Hrsg: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Geiser, Thomas, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2006, Art. 607, N. 11; **KOCAYUSUPFAŞAOĞLU**, Necip, *Miras Hukuku*, 3. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1987, s. 709; **WEIBEL, Thomas**, *Praxiskommentar, Erbrecht*, Hrsg: Abt, Daniel/Weibel, Thomas, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2000, Vorbem. zu Art. 607 ff., N. 17; **WOLF**, *Auskunft*, s. 77; **DURAL, Mustafa/ÖZ, Turgut**, *Türk Özel Hukuku, C. IV, Miras Hukuku, Yenilenmiş 8. Bası*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2015, N. 1959; **İNAN, Ali Naim/ERTAŞ, Şeref/ALBAŞ, Hakan**, *Türk Medeni Hukuku, Miras Hukuku*, 8. Baskı, İleri Kitabevi, İzmir 2012, s. 555; **İMRE, Zahit/ERMAN, Hasan**, *Miras*

rın MK m. 646/III ve MK m. 649/II kapsamında vermeleri gereken bilgi ve belgeleri talep edilmeden vermeleri gerekmektedir<sup>12</sup>. MK m. 620'de öngörülen bilgilendirme yükümlülüğünün ortaya çıkabilmesi için sulh hukuk mahkemesi tarafından bilginin ilgili mirasçıdan istenmesi gerekmektedir<sup>13</sup>.

Mirasçıların bilgilendirme yükümlülüklerine ilişkin hükümler emredici niteliktedir<sup>14</sup>. Dolayısıyla mirasbırakan, mirasçıları bilgilendirme yükümlülüğünden muaf tutamaz<sup>15</sup>. Mirasbırakan, bir mirasçıya yaptığı kazandırmanın gizli kalmasını öngörmüş olsa bile, bilgilendirme yükümlülüğü devam eder<sup>16</sup>. Mirasbırakan, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarla ilgili bilgiler söz konusu ise (örn; tıbbi konular hakkında) ölümünden sonra da mirasçıların bilgi almasını engelleyebilir<sup>17</sup>. Fakat bu bilgi, terekenin belirlenmesine etki edecek nitelikteyse mirasbırakanın iradesinin aksine ortaya konulabilir<sup>18</sup>. Örneğin; mirasbırakanın sağlığında yapmış olduğu bir işlem için bu işlem esnasında ayırt etme gücünü etkileyebilecek bir akıl hastalığına ilişkin bilgilerin ortaya konulması istenebilir.

---

Hukuku, Gözden Geçirilmiş 14. Basım, Der Yayınları, İstanbul 2018, s. 485; **SCHRÖDER**, s. 190; **HÄFLİGER, Manuela**, OFK - Orell Füssli Kommentar ([navigator.ch](http://navigator.ch)), ZGB Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Hrsg: Kostkiewicz, Jolanta Kren/Wolf, Stephan/Amstutz, Marc/Fankhauser, Roland, 3., überarbeitete Auflage, Orell Füssli Verlag AG, Zürich 2016, Art. 607, N. 7; **RAVEANE**, N. 35; **ÖZDEMİR, Hayrunnisa**, Türk Medeni Kanununa Göre Mirasın Paylaşılması Şerhi, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, s. 89.

12 **WOLF, Stephan**, Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Die Teilung der Erbschaft, Art. 602-619 ZGB, Hrsg: Hausheer, Heinz/Walter, Hans Peter/Wolf, Stephan/Eggel, Martin, Stämpfli Verlag AG, Bern 2014, Art. 607, N. 29.

13 Bu husustaki tartışmalar için bkz. VIII.

14 **GÖKSU**, s. 955; **RAVEANE**, N. 12. Karş. **WOLF**, Berner Kommentar, Art. 607, N. 29.

15 **TUOR/PICENONI**, Art. 607, N. 9; **OSWALD**, s. 17; **WEIBEL**, Vorbem. zu Art. 607 ff., N. 16; **WOLF**, Auskunft, s. 77; **SEROZAN/ENGİN**, § 1, N. 170; **HÄFLİGER**, Art. 607, N. 7; **GÖKSU**, s. 955; **RAVEANE**, N. 13.

16 **TUOR/PICENONI**, Art. 607, N. 9; Art. 610, N. 5; **OSWALD**, s. 17; **WOLF**, Auskunft, s. 77; **WOLF**, Berner Kommentar, Art. 607, N. 29.

17 **GÖKSU**, s. 955. Bkz. **SCHRÖDER**, s. 196.

18 Bkz. **GÖKSU**, s. 955; **SCHRÖDER**, s. 196. Fakat bu durumda söz konusu bilgilerin genele yayılmaması için gerekli tedbirler alınmalıdır. Bu kapsamda bilgi almaya yönelik olarak açılan davanın duruşması gizli olarak yapılabilir ve hakim, taraflara duruşmada öğrendikleri söz konusu bilgileri açıklamaması hususunda uyarabilir (bkz. HMK m. 28/II, IV).

### **III. MİRASÇILARIN BİLGİLENDİRME YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN KAYNAĞI VE AMACI**

Mirasçılarının bilgilendirme yükümlülüklerinin kaynağı yasaya dayanmaktadır<sup>19</sup>. Doktrinde bazı yazarlar; bilgilendirme yükümlülüğünün kaynağını dürüstlük kuralına dayandırmaktadır<sup>20</sup>. Mirasçılarının bilgilendirme yükümlülüklerini düzenleyen kurallar, dürüstlük kuralı esas alınarak oluşturulmuştur ve dürüstlük kuralının uygulanmasına hizmet eder<sup>21</sup>. Fakat kanaatimizce söz konusu yükümlülük, yasada açıkça düzenlendiği için bu yükümlülüğün kaynağını dürüstlük kuralına dayandıramayız.

Mirasçılarının bilgi alma haklarının olmasının nedenlerinden birisi mirasbırakanın terekesinde yer alan borçlara iradesi dışında kendiliğinden külli halef sıfatıyla sahip olması ve bu borçlardan kişisel malvarlığıyla da sınırsız bir şekilde sorumlu olmasıdır. Bu sebeple mirasbırakanın ne tür borçlarının olduğunu, bu borçların nasıl ortaya çıktığını, miktarlarını ve alacaklıların haklı olup olmadığını bilmelerinde hukuki yararları vardır. Bu borçların ödenebilmesi için tereke mevcudunda yer alan aktif ve pasiflerin miktarının da bilinmesi gerekmektedir<sup>22</sup>. Fakat mirasçılarının bilgilendirme yükümlülüklerinin nedeni sadece borçlardan kişisel malvarlığıyla da sınırsız sorumluluktan kaynaklanmaz. Tereke mevcudunda hiç pasif unsurun olmaması halinde de mirasçılarının bilgi almaya yönelik çıkarları vardır. Nitekim mirasçılarının bilgilendirme yükümlülüklerinin bir diğer nedeni esasen miras ortaklığına dahil olmalarından kaynaklanmaktadır. Miras ortaklığında amaç, ortaklığın sahip olduğu terekenin eşitlik ve adalet ilkesine uygun bir şekilde paylaşılmasıdır. Bunun için terekeye dahil olan ve olması gereken unsurlarla ilgili bilgi sahibi olan mirasçılarının bu

<sup>19</sup> **WOLF**, *Auskunft*, s. 77, dn. 16; **ÖZDEMİR**, s. 71. **SCHRÖDER**, mirasçılar arasındaki bilgilendirme yükümlülüğünün adi ortaklığa ilişkin Art. 541 OR (TBK m. 631) hükmünün kıyasen uygulanmasıyla da ortaya çıkabileceğini ileri sürmektedir (**SCHRÖDER**, s. 196). Aynı yönde bkz. **RAVEANE**, N. 44.

<sup>20</sup> **OSWALD**, s. 15; **KELLER/SCHAUFELBERGER**, Art. 607, N. 11; **İMRE/ERMAN**, s. 485; **WEIBEL**, *Vorbem. zu Art. 607*, N. 16; **HÄFLİGER**, Art. 607, N. 7. Bkz. BGer, 5A\_994/2014, 11.01.2016, E. 4.3 (Swisslex, Erişim Tarihi: 24.12.2020).

<sup>21</sup> Aynı yönde bkz. **ÖZDEMİR**, s. 71. Karş. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 708.

<sup>22</sup> **OSWALD**, s. 5.

amacı gerçekleştirmek için söz konusu bilgileri vermesi gerekmektedir.

Mirasçılarının bilgilendirme yükümlülüğünün amacı, mirasçılar arasındaki eşitliği (MK m. 649/I) ve terekenin doğru ve adil bir şekilde paylaşılmasını sağlamaktır<sup>23</sup>. Bunun için öncelikle terekenin mevcudu doğru bir şekilde tespit edilmelidir<sup>24</sup>. Mirasçılar arasında paylaşım tabii tutulacak değerler, sadece mirasbırakanın öldüğü tarihteki tereke mevcudundan ibaret değildir. Buna bazı değerlerin eklenmesi veya çıkarılması gerekir. Eklenmesi veya çıkarılması gereken değerler hakkında bilgi sahibi olan mirasçılarının bu bilgileri vermesiyle paylaşım esas olacak net tereke hızlı bir şekilde ortaya çıkarılabilir<sup>25</sup>. Mirasın paylaşılmasının mümkün olduğu kadar hızlı bir şekilde tamamlanması önemlidir. Bilgilendirme, mirasın paylaşım işleminin hızlanmasına ve dolayısıyla mirasçılar arasındaki uyuşmazlıkların hızlı bir şekilde çözümlenmesine hizmet eder.

Bilgilendirmenin diğer bir amacı, mirasçılarının taleplerini detaylı bir şekilde ortaya koyabilmelerine imkan sağlamaktır<sup>26</sup>. Bu bilgiler, özellikle saklı payı zedelenen mirasçılar ve denkleştirme alacaklılarının haklarına kolaylıkla kavuşturabilir.

<sup>23</sup> **ESCHER/ESCHER**, Art. 610, N. 2; **OSWALD**, s. 15; **SCHAUFELBERGER/KELLER**, Art. 607, N. 11; Art. 610, N. 17; **SEROZAN/ENGİN**, § 7, N. 46; **İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ**, s. 555; **İMRE/ERMAN**, s. 484; **WEIBEL**, Vorbem. zu Art. 607 ff., N. 16; **WOLF**, Berner Kommentar, Art. 610, N. 20; **HÄFLİGER**, Art. 610, N. 5; **ÖZDEMİR**, s. 88; **BGE** 132 III 677, 685; **BGE** 127 III 396, 402 (Swisslex, Erişim Tarihi: 24.12.2020).

<sup>24</sup> **OSWALD**, s. 16; **BGE** 127 III 396, 21.06.2001, E. 2.a (Swisslex, Erişim Tarihi: 24.12.2020).

<sup>25</sup> **OSWALD**, s. 4, 16; **WOLF**, Auskunft, s. 78. Bkz. **BGE** 127 III 396, 398; **BGer**, 5C.205/2000, 21.06.2001, E. 1.a.cc (Swisslex, Erişim Tarihleri: 24.12.2020).

<sup>26</sup> **WEIBEL**, Vorbem. zu Art. 607 ff., N. 18; **SEROZAN/ENGİN**, § 1, N. 170; **GÖKSU**, s. 954; **DRUEY**, Information, s. 116. Bkz. **OSWALD**, s. 7; **BGer**, 5C.135/2005, 02.11.2005, E. 2.2 (Swisslex, Erişim Tarihi: 24.12.2020). Karş. **RAVEANE**, N. 12, 295.

#### **IV. MK m. 646/III'DE ÖNGÖRÜLEN BİLGİLENDİRME YÜKÜMLÜLÜĞÜ**

Medeni Kanun m. 646/III'de bilgi verme yükümlülüğüne konu olan iki durum özel olarak düzenlenmiştir<sup>27</sup>. Buna göre; tereke mallarına zilyet olan veya mirasbırakana borçlu olan mirasçılar, bu konularda bilgi vermekle yükümlüdür. Söz konusu durumların bilgi vermekle yükümlü mirasçılar tarafından gizlenme tehlikesinin olması<sup>28</sup> ve diğer mirasçılar tarafından da tespit edilmesi zor olduğu için bu iki durum hakkındaki bilgilendirme yükümlülüğü kanunda özel olarak düzenlenmiştir<sup>29</sup>. Bu mal veya borçlar ortaya çıkarılmadan terekenin gerçek mevcudunu belirlemek oldukça zordur<sup>30</sup>. Bu bilgilerin önemi sebebiyle kanunda özellikle bu bilgilerin 'eksiksiz' bir şekilde verilmesi gerektiği öngörülmüştür. Dolayısıyla bu konuda yapılacak bilgilendirmenin de kapsamlı olması gerekmektedir<sup>31</sup>.

Mirasçılar tereke malları üzerindeki zilyetliği külli halefiyet ilkesi gereğince kendiliğinden kazanmaktadır (MK m. 599/II). MK m. 646/III'de anılan zilyetlik, dolaysız zilyetliktir. Yani tereke mallarını fiili hakimiyetinde bulunduran kişiler bilgi vermekle yükümlüdür<sup>32</sup>. Mirasçıların tereke mallarına zilyetlik durumu, mirasbırakanın sağlığında bir şeyi ödünç vermesi, kiralaması veya emanet etmesiyle ortaya çıkabilir<sup>33</sup>. Zilyetlik durumu, birden fazla kişinin birlikte zilyetliği şeklinde de ortaya çıkabilir<sup>34</sup>. Bir mirasçının mirasbırakandan çaldığı

<sup>27</sup> **WOLF**, Berner Kommentar, Art. 607, N. 23; **HÄFLİGER**, Art. 607, N. 7.

<sup>28</sup> **ESCHER/ESCHER**, Art. 607, N. 8; **ÖZDEMİR**, s. 72.

<sup>29</sup> **TUOR/PICENONI**, Art. 607, N. 9; **OSWALD**, s. 15; **DURAL/ÖZ**, N. 1958.

<sup>30</sup> **WOLF**, Berner Kommentar, Art. 607, N. 24.

<sup>31</sup> **SCHAUFELBERGER/KELLER**, Art. 607, N. 11; **WOLF**, Berner Kommentar, Art. 607, N. 31; **HÄFLİGER**, Art. 607, N. 7.

<sup>32</sup> Karş. **SEROZAN/ENGİN**, N. 64.

<sup>33</sup> **ESCHER/ESCHER**, Art. 607, N. 8; **TUOR/PICENONI**, Art. 607, N. 9; **OSWALD**, s. 15; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 708; **SCHAUFELBERGER/KELLER**, Art. 607, N. 11; **WEIBEL**, Vorbem. zu Art. 607, N. 15; **WOLF**, Berner Kommentar, Art. 607, N. 26.

<sup>34</sup> **TUOR/PICENONI**, Art. 607, N. 9; **OSWALD**, s. 15. Karş. **WOLF**, Berner Kommentar, Art. 607, N. 26.



şeyler de bu kapsamda değerlendirilir<sup>35</sup>. Tereke mallarına zilyetlik durumu, bilgi verme yükümlülüğünün ortaya çıkabilmesi için yeterlidir. Zilyetliğin dayanağı kural olarak dikkate alınmaz<sup>36</sup>. Mirasbırakanla aynı evde yaşayan mirasçılar evdeki eşyalar için MK m. 930'daki mülkiyet karinesine dayanamaz<sup>37</sup>.

Mirasçılar, mirasbırakana karşı doğrudan borç altına girerek veya mirasbırakanın malvarlığını idare etmesi sebebiyle mirasbırakanın borçlusu olabilir. Mirasçının borcu, sadece tüketim ödücü sözleşmesi gereği ödünç verilenlerle ilgili değil; mirasçıyı mirasbırakana karşı yükümlü kılan her türlü borç sebebiyle ortaya çıkabilir<sup>38</sup>. Örn; mirasçının mirasbırakana vermiş olduğu zarar sebebiyle ortaya çıkan tazminat alacakları hakkında da bilgi verilmesi gerekmektedir<sup>39</sup>.

## **V. MK m. 649/II'DE ÖNGÖRÜLEN BİLGİLENDİRME YÜKÜMLÜLÜĞÜ**

Medeni Kanun m. 649/II'de mirasçılarının mirasın eşit ve adil dağıtılması için dikkate alınması gereken mirasbırakanla olan ilişkileri hakkındaki tüm bilgileri vermesi gerektiği ifade edilmiştir. Kanunda mirasbırakanla ilişkiler olarak adlandırılan bilgilerin kapsamının belirlenmesi gerekir. İsviçre doktrini ve yargı uygulaması bilgilendirme yükümlülüğünün kapsamının geniş bir şekilde ele alınması gerektiğini ifade etmektedir<sup>40</sup>. Kanunda 'mirasbırakan ile ilişkiler' olarak adlandırılan ilişkiler sadece miras hukukuyla ilgili ilişkiler olmayıp, paylaşımı etkileyebilecek mirasbırakan ile mirasçılar arasındaki malvarlığını ilgilendiren tüm ilişkiler bu kapsamda değerlendirilir<sup>41</sup>. Tereke

<sup>35</sup> **SCHAUFELBERGER/KELLER**, Art. 607, N. 11; **WEIBEL**, Vorbem zu Art. 607, N. 15; **WOLF**, Berner Kommentar, Art. 607, N. 26.

<sup>36</sup> **WOLF**, Berner Kommentar, Art. 607, N. 26; **HÄFLİGER**, Art. 607, N. 7.

<sup>37</sup> **TUOR/PICENONI**, Art. 607, N. 9.

<sup>38</sup> **TUOR/PICENONI**, Art. 607, N. 9; **ESCHER/ESCHER**, Art. 607, N. 8; **OSWALD**, s. 15; **SCHAUFELBERGER/KELLER**, Art. 607, N. 11; **WOLF**, Berner Kommentar, Art. 607, N. 27.

<sup>39</sup> **WOLF**, Berner Kommentar, Art. 607, N. 27.

<sup>40</sup> **SCHAUFELBERGER/KELLER**, Art. 610, N. 18; **WEIBEL**, Vorbem. zu Art. 607 ff., N. 32; **HÄFLİGER**, Art. 610, N. 5; **BGer**, 5C.158/2006, 23.03.2007, E. 3.1 (Swisslex, Erişim Tarihi: 24.12.2020).

<sup>41</sup> **OSWALD**, s. 17; **WOLF**, Berner Kommentar, Art. 610, N. 21; **ÖZDEMİR**, s. 89.

mevcudunun belirlenmesinde önemli olabilecek her olgu bildirilmelidir<sup>42</sup>. Mirasın paylaşılmasını etkileyebilecek mirasbırakan ile mirasçılar arasındaki tüm malvarlığı değişimleri hakkında bilgi verilmelidir<sup>43</sup>. Mirasçılar, objektif olarak bakıldığında paylaşımı herhangi bir şekilde etkileyebilecek şekilde görünen tüm bilgi ve belgeleri diğer mirasçılara vermelidir<sup>44</sup>. Paylaşımı etkileyebilecek mirasbırakanın sağlığında mirasçılarının yapmış olduğu tüm kazandırmalar ortaya konulmalıdır<sup>45</sup>. Çünkü bu kazandırmalardan karşılıksız olanların denkleştirmeye veya tenkise tabi olma<sup>46</sup>; karşılıklı olanların muvazaalı olma ihtimali vardır. Özellikle denkleştirmeye ve tenkise tabi olabilecek kazandırmalar, bağışlamalar, bildirilmelidir<sup>47</sup>. Mirasbırakan evli ise tabi olduğu mal rejimini ilgilendiren tüm kazandırmalar bildirilmelidir<sup>48</sup>. Sağ kalan eş, mirasbırakanla arasındaki ilişkinin mal rejimiyle ilgili olduğunu ileri sürerek bilgi vermekten kaçınamaz<sup>49</sup>.

<sup>42</sup> **SCHAUFELBERGER/KELLER**, Art. 610, N. 18; **WOLF**, *Auskunft*, s. 78.

<sup>43</sup> **ESCHER/ESCHER**, Art. 610, N. 3; **RAVEANE**, N. 29. Kantonsgesicht, St. Gallen, BS.2015.6, 19.11.2015, 2.a, Entscheide des Kantons- und Verwaltungsgesichts des Kts. St. Gallen (Swisslex, Erişim Tarihi: 24.12.2020).

<sup>44</sup> **SCHAUFELBERGER/KELLER**, Art. 610, N. 18; **WEIBEL**, *Vorbem. zu Art. 607 ff.*, N. 33; **WOLF**, *Berner Kommentar*, Art. 610, N. 20; **SCHRÖDER**, s. 190; **MEYER**, Art. 610, N. 3; **HÄFLİGER**, Art. 610, N. 5; **GÖKSU**, s. 960; **DRUEY**, *Information*, s. 117; **RAVEANE**, N. 29; BGE 132 III 677, 02.05.2006, E. 4.2.1; BGE 99 III 41, 45; BGE 127 III 396, 402; **BGer**, 5C.158/2006, 23.03.2007, E. 3.2; **BGer**, 5A\_994/2014, 11.01.2016, E. 2.1. (Swisslex, Erişim Tarihleri: 24.12.2020).

<sup>45</sup> **SCHAUFELBERGER/KELLER**, Art. 610, N. 18; **WEIBEL**, *Vorbem. zu Art. 607 ff.*, N. 33; **SCHRÖDER**, s. 190; **WOLF**, *Auskunft*, s. 78; **HÄFLİGER**, Art. 610, N. 5; BGE 127 III 396, 402; **BGer**, 5P.347/2004, 11.01.2005, E. 6.2; **BGer**, 5A\_994/2014, 11.01.2016, E. 2.1; **Kantonsgesicht, St. Gallen**, BS.2015.6, 19.11.2015, 2.a, Entscheide des Kantons- und Verwaltungsgesichts des Kts. St. Gallen (Swisslex, Erişim Tarihleri: 24.12.2020).

<sup>46</sup> **SCHRÖDER**, s. 190. Karş. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 709; **WEIBEL**, *Vorbem. zu Art. 607 ff.*, N. 33; **WOLF**, *Auskunft*, s. 78; **RAVEANE**, N. 30. Bkz. BGE 99 III 41, 45; **BGer**, 5A\_994/2014, 11.01.2016, E. 5.5 (Swisslex, Erişim Tarihi: 24.12.2020).

<sup>47</sup> **TUOR/PICENONI**, Art. 610, N. 5; **OSWALD**, s. 15; **DURAL/ÖZ**, N. 1958.

<sup>48</sup> **WOLF**, *Auskunft*, s. 80; BGE 127 III 396, 399, E. 2a.

<sup>49</sup> **SCHRÖDER**, s. 190-191; **RAVEANE**, N. 29; BGE 127 III 396, 401-402; **BGer**, 5C.158/2006, 23.03.2007, E. 3.2; Kantonsgesicht, St. Gallen, BS.2015.6, 19.11.2015, 2.a, Entscheide des Kantons- und Verwaltungsgesichts des Kts. St. Gallen (Swisslex, Erişim Tarihleri: 24.12.2020).

Mirasçılarının terekeye yönelik alacakları, mirasbırakanın beyanları, ölüme bağlı işlemlerin yorumlanmasına yarayan durumlar da bildirilmelidir<sup>50</sup>. Mirasçının mirasbırakan için yürüttüğü işlemler hakkında da bilgi verilmelidir<sup>51</sup>. İfa edilmemiş borç sözleşmeleri, şartlı işlemler hakkında bilgi sağlanmalıdır. Mirasbırakanla yapılan diğer anlaşmalar ve bu anlaşmalarla ilgili belgelerin de ortaya konulması gerekmektedir<sup>52</sup>. Ayrıca banka belgeleri, vergi beyannameleri gibi vergiyle ilgili işlemleri gösteren belgelerin de açıklanması gerekmektedir<sup>53</sup>.

Bilginin paylaşımıyla ilgisiz olduğu öne sürülerek verilmesinden kaçınılamaz. Çünkü bir uyuşmazlık durumunda bilginin paylaşımı ilgili olup olmadığını hakim takdir eder<sup>54</sup>. Mirasçı, söz konusu bilgileri verebilecek diğer kişi ve kurumların olduğunu ileri sürerek bilgi vermekten kaçınmaz<sup>55</sup>. Bir kazandırma, mirasbırakanın iradesine göre gizli kalması gerekse bile, bilgi verme yükümlülüğü mevcuttur<sup>56</sup>. Verilecek bilginin paylaşımı etkilemesi hakkında bu bilginin paylaşımı etkileyebilecek nitelikte görünmesi dahi yeterlidir<sup>57</sup>.

<sup>50</sup> **TUOR/PICENONI**, Art. 610, N. 5; **OSWALD**, s. 15; **WOLF**, Berner Kommentar, Art. 610, N. 22.

<sup>51</sup> **TUOR/PICENONI**, Art. 610, N. 5; **OSWALD**, s. 15.

<sup>52</sup> **SCHAUFELBERGER/KELLER**, Art. 610, N. 18; **WEIBEL**, Vorbem. zu Art. 607 ff., N. 33, 34; **GÖKSU**, s. 960; **RAVEANE**, N. 29; Kantonsgericht, St. Gallen, BZ\_2007\_5, 05.11.2007, E. 3, Entscheide des Kantons- und Verwaltungsgerichts des Kts. St. Gallen (Swisslex, Erişim Tarihi 24.12.2020).

<sup>53</sup> **SCHAUFELBERGER/KELLER**, Art. 610, N. 18; **WEIBEL**, Vorbem. zu Art. 607 ff., N. 34; **WOLF**, Berner Kommentar, Art. 610, N. 22; **GÖKSU**, s. 960; **RAVEANE**, N. 37; **ÖZDEMİR**, s. 74. Kantonsgericht, St. Gallen, BS.2015.6, 19.11.2015, 2.a, Entscheide des Kantons- und Verwaltungsgerichts des Kts. St. Gallen (Swisslex, Erişim Tarihi: 24.12.2020).

<sup>54</sup> **WEIBEL**, Vorbem. zu Art. 607 ff., N. 33; **WOLF**, Berner Kommentar, Art. 610, N. 23; **GÖKSU**, s. 960; Kantonsgericht, St. Gallen, BS.2015.6, 19.11.2015, 2.a, Entscheide des Kantons- und Verwaltungsgerichts des Kts. St. Gallen (Swisslex, Erişim Tarihi: 24.12.2020). Karş. **DRUEY**, Information, s. 116.

<sup>55</sup> **WEIBEL**, Vorbem. zu Art. 607 ff., N. 35; **WOLF**, Berner Kommentar, Art. 610, N. 23; BGE 127 III 396, 402; BGer, 5C.205/2000, 21.06.2001, E. 3; BGer, 5P.347/2004, 11.01.2005, E. 6.2. (Swisslex, Erişim Tarihleri: 24.12.2020).

<sup>56</sup> **OSWALD**, s. 17; **WOLF**, Berner Kommentar, Art. 610, N. 23.

<sup>57</sup> **WOLF**, Berner Kommentar, Art. 610, N. 21.

Mirasçılarının diğer mirasçılara veya üçüncü kişilere yapılan kazandırmalar hakkında bilgi vermekle yükümlü olup olmadığı tartışmalıdır. Doktrinde bir görüş, bu konuda bilgi verme yükümlülüğünün olmadığını ileri sürmektedir<sup>58</sup>. Fakat doktrindeki hakim görüş, bu konuda da bilgi verilmesi gerektiğini kabul etmektedir<sup>59</sup>. Kanaatimizce hakim görüş isabetli olup bu kapsamda gizli banka hesapları, üçüncü kişilere yapılan kazandırmalar ve terekeye ait olan kara para ve diğer resmi olmayan mirasbırakanın malvarlığı değerleri hakkında bilgi verilmelidir<sup>60</sup>. Ayrıca diğer mirasçılarının veya üçüncü kişilerin zilyetliğinde olduğu bilinen tereke mallarının da bildirilmesi gerekmektedir<sup>61</sup>.

Bilgi alma hakkına asli olarak mirasçılar sahiptir. Bu kapsamda yasal mirasçılarının yanı sıra atanmış mirasçılar da bilgi alma hakkına sahiptir<sup>62</sup>. Mirasçılıktan çıkarılan veya mirastan uzaklaştırılan mirasçı, ancak söz konusu çıkarma veya uzaklaştırma tasarrufu geçersiz kılındıktan sonra bilgi alma hakkına sahip olur<sup>63</sup>. Ön mirasçı bilgi alma hakkına sahiptir. Fakat art mirasçı, mirasın kendisine geçişiyle (MK m. 522) bilgi alma hakkına sahip olur<sup>64</sup>. Çünkü ön mirasçı, mirasbırakan ölümüne bağlı tasarrufunda mirasın art mirasçıya geçiş anını belirtmemişse ölümüne kadar; geçiş anını belirtmişse bu ana kadar kendisi veya mirasçıları hak sahibidir. Ayrıca art mirasçının mirasçı olabilmesi için mirasın kendisine geçmesi gereken tarihte veya böyle bir tarih belirlenmediği durumlarda ön mirasçının öldüğü tarihte sağ olması gerekmektedir. Bu yönüyle art mirasçının mirasçılığı belirli

<sup>58</sup> **ESCHER/ESCHER**, Art. 607, N. 9; Art. 610, N. 2.

<sup>59</sup> **OSWALD**, s. 16, 17; **SCHAUFELBERGER/KELLER**, Art. 610, N. 18; **SCHRÖDER**, s. 190; **WOLF**, Berner Kommentar, Art. 610, N. 24; **GÖKSU**, s. 960-961; **RAVEANE**, N. 30; BGer, 5A\_994/2014, 11.01.2016, E. 4.3 (Swisslex, Erişim Tarihi: 24.12.2020).

<sup>60</sup> **SCHRÖDER**, s. 190; **GÖKSU**, s. 960-961; **RAVEANE**, N. 31.

<sup>61</sup> **OSWALD**, s. 17.

<sup>62</sup> **WEIBEL**, Vorbem. zu Art. 607 ff., N. 20; **GÖKSU**, s. 956; **RAVEANE**, N. 17.

<sup>63</sup> **RAVEANE**, N. 18. Aksi yönde bkz. **ÖZDEMİR**, s. 73.

<sup>64</sup> **WEIBEL**, Vorbem. zu Art. 607 ff., N. 23; **GÖKSU**, s. 956; **RAVEANE**, N. 19; **ÖZDEMİR**, s. 73.

şartların gerçekleşmesine bağlıdır. Vasiyet alacaklısı, MK m. 649/II'ye dayanarak bilgi alma hakkına sahip değildir<sup>65</sup>.

Mirasçılardan dışında tereke ve terekenin paylaşımıyla ilgili kişi ve makamlar da bilgi alma hakkına sahiptir<sup>66</sup>. Vasiyeti yerine getirme görevlisi<sup>67</sup> ve paylaşımına katılan kayyım bilgi alma hakkına sahiptir<sup>68</sup>. Ayrıca miras ortaklığı temsilcisi<sup>69</sup>, resmi tasfiye memuru<sup>70</sup>, resmi defter tutan makam<sup>71</sup> ve tereke defterini tutan makam da bilgi alabilir<sup>72</sup>.

## VI. MK M. 646/III İLE MK m. 649/II ARASINDAKİ İLİŞKİ

MK m. 649/II'de mirasçının mirasbırakanla olan tüm ilişkileri bilgilendirme yükümlülüğünün kapsamını oluştururken; MK m. 646/III'deki bilgilendirme yükümlülüğü sadece iki özel durum için öngörülmüştür. Bu yönüyle MK m. 649/II'deki bilgilendirme yükümlülüğü, MK m. 646'daki bilgilendirme yükümlülüğüne göre daha geniştir. MK m. 646/III, MK m. 649/II'nin özel bir düzenlemesi niteliğindedir<sup>73</sup>. Fakat MK m. 646/III, bilgi verilecek kişiler bakımından MK m.

<sup>65</sup> **WEIBEL**, Vorbem. zu Art. 607 ff., N. 24; **WOLF**, Berner Kommentar, Art. 610, N. 30; **GÖKSU**, s. 956; **DRUEY**, Information, s. 121; **RAVEANE**, N. 24; **ÖZDEMİR**, s. 73.

<sup>66</sup> **ESCHER/ESCHER**, Art. 607, N. 9; **WEIBEL**, Vorbem. zu Art. 607 ff., N. 25. Bu kişi ve makamların bilgi ihtiyacına ilişkin nedenler hakkında bkz. **OSWALD**, s. 8-13.

<sup>67</sup> Bkz. BGE 132 III 677, 02.05.2006, E. 4.2.1; BGer 5A\_672/2013, 24.02.2014, E. 8.1. (Swisslex, Erişim Tarihleri: 24.12.2020).

<sup>68</sup> **ESCHER/ESCHER**, Art. 610, N. 4; **WEIBEL**, Vorbem. zu Art. 607 ff., N. 25; **SCHRÖDER**, s. 196; **WOLF**, Berner Kommentar, Art. 610, N. 29; **GÖKSU**, s. 957; **RAVEANE**, N. 21; **ÖZDEMİR**, s. 73.

<sup>69</sup> **Obergericht, Zürich**, LB190023, 18.07.2019, E. 4.8.2; **Kantonsgericht, Graubünden**, ZK1 13 120, 12.08.2014, E. 4.c (Swisslex, Erişim Tarihleri: 24.12.2020).

<sup>70</sup> **ESCHER/ESCHER**, resmi tasfiye memurunun mirasçılardan sadece görevini yerine getirmesi için gerekli olan bilgileri talep edebileceğini belirtmiştir (**ESCHER/ESCHER**, Art. 610, N. 4).

<sup>71</sup> Mirasçılardan resmi defteri tutan makama karşı bilgi verme yükümlülüğü MK m. 620/II, III'de özel olarak düzenlenmiştir. Bu bilgilendirme yükümlülüğü hakkındaki ayrıntılı açıklamalar için bkz. VIII.

<sup>72</sup> **OSWALD**, s. 18-21; **WEIBEL**, Vorbem. zu Art. 607 ff., N. 25; **WOLF**, Berner Kommentar, Art. 610, N. 29; **GÖKSU**, s. 957; **RAVEANE**, N. 21, 23; **ÖZDEMİR**, s. 73.

<sup>73</sup> **OSWALD**, s. 15; **WOLF**, Berner Kommentar, Art. 607, N. 23; **RAVEANE**, N. 14. **RAVEANE**, Art. 607 Abs. 3 ZGB (MK m. 646/III) hükmünün içeriği Art. 610 Abs. 2 ZGB (MK m. 649/II) tarafından kapsandığı için kanunkoyucunun Art. 607 Abs. 3 ZGB (MK m. 646/III) hükmünü koymasının gereksiz olduğunu ileri sürmüştür (**RAVEANE**, N. 16).

649/II'deki gibi sadece mirasçılarını zikretmediği için bu yönüyle MK m. 649/II'den geniştir<sup>74</sup>.

MK m. 649/II ve MK m. 646/III hükümleri arasında bağlantı olduğu için her iki hüküm birlikte değerlendirilmelidir<sup>75</sup>. Bu iki hüküm uygulanırken birbirini sınırlamaz; aksine kapsamlı bir bilgilendirme yükümlülüğü açısından birbirini tamamlar<sup>76</sup>.

## **VII. MK m. 620/II, III'DE ÖNGÖRÜLEN BİLGİLENDİRME YÜKÜMLÜLÜĞÜ**

Mirasçılar için bilgilendirme yükümlülüğü öngören düzenlemelerden biri de MK m. 620/II ve III'de yer alan düzenlemelerdir. MK m. 620/II'de mirasbırakanın mali durumu hakkında bilgi sahibi olan herkesin sulh hukuk mahkemesi tarafından istenilen bilgileri vermesi gerektiği düzenlenmiştir. MK m. 620/III'de mirasçılarının özellikle bildikleri mirasbırakanın borçları hakkında mahkemeye bilgi vermesi gerektiği öngörülmüştür. Mirasbırakanın mevcut belgeleri, çoğu zaman terekenin durumunu belirlemeye yeterli olmaz<sup>77</sup>. Bu bilgilendirme yükümlülüğü, resmi deftere kaydedilecek unsurları kesin ve eksiksiz bir şekilde belirlemek için öngörülmüştür<sup>78</sup>.

Medeni Kanun m. 620/II'deki bilgilendirme yükümlülüğünün kapsamı geniştir<sup>79</sup>. Tereke mevcudunun belirlenmesine yardımcı olabilecek mirasın geçişi esnasındaki durumların yanı sıra mirasbırakanın sağlığında gerçekleşen tüm olaylar bilgi verme yükümlülüğünün kapsamına dahildir<sup>80</sup>. Bu kapsamda terekenin aktif ve pasifiyle ilgili

<sup>74</sup> **ESCHER/ESCHER**, Art. 607, N. 10; **WOLF**, Auskunft, s. 77, dn. 10; **WOLF**, Berner Kommentar, Art. 607, N. 25; **RAVEANE**, N. 14.

<sup>75</sup> **OSWALD**, s. 15; **WOLF**, Berner Kommentar, Art. 610, N. 32.

<sup>76</sup> **WEIBEL**, Vorbem. zu Art. 607 ff., N. 15; **GÖKSU**, s. 954. Karş. **RAVEANE**, N. 14.

<sup>77</sup> **OSWALD**, s. 10-11.

<sup>78</sup> **TUOR/PICENONI**, Art. 581, N. 11; **OSWALD**, s. 10-11.

<sup>79</sup> **ENGLER, Urs**, Praxiskommentar, Erbrecht, Hrsg: Abt, Daniel/Weibel, Thomas, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2000, Art. 581, N. 24.

<sup>80</sup> **ABT, Daniel**, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Hrsg: Breitschmid, Peter/Jungo, Alexandra, Erbrecht (Art. 457-640 ZGB), 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich - Basel - Genf 2016, Art. 581, N. 10.

önemli olabilecek tüm bilgiler verilmelidir<sup>81</sup>. Ticari defterler, muhasebe defterleri ve ilgili dosyalar mahkemeye sunulmalıdır<sup>82</sup>. Mirasbırakanın sağlığındaki malvarlığı değişimleri bildirilmelidir. Bu bilgiler, terekeye eklenecek ve çıkarılacak değerlerin ortaya çıkarılmasına yardımcı olur<sup>83</sup>. Mirasçılarının vermiş oldukları bu bilgiler, mirasbırakanın alacaklıları ve borçlularının verdiği diğer bilgilerle (MK m. 621) karşılaştırılarak bir sonuca varılır<sup>84</sup>.

Medeni Kanun m. 620/III'de mirasçılarının sulh hukuk mahkemesine bildikleri mirasbırakanın borçları hakkındaki bilgi verme yükümlülüğü ayrı bir fıkrada düzenlendiği için mirasçılarının sulh hukuk mahkemesine bu bilgileri talep olmaksızın vermek zorunda olup olmadığı tartışmalıdır. Doktrinde bir görüş, MK m. 620/III'nin MK m. 620/II'nin kapsamını açıklayıcı bir hüküm niteliğinde olduğu için mirasçılarının kendiliğinden bu bilgileri vermek zorunda olmadığını ileri sürmektedir<sup>85</sup>. Doktrindeki hakim görüş, mirasçılarının talep olmaksızın bu bilgileri vermek zorunda olduğunu ileri sürmektedir<sup>86</sup>. Kanaatimizce mirasbırakanın mirasçılar tarafından bilinen borçları, MK m. 620/II'de bilgi verilmesi gereken konular arasında yer alan fakat tereke mevcudunun belirlenmesindeki büyük önemi sebebiyle bu önemi vurgulamak amacıyla MK m. 620/III'de ayrı bir şekilde düzenlenmiştir. Her iki hüküm sistematik yorumla birlikte yorumlandığında birbirleriyle bağlantılı olduğu görülmektedir. Bu sebeple mirasçılar, bildikleri mirasbırakanın borçları hakkında mahkemenin talebi olmadan bilgi vermekle yükümlü değildir.

---

<sup>81</sup> **SCHRÖDER**, s. 191.

<sup>82</sup> **TUOR/PICENONI**, Art. 581, N. 13; **OSWALD**, s. 19.

<sup>83</sup> **ENGLER**, Art. 581, N. 22.

<sup>84</sup> Karş. **TUOR/PICENONI**, Art. 581, N. 11.

<sup>85</sup> **ESCHER/ESCHER**, Art. 581, N. 11.

<sup>86</sup> **TUOR**, Art. 581, N. 17; **DURAL/ÖZ**, N. 1762; **İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ**, s. 512; **STÄHLI**, Art. 581, N. 4; **ABT**, Art. 581, N. 12. Ayrıca bkz. **TUOR**, Art. 581, N. 17'de anılan yazarlar.

Mirasçılar MK m. 620/III uyarınca sadece bildikleri borçlar hakkında bilgi vermekle yükümlüdür. Mirasçıların bilmedikleri, fakat bilmeleri gereken borçlar hakkında bilgi verme yükümlülükleri yoktur<sup>87</sup>. Fakat mahkeme, MK m. 620/II kapsamında mirasçılara bu borçlar veya diğer konular hakkında bir araştırma yükümlülüğü getirerek ilgili bilgileri talep edebilir<sup>88</sup>.

Mirasçılar bilgi verdikleri konularla ilgili asılsız olduğunu düşündüğü iddiaları, bu çekinceyi ortaya koyarak vermelidir. İddiaların asılsız olup olmadığına son tahlilde mahkeme karar verecektir<sup>89</sup>.

### **VIII. BİLGİLENDİRMEİNİN ZAMANI VE ŞEKLİ**

Bilgi, mirasın paylaşımının hazırlanabilmesi için paylaşımın önce verilmelidir<sup>90</sup>. Belirli bir sürede alınması gereken mirasın reddine veya resmi defter tutulmasını istemeye (MK m. 619 vd.) ilişkin kararların sağlıklı bir şekilde verilebilmesi için bilgilendirme, zamanında yapılmalıdır<sup>91</sup>. Bilgilendirme yükümlülüğünü öngören hükümlerin amacı terekenin adil bir şekilde paylaşılması olduğu için bilgi verme yükümlülüğü mirasın açılmasıyla ortaya çıkar<sup>92</sup>. Mirasçılar bilgi alma haklarını miras ortaklığı devam ettiği sürece kullanabilir<sup>93</sup>.

Bilgilendirme yükümlülüğü; sözlü olarak, ilgili belgelerin incelenmek üzere sunulması veya ilgili belgelerin kopyaları verilerek yerine getirilebilir<sup>94</sup>. Bilgilendirmenin şekliyle ilgili olarak kanunda her-

<sup>87</sup> **TUOR/PICENONI**, Art. 581, N. 17; **ESCHER/ESCHER**, Art. 581, N. 12; **OSWALD**, s. 20.

<sup>88</sup> **TUOR/PICENONI**, Art. 581, N. 17; **OSWALD**, s. 20. Karş. **DURAL/ÖZ**, N. 1762.

<sup>89</sup> **TUOR/PICENONI**, Art. 581, N. 17.

<sup>90</sup> **TUOR/PICENONI**, Art. 610, N. 5; **WOLF**, *Auskunft*, s. 77; **WOLF**, *Berner Kommentar*, Art. 607, N. 30; **Obergericht, Luzern**, LGVE 1986 I Nr. 23, 26.09.1986, Luzerner Gerichts- und Verwaltungsentscheide (bis 2012), Nr. 23, 39 (Swisslex, Erişim Tarihi: 24.12.2020).

<sup>91</sup> **WOLF**, *Berner Kommentar*, Art. 607, N. 30; **DRUEY**, s. 120; **RAVEANE**, N. 35. Bkz. **Obergericht, Zürich**, ZR 91/1992, 10.12.1991, *Blätter für Zürcherische Rechtsprechung* (ZR), E. 3.a (Swisslex, Erişim Tarihi: 24.12.2020).

<sup>92</sup> **WEIBEL**, *Vorbem. zu Art. 607 ff.*, N. 32; **HÄFLİGER**, Art. 607, N. 7; **RAVEANE**, N. 35; BGE 99 III 41, 05.09.1973 (Swisslex, Erişim Tarihi: 24.12.2020).

<sup>93</sup> **WEIBEL**, *Vorbem. zu Art. 607 ff.*, N. 42; **GÖKSU**, s. 961.

<sup>94</sup> **WOLF**, *Auskunft*, s. 77; **DRUEY**, s. 118.



hangi bir düzenleme yoktur. İsviçre Federal Mahkemesi, bilginin amacına bakılarak tüm ilgililerin çıkarları dikkate alınarak bir sonuca varılması gerektiğini belirtmiştir<sup>95</sup>. WALDMANN'a göre; bilgi, kendiliğinden veriliyorsa sözlü bilgilendirme yeterli iken; bilginin talep edildiği durumlarda bilgilendirme, yazılı olarak yapılmalıdır. Kanaatimizce kanunda bu hususta herhangi bir düzenleme yer almadığı için sözlü bilgilendirmenin yeterli olduğu sonucuna varılabilir<sup>96</sup>. Ancak sözlü bilgi verildikten sonra ayrıntılı bilgi için bilgilerin yazılı olarak verilmesi istenebilir<sup>97</sup>.

Bilgilendirme sözlü olarak yapılsa bile yükümlü mirasçı, bilgi verdiği konulara ilişkin belgeler elindeyse bunları vermelidir<sup>98</sup>.

## **IX. BİLGİLENDİRME YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN YERİNE GETİRİLMESİ**

Mirasçılar, MK m. 646/III ve m. 649/II'den doğan bilgilendirme yükümlülüklerini talep olmaksızın yerine getirmekle yükümlüdür. Fakat bilgi vermekle yükümlü mirasçı, bilgi talep eden mirasçıdan mirasçılık belgesini göstermesini isteyebilir<sup>99</sup>. Bu yükümlülük, talep olmaksızın veya talep üzerine yerine getirilirse herhangi bir sorun yoktur.

Bilgi alma hakkına sahip olan kişinin talep ettiği bilgiler verilmezse, bu talep, dava yoluyla yerine getirilebilir<sup>100</sup>. Her davada olduğu gibi davacının burada da genel hukuki yararının olması gerekmektedir. Fakat davacının bilgi alma ihtiyacını tam bir şekilde ispatlamasına gerek yoktur. Sadece inandırıcı bir şekilde ortaya koyması yeterlidir<sup>101</sup>. Fakat bilgi alma taleplerinin salt bir şüpheyi doğrulama aracı

<sup>95</sup> BGer, 5C.158/2006, 23.03.2007, E. 3.1 (Swisslex, Erişim Tarihi: 24.12.2020).

<sup>96</sup> DRUEY, s. 118; RAVEANE, N. 36.

<sup>97</sup> WALDMANN, s. 109 (aktaran, RAVEANE, N. 36).

<sup>98</sup> RAVEANE, N. 38. Karş. WEIBEL, Vorbem. zu Art. 607 ff., N. 45. Bkz. BGer, 5P.347/2004, 11.01.2005, E. 6.2.

<sup>99</sup> RAVEANE, N. 318.

<sup>100</sup> WEIBEL, Vorbem. zu Art. 607 ff., N. 18; WOLF, Berner Kommentar, Art. 610, N. 31; GÖKSU, s. 962.

<sup>101</sup> GÖKSU, s. 955; BGer, 5A\_994/2014, 11.01.2016, E. 5.3 (Swisslex, Erişim Tarihi: 24.12.2020).

olmaması için uyumsuzluk durumunda en azından mirasa yönelik taleplerle makul bir ilgisinin olması gerekir<sup>102</sup>.

Bilginin verilmesini sağlamak için açılacak dava, bir eda davasıdır (HMK m. 105)<sup>103</sup>. Her bir mirasçı tarafından bağımsız olarak açılabilir. Bu davada ne davacılar ne de davalılar arasında zorunlu dava arkadaşlığı vardır<sup>104</sup>. Bilgi almaya yönelik dava, bilgi talebinin kaynağının akdi veya miras hukuku karakterli olmasından bağımsız olarak malvarlığına ilişkindir<sup>105</sup>. Burada dava konusunun değerinin bilgiyle ilişkili olan malvarlığı değerlerinin bir kısmına ilişkin olduğu kabul edilmektedir<sup>106</sup>. Fakat burada dava konusunun değerinin belirlenebilmesi, davacıdan beklenemeyeceği için bu dava belirsiz alacak (eda) davası şeklinde açılabilir (HMK m. 107/I)<sup>107</sup>.

Bilgi almaya yönelik bu dava, diğer mirasa yönelik taleplerle ilgili davalardan bağımsız olarak açılabilir<sup>108</sup>. Mirasla ilgili diğer taleplerin yerine getirilmesi için açılan davalarda bilgi alma talebi de ileri sürülebilir (bkz. HMK m. 110).

Bu dava diğer miras haklarıyla ilgili davalardan önce açılabilir. Bu davadan elde edilecek bilgilerle daha sonra miras haklarıyla ilgili açılacak diğer davalarda sürecin uzamasının önüne geçilebilecektir<sup>109</sup>.

Verilmesi gereken bilgi, bilgi vermekle yükümlü mirasçıların sahip veya paydaş olduğu bir tüzel kişide ise bu durumda söz konusu tüzel kişi, bilgi vermekle yükümlü kılınabilir. Burada bilgi vermekle

<sup>102</sup> **SCHRÖDER**, s. 190; **GÖKSU**, s. 955.

<sup>103</sup> **SEROZAN/ENGİN**, § 1, N. 170; **RAVEANE**, N. 298.

<sup>104</sup> **RAVEANE**, N. 305.

<sup>105</sup> **WEIBEL**, Vorbem. zu Art. 607 ff., N. 43; BGer, 5C.14/2003, 03.07.2003, E. 1; BGer, 5A\_994/2014, 11.01.2016, E. 1.1. Karş. BGer 5A\_956/2012, 25.06.2013, E. 1.2 (Swisslex, Erişim Tarihleri: 24.12.2020).

<sup>106</sup> **WEIBEL**, Vorbem. zu Art. 607 ff., N. 43; **GÖKSU**, s. 962.

<sup>107</sup> Bkz. BGer, 5A\_994/2014, 11.01.2016, E. 1.1; BGer, 5C.14/2003, 03.07.2003, E. 1. Karş. **WEIBEL**, Vorbem. zu Art. 607 ff., N. 43; **GÖKSU**, s. 962; BGer, 5A\_956/2012, 25.06.2013, E. 1.2 (Swisslex, Erişim Tarihleri: 24.12.2020).

<sup>108</sup> **GÖKSU**, s. 963; **RAVEANE**, N. 17; Entscheidung des Kantonsgerichts Basel-Landschaft, Abteilung Zivilrecht, vom 30. Januar 2018 (400 17 305), Entscheidung des Kantonsgerichts Basel-Landschaft (Swisslex, Erişim Tarihi: 24.12.2020).

<sup>109</sup> **GÖKSU**, s. 963.

yükümlü mirasçı, tüzel kişiyi amacına aykırı ve kötüye kullandığı için tüzel kişinin hukuki bağımsızlığı dikkate alınmadan (tüzel kişilik perdesinin aralanması yoluyla) tüzel kişi, mirasçılık statüsü olmamasına rağmen istisnai olarak bilgi vermekle yükümlü kılınmaktadır<sup>110</sup>.

Bu davada davalı, dürüstlük kuralına uygun olarak doğru bilgiler vermekle yükümlüdür (HMK m. 29). Davalı, karşı tarafı yanıltacak şekilde yanlış bilgiler veremez. Ayrıca belgelerin ibrazına ilişkin usuli yükümlülük (HMK m. 219 vd.) maddi hukuka ilişkin bu bilgilendirme yükümlülüğünün yerine getirilmesine hizmet eder. Bu yükümlülüğü yerine getirmekten kaçınmak delillerin değerlendirilmesinde etkili olabilir<sup>111</sup>. Bilgi vermeme durumu ispat yükümlülüğünün tersine çevrilmesine yol açmaz<sup>112</sup>. Fakat hakim, delillerin değerlendirilmesinde söz konusu durumu dikkate alır. Bilgi vermekten kaçınmak, bilgi vermekten kaçınan mirasçının iddialarının tamamen veya kısmen yanlış ya da ispat yükü altındaki mirasçının ileri sürdüklerinin doğru olduğuna hakim in ikna olmasına neden olabilir<sup>113</sup>.

Bilgi almaya yönelik davalar için görevli mahkeme hakkında ka-  
nunda herhangi bir düzenleme yer almadığı için genel görevli mah-  
keme olan asliye hukuk mahkemesi bu davalarda görevlidir. Yine bu  
dava için uygulanacak yargılama usulü açıkça gösterilmediği ve bu  
dava basit yargılama usulüne tabi davalar arasında sayılmadığı için  
söz konusu dava yazılı yargılama usulüne tabidir. Fakat niteliği gereği  
hızlı sonuç alınması gereken bir dava olduğu için olması gereken hu-  
kuk açısından bu davada basit yargılama usulünün uygulanması daha  
isabetli olacaktır. Yine bu davanın diğer miras taleplerinden bağımsız  
olarak açıldığı durumlarda sulh hukuk mahkemesinde görülebileceği  
şeklinde bir düzenlemenin yapılması yerinde olacaktır. Yetkili mah-  
keme ise mirasbırakanın son yerleşim yeri mahkemesidir (HMK m.

<sup>110</sup> **SCHRÖDER**, s. 191; **RAVEANE**, N. 27; BGer, 5C.14/2003, 03.07.2003, E.2.2; BGer, 5A\_994/2014, 11.01.2016, E. 5.4. (Swisslex, Erişim Tarihleri: 24.12.2020).

<sup>111</sup> **WEIBEL**, Vorbem. zu Art. 607 ff, N. 18.

<sup>112</sup> BGer, 5C.135/2005, 02.11.2005, E. 2.2 (Swisslex, Erişim Tarihi: 24.12.2020).

<sup>113</sup> **GÖKSU**, s. 962; **DRUEY**, s. 119; BGer, 5C.135/2005, E. 2.2; BGer, 5P.347/2004, 11.01.2005, E. 6.3 (Swisslex, Erişim Tarihleri: 24.12.2020).

11/1- b. 2). Yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda yetkili mahkeme, miras statüsüne göre belirlenir<sup>114</sup>.

## **X. BİLGİLENDİRME YÜKÜMLÜLÜĞÜNE AYKIRILIĞIN SONUÇLARI**

Bilgilendirme yükümlülüğü, mirasçılarının özel hukuk kaynaklı yasal bir yükümlülüğüdür<sup>115</sup>. Bilgilendirme yükümlülüğünün kusurlu bir şekilde ihlali sonucunda herhangi bir zarar ortaya çıkarsa tazminat sorumluluğu gündeme gelir<sup>116</sup>. Tazminat sorumluluğunun kaynağı doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde savunulan hakim görüşe göre; bilgilendirme yükümlülüğünün ihlali halinde haksız fiilden doğan (TBK m. 49 vd.) bir tazminat yükümlülüğü ortaya çıkar<sup>117</sup>. Doktrinde savunulan diğer görüşe göre; sözleşme veya sözleşme benzeri bir sorumluluğa (TBK m. 112 vd.) dayanan bir sorumluluk ortaya çıkar<sup>118</sup>. Kanaatimizce mirasçılarının bilgi verme yükümlülüğüne aykırı davranması, kanundan doğan bir yükümlülüğün ihlali olduğu için haksız fiilden doğan borç ilişkisine ilişkin hükümlerin uygulanması yerinde olacaktır.

---

<sup>114</sup> **KELLER/SCHAUFELBERGER**, Art. 607, N. 13; **WEIBEL**, Vorbem. zu Art. 607 ff., N. 48. Bkz. MÖHUK m. 20.

<sup>115</sup> **TUOR/PICENONI**, Art. 607, N. 10; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 709; **WOLF**, *Auskunft*, s. 77; **HÄFLİGER**, Art. 607, N. 9.

<sup>116</sup> **TUOR/PICENONI**, Art. 607, N. 10; **ESCHER/ESCHER**, Art. 607, N. 12; **OSWALD**, s. 18, 104; **KELLER/SCHAUFELBERGER**, Art. 607, N. 12; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 709; **SEROZAN/ENGİN**, § 6, N. 89; **DURAL/ÖZ**, N. 1761; **İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ**, s. 512; **ENGLER**, Art. 581, N. 27; **STÄHLİ, Peter**, OFK - Orell Füssli Kommentar ([navigator.ch](http://navigator.ch)), ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Hrsg: Kostkiewicz, Jolanta Kren/Wolf, Stephan/Amstutz, Marc/Fankhauser, Roland, 3., überarbeitete Auflage, Orell Füssli Verlag AG, Zürich 2016, Art. 581, N. 7.

<sup>117</sup> **KELLER/SCHAUFELBERGER**, Art. 607, N. 12; **WEIBEL**, Vorbem. zu Art. 607 ff., N. 36; **İMRE/ERMAN**, s. 485; **WOLF**, *Auskunft*, s. 79; **HÄFLİGER**, Art. 607, N. 9; **GÖKSU**, s. 962; **DRUEY**, s. 119.

<sup>118</sup> **DURAL/ÖZ**, N. 1959; **SEROZAN/ENGİN**, § 7, N. 46.

Bilgi verme yükümlülüğünün ihlali için ödenecek tazminat, bilgi verilmemesi nedeniyle artık geri alınamayanlar ve yapılan diğer her tür masrafı kapsar<sup>119</sup>. Bilgi vermekten kaçınılması veya eksik bilgi verilmesi sebebiyle zarara uğrayan kişi, uğradığı zararı ispat etmelidir<sup>120</sup>. Örn; bilgi verilmemesi sebebiyle tereke aktifine eklenebilecek bir değer eklenemediği için tereke borca batık hale gelmiş ve mirasçılardan biri veya hepsi mirası reddetmiş, fakat söz konusu değer terekeye eklendiğinde tereke borca batık hale gelmeyecek idi ise tazmin edilmesi gereken bir zarar ortaya çıkmış olur<sup>121</sup>. Saklanan bilgiler olmadan zararın kanıtlanması zordur<sup>122</sup>. Bu sebeple zararın miktarının belirlenmesinde TBK m. 50/II (Art. 42 Abs. 2 OR) hükmü yardımcı olabilir<sup>123</sup>.

Bilgi alma hakkı ihlal edilen mirasçı, duruma göre hata veya hile sebebiyle paylaşımın iptaline yönelik bir dava açabilir<sup>124</sup>. MK m. 646/III'e aykırı olarak zilyet olduğu tereke malları hakkında bilgi vermeyen, onları saklayan mirasçının mirası red hakkı ortadan kalır<sup>125</sup> (MK m. 610/II).

## **XI. SONUÇ**

Maddi özel hukukta genel bir bilgi edinme hakkı yoktur. Miras hukukunda terekenin eşit ve adil bir şekilde paylaşılabilmesi için bazı kişilere bilgi edinme hakları tanınmıştır. Mirasçıların bilgilendirme yükümlülüklerinin kapsamı geniştir. Sadece miras hukukuyla ilgili ilişkiler değil, paylaşımı etkileyebilecek mirasbırakan ile mirasçılar arasındaki malvarlığını ilgilendiren tüm ilişkiler bilgilendirme

---

<sup>119</sup> **ESCHER/ESCHER**, Art. 607, N. 12; **OSWALD**, s. 18, 104; **KELLER/SCHAUFELBERGER**, Art. 607, N. 12; **WEIBEL**, Vorbem. zu Art. 607 ff., N. 36; **WOLF**, Art. 607, N. 33.

<sup>120</sup> **ESCHER/ESCHER**, Art. 581, N. 16.

<sup>121</sup> **ESCHER/ESCHER**, Art. 581, N. 16.

<sup>122</sup> **GÖKSU**, s. 962; **RAVEANE**, N. 41.

<sup>123</sup> **RAVEANE**, N. 41.

<sup>124</sup> **OSWALD**, s. 104.

<sup>125</sup> **WOLF**, *Auskunft*, s. 79.

yükümlülüğünün kapsamına dahildir. Mirasçılar, objektif olarak bakıldığında paylaşımı herhangi bir şekilde etkileyebilecek şekilde görünen tüm bilgi ve belgeleri vermelidir. Mirasçılar, bildikleri mirasbırakandan diğer mirasçılara veya üçüncü kişilere yapılan kazandırmalar hakkında da bilgi vermekle yükümlüdür. Mirasçılarının MK m. 646/III ve m. 649/II'deki bilgilendirme yükümlülükleri talep edilmeksizin ortaya çıkan bir yükümlülüktür. Fakat MK m. 620'de sulh hukuk mahkemesine karşı olan bilgilendirme yükümlülüğü talep üzerine ortaya çıkan bir yükümlülüktür. Mirasçılarının bilgilendirme yükümlülüklerine ilişkin hükümler emredici niteliktedir. Mirasbırakan, herhangi bir mirasçıyı bilgilendirme yükümlülüğünden muaf tutamaz. Bilgilendirme yükümlülüğü mirasın açılmasıyla ortaya çıkar. Tereke mevcudunun doğru bir şekilde tespit edilmesi ve terekenin eşitlik ve adalet ilkeleri çerçevesinde tasfiye edilebilmesi için bilgilendirme paylaşımından önce yapılmalıdır. Bilgi alma talebinin yerine getirilmesi durumunda bu talep, bir edim davası ile yerine getirilebilir. Bilgilendirme yükümlülüğü kusurlu bir şekilde ihlal edildiğinde ortaya çıkan zarar için haksız fiilden doğan sorumluluk esaslarına (TBK m. 49 vd.) göre tazminat talep edilebilir.

## **KAYNAKÇA**

**ABT, Daniel:** CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Hrsg: Breitschmid, Peter/Jungo, Alexandra, Erbrecht (Art. 457-640 ZGB), 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich – Basel – Genf 2016.

**BREITSCHMID, Peter/MATT, Isabel:** Informationsansprüche der Erben und ihre Durchsetzung insbesondere Informationsansprüche gegenüber Banken über ihre Geschäftsbeziehung mit dem Erblasser, Successio, 2010, s. 85-107.

**ENGLER, Urs:** Praxiskommentar, Erbrecht, Hrsg: Abt, Daniel/Weibel, Thomas, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2000.

- ESCHER, Arnold/ESCHER, Arnold:** Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. III, Erbrecht, Zweite Abteilung: Der Erbgang (Art. 537-640), Schulthess & CO AG, Zürich 1960.
- DRUEY, Jean Nicolas:** Der Anspruch des Erben auf Information, Hrsg: Basler Juristenverein, BJM, 1988, s. 113-132. (Kısaltma: Information)
- DRUEY, Jean Nicolas:** Das Informationsrecht des Erben - die Kunst, Einfaches kompliziert zu machen, Successio, 2011, s. 183-188. (Kısaltma: Kunst)
- DURAL, Mustafa/ÖZ, Turgut:** Türk Özel Hukuku, C. IV, Miras Hukuku, Yenilenmiş 8. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2015.
- GÖKSU, Tarkan:** Informationsrechte der Erben, Hrsg: Arnold F. Rusch, AJP, 2012, s. 953-965.
- HÄFLİGER, Manuela:** OFK - Orell Füssli Kommentar ([navigator.ch](http://navigator.ch)), ZGB Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Hrsg: Kostkiewicz, Jolanta Kren/Wolf, Stephan/Amstutz, Marc/Fankhauser, Roland, 3., überarbeitete Auflage, Orell Füssli Verlag AG, Zürich 2016.
- İMRE, Zahit/ERMAN, Hasan:** Miras Hukuku, Gözden Geçirilmiş 14. Basım, Der Yayınları, İstanbul 2018.
- İNAN, Ali Naim/ERTAŞ, Şeref/ALBAŞ, Hakan:** Türk Medeni Hukuku, Miras Hukuku, 8. Baskı, İleri Kitabevi, İzmir 2012.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip:** Miras Hukuku, 3. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1987.
- MEYER, Thomas:** CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Erbrecht (Art. 457-640 ZGB), Hrsg: Breitschmid, Peter/Jungo, Alexandra, 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich – Basel – Genf 2016.

**OSWALD, Adriano:** Die Auskunftspflicht im Erbgang, Dissertation, Juris Druck + Verlag, Zürich 1976.

**ÖZDEMİR, Hayrunnisa:** Türk Medeni Kanununa Göre Mirasın Paylaşılması Şerhi, Yetkin Yayınları, Ankara 2019.

**RAVEANE, Zeno:** Erbrechtliche Informationsansprüche und ihre Durchsetzung, Impulse zur praxisorientierten Rechtswissenschaft Band/Nr. 30, Hrsg: Thomas Sutter-Somm, Schulthess Juristische Medien, Zürich – Basel – Genf 2017.

**SCHAUFELBERGER, Peter C./KELLER, Katrin:** Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB, Hrsg: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Geiser, Thomas, 3. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2006.

**SCHRÖDER, Andreas:** Erbrechtliche Informationsansprüche oder: die Geister, die ich rief..., Successio-Zeitschrift für Erbrecht, 2011, Schulthess Juristische Medien AG, s. 189-202.

**SEROZAN, Rona/ENGİN, Baki İlkay:** Miras Hukuku, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012.

**STÄHLI, Peter:** OFK - Orell Füssli Kommentar ([navigator.ch](http://navigator.ch)), ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Hrsg: Kostkiewicz, Jolanta Kren/Wolf, Stephan/Amstutz, Marc/Fankhauser, Roland, 3., überarbeitete Auflage, Orell Füssli Verlag AG, Zürich 2016.

**TUOR, Peter/PICENONI, Vito:** Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bd. III, Das Erbrecht, 2. Abteilung: Der Erbgang, Art. 537-640 ZGB, Zweite Auflage, Verlag Stämpfli & Cie, Bern 1966.

**WEIBEL, Thomas:** Praxiskommentar, Erbrecht, Hrsg: Abt, Daniel/Weibel, Thomas, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2000.

**WISSMANN, Kurt:** Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB, 3. Auflage, Hrsg: Honsell, Hein-



rich/Vogt, Nedim Peter/Geiser, Thomas, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2006.

**WOLF, Stephan:** Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Die Teilung der Erbschaft, Art. 602-619 ZGB, Hrsg: Hausheer, Heinz/Walter, Hans Peter/Wolf, Stephan/Eggel, Martin, Stämpfli Verlag AG, Bern 2014. (Kısaltma: Berner Kommentar)

**WOLF, Stephan:** Auskunftspflichten unter Miterben BGE 127 III 396 ff., Recht-Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis, Stämpfli Verlag AG, Bern 2002. (Kısaltma: Auskunft)

## **MEHİR VERMEK AMACIYLA TAŞINMAZ MÜLKİYETİNİN DEVİRİ VE DEVİR VAADI**

*Transfer of Immovable Property and Promise of Transfer In Order to  
Give as Mahr*

***Dr. Öğr. Üyesi Numan TEKELİOĞLU\****

### **ÖZ**

Mehir sözleşmesi, temellerini İslam Hukukundan alan ve bu sebeple kanunda özel olarak düzenlenmemiş bir sözleşme türüdür. Uygulamada kocanın evleneceği kadına mehir vermek amacıyla maliki olduğu taşınmazlardan birini veya birkaçını devrettiği durumlarla karşılaşılmaktadır. Söz konusu devirler tapu sicilinde çoğunlukla satış sözleşmesi olarak gerçekleştirildiği için, kocanın ölümünden sonra diğer mirasçılar tarafından muris muvazaasına dayalı davalara konu edilmektedir. Taşınmazı gerçekte mehir sözleşmesi sebebiyle edinen kadın, muris muvazaası iddiasıyla mülkiyeti kaybetme tehlikesiyle karşı karşıya kalmaktadır. Koca, mehir olarak taşınmazını devretmek yerine, evlendikten sonra devredeceği yönünde vaatte bulunabilir. Söz konusu vaat, genellikle mehir senedi denilen adi yazılı belgede gösterilmektedir. Ancak adi yazılı mehir senedinde yapılan devir vaadi, şekil bakımından sorunludur. Mehir olarak devredilen taşınmazın ya da devir vaa-dinin muhtelif sebeplerle geri alınması gündeme gele-

---

\* Pamukkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, [numante-kelioglu@gmail.com](mailto:numante-kelioglu@gmail.com), ORCID-ID: [0000-0001-5787-4137](https://orcid.org/0000-0001-5787-4137).

Makale Geliş Tarihi: 20.06.2021

Makale Kabul Tarihi: 26.08.2021

bilir. Geri almanın ne şekilde mümkün olabileceği, Türk Borçlar Kanunu'nun bağışlamanın geri alınmasına dair hükümleri çerçevesinde ele alınmalıdır. Bu çalışmada mehir vermek amacıyla taşınmaz devrinin ve devir vadinin, ilgili Yargıtay içtihatlarına yer verilerek değerlendirilmesi amaçlanmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Mehir, Evlilik, Taşınmazın Devri, Muris Muvazaası, Devir Vaadi.

### **ABSTRACT**

The Mahr contract is a type of contract that takes its foundations from Islamic Law and is therefore not specifically regulated in the law. In practice, there are cases in which the husband transfers one or more of the immovable properties he owns in order to give mahr to the woman he will marry. Since the transfers in question are mostly made as a sales contract in the land registry, after the death of the husband, they are the subject of lawsuits based on legator collusion by other heirs. The woman, who actually acquired the immovable property due to the mahr contract, is faced with the danger of losing the property with the claim of muris collusion. The husband may promise to transfer the real estate after marriage instead of transferring it as mahr. The promise in question is usually shown in a plain written document called the mahr deed. However, the promise of transfer made in the ordinary written mahr deed is problematic in terms of form. It may come to the fore to take back the immovable or the transfer promise transferred as a mahr for various reasons. How recovery is possible should be considered within the framework of the provisions of the Turkish Code of Obligations on the revocation of a promise to give. In this study, it is aimed to discuss the transfer of real estate and the promise of transfer in terms of the problems encountered by evaluating the relevant Court of Cassation case law.

**Keywords:** Mahr, Marriage, Transfer of Real Estate, Legator Collusion, Promise of Transfer.

## **GİRİŞ**

Evlenecek kişilerin evlenme töreni sırasında veya sonrasında birbirlerine ekonomik olarak değerli hediyeler vermelerinin, insanlık tarihi kadar eski bir uygulama olduğu söylenebilir. Tarihi süreçteki farklı uygulamalara bakıldığında, çoğunlukla erkeğin evleneceği kadına veya kadının ailesine evlenmeden önce belirli miktar para veya mal verdiği ya da vermeyi taahhüt ettiği görülmektedir<sup>1</sup>. Buna benzer bir durum, hiç şüphesiz İslamiyet öncesi dönemden bu yana Türk toplumunda da yer almaktadır. Ancak Türklerin İslamiyeti kabulünden sonra ve özellikle Osmanlı döneminde, İslam Aile Hukukunun önemli kavramlarından biri olan mehir yaygın bir uygulamaya kavuşmuştur. Cumhuriyetin ilanından sonra ise, 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nde mehre ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir<sup>2</sup>. Ancak kanun koyucunun mehir kurumuna yer vermemesi, Türk toplumunda var olan evlilik öncesi mehir sözleşmesi yapma geleneğini ortadan kaldırmamıştır. Bu sebeple 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin yürürlükte kaldığı dönemde olduğu gibi, günümüzde de mehir sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklarla karşılaşılmaktadır.

Uygulamada mehir vermek amacıyla erkeğin evleneceği kadına maliki olduğu taşınmazlardan birini, birkaçını veya taşınmaz üzerindeki belirli bir payını devrettiği haller söz konusu olmaktadır. Çoğunlukla ilk eşin vefatından sonra ikinci eşle evlilik için yapılan bu devirler, kocanın ölümünden sonra onun ilk eşinden olan altsoyu tarafından tapu sicilinin düzeltilmesi davasına konu edilmektedir. Kocanın altso-

---

<sup>1</sup> Farklı hukuk düzenlerindeki mehre benzeyen uygulamalar hakkında bkz: **Çakırca, Seda İrem**, "Mehir Sözleşmesinin Hukuki Niteliği", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, S. 121-122, 2014, s. 94 vd; **Ertürk, Kübra**, Mehre İlişkin Anlaşmaların Türk Hukukundaki Niteliği, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2019, s. 16 vd; **Okur Gümrükçüoğlu, Salıha**, "İslam Aile Hukukunda Kadının Mehir Hakkına Toplumun Bakış Açısı Üzerine Bir Değerlendirme", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 27, S. 4, 2013, s. 224 vd.

<sup>2</sup> **Türkmen, Ahmet**, "Yargıtay'ın Bağışlama Yaklaşımı Çerçevesinde Mehir ve Mehri Geri Alınması", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 22, S. 2, 2020, s. 543; **Ertürk**, s. 2.

yunun tapu sicilinin düzeltilmesi talebine dayanak olarak gösterdiği durum genellikle muris muvazaası olmaktadır. Zira koca, mehir vermek amacıyla taşınmazı evleneceği kadına devrederken, tescilin hukuki sebebi olarak satış sözleşmesi gösterilmektedir. Oysa ki gerçekte evlenecek kişiler arasında bir satış sözleşmesi yapılmamakta, koca maliki olduğu taşınmazı herhangi bir bedel almaksızın devretmektedir. İşte bu sebeple, tapuda yapılan devir işleminin muvazaalı olduğu ve mirasçılardan mal kaçırmak amacıyla hareket edildiği ileri sürülebilmektedir. Öte yandan, kocanın evleneceği kadına mehir sözleşmesi çerçevesinde maliki olduğu taşınmazı devretmeyi vaat etmesi de ihtimal dahilindedir. Özellikle de kocanın evliliğin gerçekleşmesini garanti altına alma düşüncesiyle, evlenme gerçekleştiği takdirde taşınmazı devretmeyi vaat etmesi mümkündür. Böyle bir ihtimalde, koca mehir olarak devretmeyi vaat ettiği taşınmazı devretmediği takdirde, bu sefer kadının mehir sözleşmesinden doğan alacak talebiyle dava açması gündeme gelebilecektir. Ancak bu davanın başarıya ulaşabilmesi için, taşınmazı devir vaa dinin kanunda gösterilen şekilde yapılmış olması gerekmektedir. Ne var ki, uygulamada genellikle geçerli şekilde sözleşme yapılmadığı ifade edilebilir.

Koca, mehir sözleşmesi çerçevesinde taşınmazını devrettikten ya da geçerli bir biçimde devir vaa dinde bulunduktan sonra, mehir verdiği kadından boşanmış ya da aralarında ciddi sorunlar doğmuş olabilir. Böyle bir durumda, mehir vermek amacıyla devredilen taşınmazın ya da devir vaa dinin geri alınıp alınamayacağı meselesi gündeme gelmektedir. Benzer bir durum, kocanın ölümünden sonra onun sağ kalan eş dışındaki mirasçıları bakımından da söz konusu olabilecektir.

## **I. TÜRK HUKUKU BAKIMINDAN MEHİR SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ**

Mehir, İslam Hukukunda kocanın evlenme sözleşmesi yapıldığı sırada ya da devamında bazen de evliliğin sona ermesi durumunda kadına belirli bir mal veya para gibi ekonomik değeri olan bir şey

vermesi veya vermeyi taahhüt etmesidir<sup>3</sup>. Mehir temelde İslam dininin aile hukuku içerisinde yer alan bir müessese olduğundan, kaynağını İsviçre Medeni Kanunu'ndan alan 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nde ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda mehir sözleşmesine yer verilmemiştir. Bununla birlikte, özellikle evlenmenin dini töreni sırasında mehir sözleşmesi yapılmasına dair uygulama, bu sözleşmenin Türk pozitif hukukunda da yer almasını zorunlu kılmıştır. Mehir sözleşmesinin, evlenme ile bağlantılı olarak kadın lehine doğan mali bir hak olduğu düşüncesi, mehir sözleşmelerinin pozitif hukuk bakımından da geçerli kabul edilmesi sonucunu doğur-

<sup>3</sup> **Cin, Halil**, "İslam Hukukunda Mehr", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 29, S. 1, 1972, s. 199; **Kılınc, Ayşe Nur/Kılınc, Ahmet**, "Mehrin Türk Pozitif Hukuku Açısından Yeniden Değerlendirilmesi Gereği", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 1, 2019, s. 105; **Aydın, M. Akif**, "Mehir", Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C. 28, s. 390; **Pürselim Arning, Hatice Selin**, "Türk ve Alman Milletlerarası Özel Hukuklarında Mehir Kavramının Vasıflandırılması", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 33, S. 2, 2013, s. 138; **Türkmen**, Mehir, s. 544; **Ertürk**, s. 7. Mehir kavramı Almanca kaynaklarda "Morgengabe" ya da "Brautgabe" kelimeleriyle ifade edilmekte ve daha çok kadına verilen bir hediye olarak görülmektedir. Ancak özellikle Almanya'da müslüman eşler arasında mehir sözleşmesine dair ihtilafların meydana gelmesi, bu konuda bazı mahkeme kararlarının doğmasına ve konunun öğretilde ele alınmasına yol açmıştır. Bkz: **Dilbirliği, Muhterem**, "Alman Mahkeme Kararlarındaki Mehir'in Değerlendirilmesi", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl:8, Sayı: 31, 2017, s. 567 vd; **Yassarı, Nadjma**, Die Brautgabe im Familienvermögensrecht-Innerislamischer Rechtsvergleich und Integration in das Deutsche Recht, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen, 2014, s. 19 vd; **Obermann, Torsten**, "Die Brautgabe zwischen türkischem und deutschem Recht", Neue Zeitschrift für Familienrecht, Heft 19, 2015, s. 894 vd; **Ülker, Yeşim**, "Die islamische Morgengabe unter dem Einfluss des deutschen Scheidungsfolgenrechts", FamFR, 2010, Heft 1, s. 7 vd; **Iranbomy, Seyed Shahram**, "Rosinentheorie der Morgengabe-Islamisches Familienrecht und das Deutsche Internationale Familienrecht am Beispiel von Brautgabe/Morgengabeauseinandersetzung-", FamFR, 2011, Heft 6, s. 123 vd. Almanya'da yaşayan Türk kökenli eşler arasındaki mehir uyumsuzluklarında Türk hukukunun uygulanacağı hakkında bkz: **Yarayan, Ali**, "Die Morgengabe nach türkischem Recht in der deutschen Rechtspraxis, Neue Zeitschrift für Familienrecht, Heft 24, 2016, s. 1153. **Ülker**'e göre, Alman hukukuna göre evlenip boşanan müslüman kadınlar zaten boşanma sonrası yeterli hukuki korunmaya sahip oldukları için, ayrıca bir de mehir vasıtasıyla korunma talep edilmesi İslam hukukunun istismarı anlamına gelir. Bu durum İslam dinindeki adalet fikriyle de bağdaşmaz. Bu nedenle kadının Alman hukuku çerçevesinde nafaka ya da tazminat yoluyla hak sahibi olduğu ölçüde mehir sözleşmesinden doğan hakkının sona erdiği kabul edilmelidir. Bkz: **Ülker**, s. 10.

muştur<sup>4</sup>. Öte yandan Yargıtay da 1959 tarihli içtihadı birleştirme kararı ile mehir sözleşmesinden kaynaklanan alacakların talep edilebileceğini kabul etmiş bulunmaktadır<sup>5</sup>.

Mehir sözleşmesinin pozitif hukuk bakımından geçerli olduğu düşüncesi, tartışmasız kabul edilmiş değildir. Diğer ifadeyle, öğretilde bazı yazarlar mehre ilişkin sözleşmelerin muhtelif sebeplerle Türk hukuku bakımından geçersiz olduğunu ileri sürmüşlerdir. Bu görüşün en temel dayanağı, mehir sözleşmelerinin TBK m. 27/1 (EBK m. 20/1) hükmüne aykırı olduğu düşüncesidir<sup>6</sup>. Mehir sözleşmelerinin kanunun emredici hükümlerine, ahlaka ve kamu düzenine aykırı olduğu ileri sürülmüştür<sup>7</sup>. Yargıtay'ın mehir sözleşmelerinin geçerli olduğuna karar verdiği 1959 tarihli içtihadı birleştirme kararının karşı oy yazısında da mehir sözleşmelerinin kanuna ve kamu düzenine aykırı olduğu şeklinde görüş bildirilmiştir<sup>8</sup>.

Öğretilde belirtildiği üzere, 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin yürürlüğe girmesinden sonra, mehir sözleşmesinden doğan alacağın

<sup>4</sup> **Kılınç/Kılınç**, s. 108. Türk hukuku bakımından mehir sözleşmesinin geçerliliği meselesi İslam hukukuna göre değil, laik Türk medeni hukukuna göre çözümlenmiştir. Bkz: **Yarayan**, s. 1153. **Obermann**'a göre, Türkiye'de nüfusun büyük kısmının dindar olmasına bağlı olarak, evlilikte mehir sözleşmesi yapılması yaygın şekilde devam etmektedir. Ancak mehir kurumunun laik hukuka uyarlanması pek çok sorunu beraberinde getirmektedir. Laik hukukun eşler arasında getirdiği eşitlik düzeni, mehri geleneksel işlevini yerine getirmesine olanak bırakmamaktadır. Bkz: **Obermann**, s. 895.

<sup>5</sup> Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, E. 1959/14, K. 1959/30, T. 2.12.1959.

<sup>6</sup> **Öztan, Bilge**, "Resmi Nikâhtan Sonra Yapılan Mehir Anlaşması Geçerli Midir?", Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1998, s. 393.

<sup>7</sup> **Öztan**, s. 394 vd. Söz konusu görüşün değerlendirmesi hakkında bkz: **Ertürk**, s. 52 vd.

<sup>8</sup> "Bu müesseseyi haklı göstermek üzere bir kısım âlimler tarafından onda görülen kadına yardım gayesi, onun hukukî tarifine dahil değildir. Medeni Kanun ise evlenmede böyle bir istifade mahiyeti görmediği gibi bu şekilde bir ücret, bu günkü amme intizamı düşüncesine tamamiyle aykırı düşer. Bu itibarla Medeni Kanununun tatbik şekli ve meriyetine ilişkin bulunan 864 sayılı kanunun 2 inci maddesi gereğince böyle bir alacağın ( eski kanun zamanında doğmuş olup sadece ödenmesinin evlenmenin ölüm veya boşanma ile sona ermesi yolundaki vadeye bağlanmış olmasına rağmen ) Medeni Kanundan sonra hüküm altına alınması kanun bakımından mümkün değildir". Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, E. 1959/14, K. 1959/30, T. 2.12.1959.

kanuni bir borç olarak evlenmenin mali sonuçları arasında sayılması mümkün değildir<sup>9</sup>. Ancak mehir sözleşmesinin hukuki niteliği noktasında farklı görüşler ileri sürülmüştür. Söz konusu görüş farklılıkları, özellikle mehri müeccele ilişkindir. Zira evlenme sözleşmesinin kurulduğu sırada peşin olarak ödenen mehri muaccel, öğretide elden bağışlama olarak nitelendirilmektedir<sup>10</sup>. Öğretide bir görüş, mehri müeccelin boşanma halinde ödeneceği kararlaştırılmışsa, boşanmanın fer'i sonuçlarına ilişkin bir sözleşme olarak kabul edileceğini ifade etmektedir<sup>11</sup>. Bu durumda mehir sözleşmesinin geçerliliği, TMK m. 184/5 hükmü gereğince hakim tarafından onaylanmasına bağlıdır<sup>12</sup>.

Mehir sözleşmesinin hukuki niteliğine dair ileri sürülen bir diğer görüş, soyut borç sözleşmesi görüşüdür. Bu görüşe göre, mehre ilişkin anlaşmada genellikle taraflar borcun hukuki sebebinin dile getirmezler<sup>13</sup>. Mehir sözleşmesi gereğince alacaklı durumda olan kadın, söz konusu anlaşmanın dayandığı hukuki sebebi ispat etmek zorunda olmaksızın alacağını talep edebilir<sup>14</sup>.

Öğretide yeni bir görüş, mehir sözleşmelerinden doğan borcun eksik borç olarak kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir<sup>15</sup>. Söz konusu görüşe göre, mehrin pozitif hukuk içerisinde ele alınması hem pozitif hukuk hem de İslam hukuku bakımından çeşitli sorunlara sebep olmaktadır. Bu nedenle, TMK'nun "aile cüzdanı ve dini tören" başlıklı 143. maddesine, "*Evlenmede mehir sözleşmesinden doğan alacaklar dava edilemez. Ancak yapılan ödemeler de geri istenemez*"

<sup>9</sup> **Kılınç/Kılınç**, s. 108; **Türkmen**, Mehir, s. 549; **Ertürk**, s. 39.

<sup>10</sup> **Hatemi, Hüseyin**, Hukuka ve Ahlakla Aykırılık Kavramı ve Sonuçları, İstanbul, 1976, s. 319; **Türkmen**, Mehir, s. 549; **Kılınç/Kılınç**, s. 108.

<sup>11</sup> **Hatemi**, s. 285; **Reisoğlu, Safa**, "Mihri Müeccele Müteallik 2.12.1959 Tarihli Tevhidi İçtihat Kararı Hakkında", Ankara Barosu Dergisi, S. 3, 1960, s. 82. Ayrıca bkz: **Ertürk**, s. 41.

<sup>12</sup> Reisoğlu, mehir miktarının evliliği devam ettirme yönünden erkek üzerinde bir baskı oluşturması halinde, hâkimin bu sözleşmeyi onaylamayabileceğini ifade etmiştir. Bkz: **Reisoğlu**, s. 81.

<sup>13</sup> **Ertürk**, s. 64.

<sup>14</sup> **Ertürk**, s. 64.

<sup>15</sup> **Kılınç/Kılınç**, s. 114.



şeklinde bir fıkra eklenmeli ve böylelikle mehrin eksik borca dönüşmesi sağlanmalıdır<sup>16</sup>.

Son olarak öğretilerde yer alan ve bizim de katıldığımız görüş, mehri müecceli eşlerin birbirleriyle her türlü hukuki işlemi yapabileceklerini öngören TMK m. 193 hükmü çerçevesinde yaptıkları bir bağışlama sözü verme sözleşmesi olarak görmektedir<sup>17</sup>. Bağışlama sözleşmesi görüşü, Yargıtay tarafından da benimsenmiş ve uygulamaya hakim olmuştur<sup>18</sup>. Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarına göre, mehri müeccel ileriye yönelik bir bağışlama vaadidir ve bu sebeple de TBK m. 288/1 hükmü gereğince adi yazılı şekilde yapılması gerekmektedir<sup>19</sup>.

## II. TAŞINMAZLARIN MEHİR VERMEK AMACIYLA DEVREDİLMESİ

### A. Genel Olarak

Taşınmazlar üzerindeki mülkiyet hakkının veya sınırlı ayni hakların mehir sözleşmesine konu edilmesi, söz konusu hakların tapuda devrine dair resmi şekil şartı sebebiyle bazı sorunların meydana gelmesine sebep olabilmektedir. Esasen Yargıtay'ın bağışlama yaklaşımı çerçevesinde, tapu sicilinde tescilin hukuki sebebi olarak bağışlamanın gösterilmesi pekâlâ mümkündür. Ancak genellikle bu yol tercih edilmemekte, koca taşınmazını bedelsiz olarak devrettiği halde, tapu sicilinde satış işlemi yapılmış gibi gösterilmektedir. Böylelikle, yapılan işlemin muvazaalı olması gündeme gelmektedir. Bunun yanında, kocanın ölümünden sonra onun mirasçıları tarafından, tapuda yapılan tescilin mirasçılardan mal kaçırmak amacıyla yapıldığı da ileri sürülebilmektedir.

<sup>16</sup> **Kılınç/Kılınç**, s. 114. Böyle bir düzenlemenin isabetli olacağı yönünde: **Ertürk**, s. 69.

<sup>17</sup> **Öztaş**, s. 393; **Çakırca**, s. 108; **Yarayan**, s. 1153.

<sup>18</sup> Yarg. HGK, E. 2017/3-451, K. 2019/355, T. 26.3.2019; Yarg. 1. HD, E. 2016/10819, K. 2019/4105, T. 26.6.2019; Yarg. 3. HD, E. 2019/482, K. 2019/3079, K. 8.4.2019; Yarg. 8. HD, E. 2014/22932, K. 2016/4548, T. 14.3.2016.

<sup>19</sup> Yargıtay'ın mehir sözleşmelerini bağışlama olarak nitelendirmesinin eleştirisi için bkz: **Türkmen**, Mehir, s. 554 vd.

## B. Şekil Sorunu

Mehir sözleşmesi gereğince kocanın maliki olduğu taşınmazını evleneceği kişiye devretmesinin sonuçları, taşınmazın tapuya kayıtlı olup olmamasına göre değerlendirilebilir. Tapuya kayıtlı olmayan taşınmazların devri konusunda taşınır mülkiyetinin devrine ilişkin kurallar kıyasen uygulanır. Bu sebeple, tapuya kayıtlı olmayan taşınmazlarda mülkiyetin devri için tarafların anlaşması ve zilyetliğin devri yeterlidir<sup>20</sup>. Koca, maliki olduğu tapuya kayıtlı olmayan taşınmazı mehri muaccel olarak kadına devredebilir. Mehri muaccel, elden bağışlama olarak kabul edildiği için, tapuya kayıtlı olmayan taşınmazlar bakımından bir sorun teşkil etmez. TBK m. 289 (OR Art. 242) hükmü gereğince, elden bağışlama bağışlayanın bir taşınırını bağışlanana teslim etmesiyle kurulmuş olur<sup>21</sup>. Şu halde, tapuya kayıtlı olmayan

<sup>20</sup> Esasen tapuya kayıtlı olmayan taşınmazlar üzerinde mülkiyet hakkının kurulup kurulamayacağı tartışmalıdır. Öğretide bazı yazarlar tapuya kayıtlı olmayan taşınmazlarda mülkiyet hakkının söz konusu olamayacağını ileri sürmüşlerdir. Ancak Yargıtay bu konudaki istikrarlı içtihatlarında, tapuya kayıtlı olmayan taşınmazları taşınır gibi kabul ederek çözüm bulma yoluna gitmiştir. Bkz: "Hemen belirtmek gerekir ki; tapuda kayıtlı olmayan taşınmazlar taşınır mal niteliğindedir ve zilyetlikten ibaret olan hakkın devri suretiyle yapılan elden bağışlama sözleşmeleri hiçbir şekil koşuluna bağlı değildir. Bu nedenle gizlenerek yapılan bağışlama niteliğinde tasarruf da geçerlidir. Mirasbırakan tarafından tapusuz taşınmazların zilyetliğinin devri suretiyle gerçekleştirilen geçerli işlemlere karşı 1.4.1974 gün 1/2 sayılı İçtihatı Birleştirme Kararının uygulamaya yeri yoktur. Bu nedenle taraflarla ve ortak mirasbırakanları ile ilgisi bulunmayan Hazine ve dava dışı kişi adına kayıtlı taşınmazlarla birlikte davalılar adına senetsizden tespit edilen 1449, 1434, 1460, 291, 302 ve 1387 sayılı parsellerle ilgili davanın reddine karar verilmiş olmasında bir isabetsizlik yoktur". Yarg. 1. HD, E. 2013/20415, K. 2014/9846, T. 14.05.2014.

<sup>21</sup> **Eren, Fikret**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 290; **Aral, Fahrettin/Ayrancı, Hasan**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 13. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 240; **Yavuz, Cevdet/Acar, Faruk/Özen, Burak**, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2014, s. 357; **Zevkçiler, Aydın/Gökyayla, K.Emre**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020, s. 193; **Gümüş, Mustafa Alper**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.I, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, S. 209; **Kratz, Brigitta**, Präjudizienbuch OR, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts, 9. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, 2016, OR Art. 242, N. 2; **Schönenberger, Beat**, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Verlagsverhältnisse Teil 1, 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, 2016, OR Art. 242, N. 2; **Weingart, Denise**, OFK - Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, 3. Auflage, Orell Füssli Verlag AG, 2016, Art. 242, N. 1; **Oser, Hugo/Schönenberger, Wilhelm**, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zi-

taşınmaz, kadına fiilen teslim edildiği takdirde elden bağışlama sözleşmesi kurulmuş ve aynı anda da ifa edilmiş olacaktır. Tapuya kayıtlı olmayan taşınmazın mehri müeccel olarak evlenmeden sonra devredileceği de kararlaştırılabilir. Ancak bu durumda, bağışlama sözü vermenin şekline ilişkin TBK m. 288/1 (OR Art. 243, Abs.1) hükmü uygulanacaktır. Bahsedilen hükme göre, bağışlama sözü vermenin geçerliliği bu sözleşmenin yazılı olarak yapılmasına bağlıdır<sup>22</sup>.

Tapuya kayıtlı taşınmazlara gelince, bunların elden bağışlama şeklinde mehri muaccele konu edilmesi mümkün değildir. Zira TBK m. 289 hükmünde açıkça, taşınırın elden bağışlamaya konu edilebileceği ifade olunmaktadır. Koca, evlenme sırasında maliki olduğu tapuya kayıtlı taşınmazını kadına verdiğini yazılı olarak beyan etse bile, bunun mülkiyet hakkının devri bakımından hiçbir sonucu yoktur. Bu nedenle yapılması gereken şey, tapuya kayıtlı taşınmaz hakkında bağışlama sözü verme sözleşmesinin yapılmasıdır. TBK m. 288/2 (OR Art. 243, Abs.2) hükmüne göre, bir taşınmazın veya taşınmaz üzerindeki aynı hakkın bağışlanması sözü vermenin geçerliliği, ancak resmi şekilde yapılmış olmasına bağlıdır<sup>23</sup>. Buradaki resmi şekilden kasıt, işlemin tapu sicil müdürlüğü tarafından resmi senetle gerçekleştirilmesidir<sup>24</sup>. Böylelikle kocanın mehir olarak kadına taşınmazını devretmesi, şekil kuralına uygun olarak yapılabilecektir.

---

vilgesetzbuch, V. Band, Das Obligationenrecht, 2. Auflage, Schulthess, 1936, Art. 242, N. 3-4; **Vogt, Nedim Peter/Vogt, Annaig L.**, Basler Kommentar Obligationenrecht I, 7. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2019, OR Art. 242, N. 1-2.

<sup>22</sup> **Eren**, Özel Hükümler, s. 290; **Aral/Ayrancı**, s. 241; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 355; **Zevkililer/Gökyayla**, s. 191; **Gümüş**, C.I, s. 209; **Vogt/Vogt**, BSK-OR, Art. 243, N. 1; **Kratz**, Präjudizienbuch OR, Art. 243, N. 2; **Schönenberger**, CHK-OR, Art. 243, N. 2; **Weingart**, OFK-OR, Art. 243, N. 3; **Oser/Schönenberger**, ZK-OR, Art. 243, N. 1-2; **Rusch, Arnold**, "Schenkungsversprechen und Form", Aktuelle Juristische Praxis, Dike Verlag AG, 2016, s. 431.

<sup>23</sup> **Aral/Ayrancı**, s. 242; **Gümüş**, C.I, s. 209; **Schönenberger**, CHK-OR, Art. 243, N. 3; **Kratz**, Präjudizienbuch OR, Art. 243, N. 3; **Weingart**, OFK-OR, Art. 243, N. 3; **Vogt/Vogt**, BSK-OR, Art. 243, N. 2; **Oser/Schönenberger**, ZK-OR, Art. 243, N. 7; **Horat, Felix**, Grundstückschenkungen mit Nutzniessungs- oder Wohnrechtsvorbehalt, Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft Band/Nr. 123, Schulthess Juristische Medien AG, 2018, s. 16.

<sup>24</sup> **Eren**, Özel Hükümler, s. 290; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 355; **Gümüş**, C.I, s. 209; **Horat**, s. 16.

### C. Muvazaalı İşlem Sorunu

Kocanın maliki olduğu taşınmazını mehir vermek amacıyla kadına devredebilmesi için, bu işlemin tapuda resmi senetle yapılması ve tescilin hukuki sebebi olarak da bağışlamanın gösterilmesi gerekmektedir. Hal böyle olmakla birlikte, uygulamada genellikle yüksek tapu harçlarından kurtulmak için tescilin hukuki sebebi satış sözleşmesi olarak belirtilmektedir. Böylelikle, taşınmazın tapuda kadın adına tescili için yapılan işlem muvazaalı hale gelmektedir.

Bilindiği üzere muvazaa (*Simulation*), tarafların üçüncü kişileri aldatmak maksadıyla gerçek iradelerine uymayan ve aralarında hüküm ve sonuç doğurmayan bir görünüş yaratmak konusunda anlaşmalarını ifade eder<sup>25</sup>. Taraflar, gerçekte hiçbir hukuki işlem yapmak istemedikleri halde, üçüncü kişilere karşı onları aldatmak amacıyla görünüşte bir hukuki işlem yapıyorlarsa mutlak muvazaa (*absoluter Simulation*) vardır<sup>26</sup>. Ancak taraflar gerçekte yapmak istedikleri hu-

<sup>25</sup> **Kocayusufpaşaoğlu, Necip/Hatemi, Hüseyin/Serozan, Rona/Arpacı, Abdülkadir**, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Cilt I, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014, s. 345; **Eren, Fikret**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 350; **Tekinay, S.Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla**, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1987, s. 548; **Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020, s. 128; **Antalya, O. Gökhan**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. V/1,1, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 345; **Esener, Turhan**, Türk Hususi Hukukunda Muvazaalı Muameleler, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1956, s. 7; **Atamulu, İsmail**, Türk Borçlar Hukukunda Muvazaa, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 19; **Müller, Christoph**, BK - Berner Kommentar, Art. 1-18 OR mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht, Stämpfli Verlag AG, 2018, Art. 18, N. 315; **Jäggi, Peter/Gauch, Peter/Hartmann, Stephan**, ZK - Zürcher Kommentar Obligationenrecht, 4. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, 2014, Art. 18, N. 104; **Schwenzer, Ingeborg/Fountoulakis, Christiana**, Basler Kommentar Obligationenrecht I, 7. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2019, OR Art. 18, N. 50; **Kut, Ahmet**, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen, 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Art. 18, N. 27; **Kren Kostkiewicz, Jolanta**, OFK - Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, 3. Auflage, Orell Füssli Verlag AG, 2016, Art. 18, N. 19; **Huguenin, Claire**, Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Dike Verlag AG, 2016, s. 24.

<sup>26</sup> **Jäggi/Gauch/Hartmann**, ZK-OR, Art. 18, N. 112; **Schwenzer/Fountoulakis**, BSK-OR, Art. 18, N. 50; **Müller**, BK-OR, Art. 18, N. 332; **Kren Kostkiewicz**, OFK-OR, Art. 18, N. 19; **Kut**, CHK-OR, Art. 18, N. 27; **Esener**, s. 41; **Atamulu**, s. 46; **Eren**, Genel Hükümler, s. 354; **Antalya**, Borçlar, C. V/1,1, s. 348.

kuki işlemi, görünüşte yaptıkları başka bir hukuki işlemin arkasına saklamışlarsa, nispi muvazaadan (*Dissimulation*) bahsedilir<sup>27</sup>. Kocanın mehir vermek amacıyla kadına taşınmazını devretmesi halinde, tarafların gerçekte yapmak istedikleri işlem bağışlamadır. Ancak taraflar bu işlemi, görünürdeki satış sözleşmesinin arkasına gizlemişlerdir. Dolayısıyla, tarafların gerçekte bağışlama yönünde olan iradeleri, tapu sicilinde satış olarak belirlemektedir. Şu halde koca ile kadın arasında yapılan bu şekilde bir işlem, nispi muvazaanın örneğini teşkil etmektedir.

Muvazaalı işlem, tarafların gerçek iradelerini yansıtmayan bir işlemdir. Zira taraflar, söz konusu işlemin aralarında hüküm ve sonuç doğurmaması konusunda anlaşmışlardır (*Simulationsabredecontractus de simulando*)<sup>28</sup>. TBK m. 19/1 hükmüne göre, bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınmalıdır. Muvazaalı işlemde tarafların gerçek ve ortak iradeleri, görünürdeki işlemin aralarında hüküm ve sonuç doğurmaması yönündedir. Bu sebeple, görünürdeki muvazaalı işlemin geçersiz olduğunu kabul etmek gerekmektedir<sup>29</sup>. Ancak öğretilerde, muvazaalı işleme hangi geçersizlik müeyyidesinin uygulanacağı tartışmalıdır<sup>30</sup>. Hâkim görüşüne göre, muvazaalı işlem kesin hükümsüzdür<sup>31</sup>. Kocanın mehir vermek amacıyla taşınmazı

<sup>27</sup> **Kren Kostkiewicz**, OFK-OR, Art. 18, N. 19; **Müller**, BK-OR, Art. 18, N. 333; **Jäggi/Gauch/Hartmann**, ZK-OR, Art. 18, N. 112; **Kut**, CHK-OR, Art. 18, N. 27; **Schwenzer/Fountoulakis**, BSK-OR, Art. 18, N. 50; **Esener**, s. 42; **Atamulu**, s. 52; **Oğuzman/Öz**, C.I, s. 130. Kocayusufpaşaoğlu, mutlak muvazaa yerine "basit muvazaa", nispi muvazaa yerine ise "nitelikli muvazaa" kavramlarını kullanmaktadır. Bkz: **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 345-346.

<sup>28</sup> **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 346; **Esener**, s. 49; **Kut**, CHK-OR, Art. 18, N. 28; **Müller**, BK-OR, Art. 18, N. 315; **Jäggi/Gauch/Hartmann**, ZK-OR, Art. 18, N. 113; **Atamulu**, s. 111; **Schwenzer/Fountoulakis**, BSK-OR, Art. 18, N. 51.

<sup>29</sup> **Atamulu**, s. 112; **Müller**, BK-OR, Art. 18, N. 349; **Kren Kostkiewicz**, OFK-OR, Art. 18, N. 20; **Kut**, CHK-OR, Art. 18, N. 29; **Jäggi/Gauch/Hartmann**, ZK-OR, Art. 18, N. 136.

<sup>30</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz: **Atamulu**, s. 113 vd.

<sup>31</sup> **Esener**, s. 54; **Oğuzman/Öz**, C.I, s. 130; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop**, s. 554; **Antalya**, Borçlar, C. V/1,1, s. 352; **Atamulu**, s. 115. Ancak muvazaalı işlemin

devretmesine rağmen işlemin satış sözleşmesi olarak görüldüğü hal-lerde de, görünürdeki satış sözleşmesi muvazaa nedeniyle kesin hükümsüzdür. Görünürdeki işlemin muvazaa sebebiyle kesin hükümsüz olması, gizli işlemin de kesin hükümsüz olması sonucunu doğurmaz. Gizli işlem kural olarak geçerlidir<sup>32</sup>. Ancak gizli işlemin de hukuki işlemlerin geçerliliği bakımından gerekli olan unsurları taşıyor olması zorunludur. Taşınmaz mülkiyetinin devrinde muvazaa bakımından gizli işlemi geçersiz kılan en yaygın durum ise şekle aykırılıktır. Tarafların gerçekte hüküm ve sonuç doğurmasını arzuladıkları hukuki işlem bakımından kanunda bir şekil şartı öngörülmüşse, gizli işlemin bu şekle uygun olarak yapılması gerekmektedir. Bir taşınmazı veya taşınmaz üzerindeki aynı hakkı konu edinen bağışlama sözleşmesinin tapuda resmi şekilde yapılması gerekmektedir. Hâlbuki kocanın mehir vermek amacıyla yaptığı hukuki işlemde bağışlama resmi şekilde yapılmamaktadır. Dolayısıyla tarafların taşınmazın devri bakımından gerçekte yapmayı arzu ettikleri bağışlama sözleşmesi de şekle aykırı olduğu için geçersizdir<sup>33</sup>.

Kural olarak muvazaalı işlemin kesin hükümsüzlüğü herkes tarafından ileri sürülebilir<sup>34</sup>. Ancak işlemin muvazaa nedeniyle kesin hükümsüz olduğunu ileri sürme hakkı olanların sınırlandırılması gerektiği görüşü öğretide ve uygulamada kabul edilmektedir. Bu sebeple, görünürdeki hukuki işlemin muvazaa nedeniyle geçersiz olduğu iddiasının, hukuken korunması gereken (*schutzwürdiges Interesse*) bir hakkı bulunan ilgililer tarafından ileri sürülebileceği ifade edilmektedir<sup>35</sup>. Kocanın mehir vermek amacıyla yaptığı muvazaalı devir bakımından, onun mirasçılarının muvazaayı ileri sürme hakları olduğu noktasında kuşku yoktur. Zira muvazaa nedeniyle taşınmaz mülkiyetinin devrinin geçersiz kılınması, doğrudan mirasçılarının tereke üze-

---

yok hükmünde olduğunu savunan yazarlar da bulunmaktadır. Bkz: **Eren**, Genel Hükümler, s. 356; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 355; **Jäggi/Gauch/Hartmann**, ZK-OR, Art. 18, N. 104.

<sup>32</sup> **Eren**, Genel Hükümler, s. 360; **Esener**, s. 60; **Atamulu**, s. 166.

<sup>33</sup> **Eren**, Genel Hükümler, s. 361; **Esener**, s. 62; **Atamulu**, s. 178.

<sup>34</sup> **Esener**, s. 91; **Atamulu**, s. 120.

<sup>35</sup> **Müller**, BK-OR, Art. 18, N. 358; **Jäggi/Gauch/Hartmann**, ZK-OR, Art. 18, N. 148; **Esener**, s. 93; **Atamulu**, s. 120.

rindeki hakları ile ilgilidir. Öte yandan muvazaalı işlemin tarafı olan kocanın, sonradan taşınmazı geri almak amacıyla muvazaayı ileri sürmesi de gündeme gelebilir. Özellikle evlenecekleri düşüncesiyle taşınmazın devredildiği fakat evliliğin gerçekleşmediği ya da boşanmanın söz konusu olduğu hallerde, erkeğin taşınmazı kadından geri almak istemesi mümkündür. Ancak böyle bir durumda mehir vermek amacıyla taşınmazı devreden koca, muvazaayı ispat noktasında bazı sorunlarla karşılaşacaktır. Muvazaalı işlemin tarafları, söz konusu işlem yazılı veya resmi şekilde yapıldığı takdirde, ancak yazılı delil göstererek muvazaayı ispat edebilirler<sup>36</sup>. Şu halde, maliki olduğu taşınmazını muvazaalı olarak devreden koca, bu işlemin muvazaalı olduğunu ispat edebilmek için yazılı delil göstermek durumunda kalacaktır. Aksi takdirde iddiasını ispat edemeyecek ve muvazaaya dayanarak açtığı tapu sicilinin düzeltilmesi davası reddedilecektir. Nitekim Yargıtay kararına<sup>37</sup> konu olan bir olayda davacı, maliki olduğu taşınmazı evlilik birliğini sağlamak amacıyla davalıya satış suretiyle bedelsiz devrettiğini fakat şiddetli geçimsizlik nedeniyle boşandıklarını belirterek, muvazaaya dayalı tapu iptal ve tescil isteğinde bulunmuştur. Davacı, dava konusu taşınmazın davalıya mehir olarak verildiğini ifade eden adi yazılı mehir sözleşmesini dosyaya sunmuştur. Ancak Yargıtay, söz konusu mehir sözleşmesinin muvazaalı işlemin belgesi olmadığını belirterek, davacının muvazaa iddiasını kanıtlamadığına karar vermiştir. Dolayısıyla mehir vermek amacıyla taşınmazın devredildiği durumlarda, bunun mehir senedine veya sözleşmeye yazılmış olması, muvazaanın ispat edilmesi bakımından yeterli olmamaktadır.

Muvazaanın taraflarca ispatı noktasında HMK m. 203/1-a hükmünün uygulanması düşünülebilir. İlgili hükme göre, eşler arasında yapılan işlemler senetle ispat zorunluluğunun istisnasını oluşturmaktadır ve tanıkla ispat edilebilir. Hal böyle olmakla birlikte, öğretilen eşler arasındaki işlemlerin senede bağlandığı ve bu işlemler bakımından muvazaanın ileri sürüldüğü durumlarda yine yazılı delille ispat

<sup>36</sup> Esener, s. 87-88; Atamulu, s. 205.

<sup>37</sup> Yarg. 1. HD, E. 2011/8023, K. 2011/10250, T. 13.10.2011.

zorunluluğunun bulunduğu kabul edilmektedir<sup>38</sup>. Bu durumun, aralarındaki yakınlık derecelerine rağmen ilgili kişilerin hukuki işlemi senede bağlamalarının bir sonucu olduğu ifade edilmektedir<sup>39</sup>. Öğretide muvazaanın taraflarca ispatı bahsinde tapuya kayıtlı taşınmazların devri bakımından yazılı delille ispat zorunluluğunun yumuşatılması görüşü de ileri sürülmüştür<sup>40</sup>. Zira bu durumda tarafları yakınlık derecelerine rağmen resmi şekilde sözleşme yapmaya zorlayan şey, birbirlerine güven duymamaları değildir. Bilakis çoğu durumda taraflar birbirlerine güven duymalarına rağmen, hukuki bir gerekliliği yerine getirmek için hukuki işlemi resmi şekilde yapmaktadırlar. Diğer bir deyişle taraflar, aralarındaki yakınlık derecesi ne olursa olsun, taşınmaz mülkiyetini devretmek için resmi şekle başvurmak zorundadırlar. Öyleyse, kocanın mehir vermek amacıyla taşınmazı devretmesi halinde olduğu gibi, eşler arasındaki işlemlerde muvazaa iddiası bakımından tanıkla ispat etme imkânının kabul edilmesi düşünülebilir. Ne varki Yargıtay, HMK m. 203 hükmünde sayılan yakın akrabalar arasında yapılmış olsa bile muvazaa iddiasının taraflarca yazılı delille ispat edilmesi gerektiğini kabul etmektedir<sup>41</sup>.

Kocanın, yazılı delile sahip olduğu halde muvazaa iddiasında bulunarak tapu sicilinin düzeltilmesini istemesi, hakkın kötüye kullanılması teşkil edebilir. Bu durumda, TMK m. 2/2 hükmü gereğince, muvazaa iddiası dinlenmez ve davanın reddi gerekir. Gerçekten, bir taraftan üçüncü kişileri aldatmak amacıyla muvazaalı işlem yapıp diğer taraftan bu işlemin muvazaa sebebiyle geçersiz olduğunu ileri sürmek

---

<sup>38</sup> **Atamulu**, s. 207.

<sup>39</sup> **Atamulu**, s. 208.

<sup>40</sup> Bkz: **Aday, Nejat**, Taşınmaz Mülkiyetinin Naklinde Muvazaa, İstanbul, 1992, s. 65 vd.

<sup>41</sup> *“Senede bağlı bir sözleşmeye karşı muvazaa iddiası, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 288 ve 290. maddelerinde belirtildiği üzere ancak yazılı delille kanıtlanabilir. Sözleşme aynı kanunun 293. maddesinde sözü edilen yakın akrabalar arasında yapılmış olsa dahi muvazaanın yazılı delille isbat edilmesi gerekir. Böyle bir sözleşmenin resmi şekilde yapılması halinde dahi olayın özelliği itibariyle adi yazılı delilin yeterli olacağı öğretide ve kararlılık kazanmış içtihatlarda ortaklaşa kabul edilmiştir”*. Yarg. 4. HD, E. 2020/2314, K. 2020/3778, T. 9.11.2020.



çelişkili davranış yasağının ihlali anlamına gelebilir<sup>42</sup>. Nitekim Yargıtay da bazı kararlarında, muvazaalı işlemin taraflarından birinin sonradan muvazaaya iddiasında bulunmasını hakkın kötüye kullanılması olarak görmüştür<sup>43</sup>.

Muvazaaya iddiasına karşılık hakkın kötüye kullanıldığı savunması, genellikle muvazaalı işlemin yapılmasının üzerinden uzun bir zaman geçtikten sonra muvazaanın ileri sürüldüğü hallerde gündeme gelmektedir. Bunun temelinde, muvazaalı işlemin zamanla sıhhat kazanmaması bulunmaktadır<sup>44</sup>. Muvazaaya nedeniyle kesin hükümsüz olan işlem, üzerinden ne kadar zaman geçerse geçsin, hiçbir şekilde geçerli bir işleme dönüşmez. Dolayısıyla, işlemin muvazaalı olduğu iddiası kural olarak herhangi bir zamanaşımına tabi olmaksızın her zaman ileri sürülebilir<sup>45</sup>. Ancak bu iddianın hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olmaması gerekmektedir<sup>46</sup>. Başka ifadeyle, işlemin muvazaalı olduğunu bildiği halde uzun süre hareketsiz kalarak diğer tarafta haklı bir güven oluşturan kimsenin, daha sonra muvazaaya dayanarak geçersizliği ileri sürmesi hakkın kötüye kullanımı niteliğindedir. Yargıtay bu durumu kabul etmekle birlikte, mülkiyet hakkına dayalı olarak dava açılan hallerde, kanunun kişiye tanıdığı mutlak bir hakkın aradan uzun süre geçtikten sonra ileri sürülmüş olmasını hakkın kötüye kullanımı olarak görmemektedir<sup>47</sup>. Hâlbuki hakkın kötüye kullanılması yasağının mutlak haklar söz konusu olduğunda gündeme gelmeyeceği söylenemez. Hatta denilebilir ki, hakkın kötüye kullanılması

<sup>42</sup> **Eren**, Genel Hükümler, s. 367; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 360; **Atamulu**, s. 160; **Aday**, s. 27.

<sup>43</sup> **Atamulu**, s. 160-161.

<sup>44</sup> **Esener**, s. 57; **Atamulu**, s. 130.

<sup>45</sup> **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 512; **Esener**, s. 54; **Atamulu**, s. 130; **Jäggi/Gauch/Hartmann**, ZK-OR, Art. 18, N. 143.

<sup>46</sup> **Atamulu**, s. 162.

<sup>47</sup> "Her hak gibi dava açma hakkı da kötüye kullanılabilir. Ne var ki, somut olayda Anayasa tarafından güvence altına alınan ve aynı hak niteliğinde olduğu için her zaman herkese karşı ileri sürülebilen mülkiyet hakkına dayalı olarak dava açılmıştır. Bu nedenle kanunun kişiye tanıdığı mutlak bir hakkın aradan uzun süre geçtikten sonra ileri sürülmüş olması, dava hakkının kötüye kullanılması olarak değerlendirilemez". Yarg. HGK, E. 2017/1-1251, K. 2020/673, T. 23.9.2020.

yaşadığının en etkin olduğu alanlardan biri, mülkiyet hakkının kötüye kullanılmasının önüne geçilmesidir.

#### **D. Mehir Olarak Verilen Taşınmazın Devri Bakımından Muris Muvazaasının İleri Sürülmesi**

Muris muvazaası, miras bırakanın mirasçılarında bir kısmını veya tamamını miras haklarından mahrum etmek amacıyla muvazaalı işlemler yapmasını ifade eder<sup>48</sup>. Türk Hukuku bakımından büyük önemi ve yeri bulunan bu kavram, kanunda ayrı bir düzenlemeye sahip değildir. Bu sebeple, muvazaaya dair temel hüküm teşkil eden TBK m. 19 hükmü, muris muvazaasına da uygulanır<sup>49</sup>. Hal böyle olmakla birlikte Yargıtay, uygulamada muvazaanın en sık karşılaşılan türü olan muris muvazaasının tespiti yönünden çeşitli ölçütler geliştirmiştir<sup>50</sup>.

Uygulamada muris muvazaasının önemli sebeplerinden birini, ikinci eş veya son eş faktörü oluşturmaktadır<sup>51</sup>. Miras bırakan tarafından birden çok evlilik gerçekleştirilen durumlarda, miras bırakanın son eşin etkisi ile diğer mirasçılardan mal kaçırmak amacıyla muvazaalı işlemler yaptığı durumlarla karşılaşmaktadır<sup>52</sup>. İşte mehir vermek amacıyla taşınmaz devrinde de, sağ kalan eş dışındaki mirasçılardan muris muvazaası iddiasıyla dava açması söz konusu olabilmektedir. İlk eşin ölümünden ya da boşanmadan sonra ikinci kez evlenmek

<sup>48</sup> **Sert Sütçü, Selin**, Mirasbırakanın Muvazaalı Hukuki İşlemleri ve Sonuçları, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 65; **Yılmaz, Süleyman**, Mirasbırakanın Mirasçılardan Mal Kaçırmaya Yönelik İşlemleri ve Sonuçları (Muris Muvazaası), Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 108; **Atamulu**, s. 252.

<sup>49</sup> **Atamulu**, s. 252; **Yılmaz**, s. 107; **Sert Sütçü**, s. 66.

<sup>50</sup> Yargıtay'ın muris muvazaasına ilişkin en önemli kararı, 1.4.1974 Tarih ve 1974/1-2 Sayılı İçtihadı Birleştirme Kararıdır. Söz konusu kararda Yargıtay, " Bir kimsenin mirascısını, miras hakkından yoksun bırakmak amacıyla, gerçekte bağışlamak istediği tapulu taşınmaz hakkında, tapu sicil memuru önünde iradesini satış doğrultusunda açıklamış olduğunun gerçekleşmesi halinde, saklı pay sahibi olsun, yada olmasın, miras hakkı çığneden tüm mirasçılar, görünürdeki satış sözleşmesinin danışıklı ( muvazaalı ) olduğunu ve gizli bağış sözleşmesinin de biçim koşulundan yoksun bulunduğunu ileri sürerek dava açabilirler " demek suretiyle mirasçılardan dava haklarının var olduğunu kabul etmiştir.

<sup>51</sup> **Sert Sütçü**, s. 75; **Yılmaz**, s. 122.

<sup>52</sup> **Sert Sütçü**, s. 75; **Atamulu**, s. 254; **Yılmaz**, s. 122.

isteyen miras bırakan, mehir vermek amacıyla taşınmazını evleneceği kişiye devretmektedir. Miras bırakanın ölümünden sonra ise, onun daha önceki eşinden olan mirasçıları, miras bırakanın yaptığı bu devrin kendilerinden mal kaçırmak amacıyla yapıldığını ileri sürmektedirler<sup>53</sup>. Buradaki amaç, muris muvazaası iddiasıyla dava konusu taşınmazın tapu kaydını iptal ettirmek ve böylelikle o taşınmazın terekeye dâhil olmasını sağlamaktır.

Muris muvazaasını genel muvazaadan ayıran en temel ölçüt, miras bırakanın mirasçılardan mal kaçırmak amacıyla hareket etmesidir<sup>54</sup>. Nitekim Yargıtay da, muris muvazaasının kabulü için, miras bırakanın dava konusu temlik yaparken mal kaçırmayı amaçladığının kanıtlanması gerektiğini ifade etmektedir<sup>55</sup>. Şu halde, kocanın mehir vermek amacıyla taşınmazını kadına devretmesi durumunda da, kocanın mirasçılarının kendilerinden mal kaçırmak için bu devrin yapıldığını ispat etmeleri gerekecektir. Ancak Yargıtay, mirasçıların muris muvazaasına ilişkin açtıkları davalarda, taşınmazın mehir vermek amacıyla devredilmesi durumunda muris muvazaası iddiasının kabul edilemeyeceğini belirtmektedir<sup>56</sup>. Yargıtay'a göre, mehir sözleşmeleri Türk Medeni Kanunu tarafından yasaklanmış bir hukuki ilişki olmayıp, bugün için de geçerlidir<sup>57</sup>. Temlikin gerçekleştirilme sebebinin mehir olduğunun anlaşılması halinde, miras bırakanın mirasçıların-

<sup>53</sup> "Dava; muris muvazaası hukuksal nedenine dayalı tapu iptali ve tescil istemine ilişkindir. Mahkemece, davanın kabulüne karar verilmiştir. Dosya içeriğinden ve toplanan delillerden; mirasbırakan ...'ın 30.11.2009 tarihinde öldüğü, davacıların önceki eşleri Satı ve Keziban'dan olma çocukları, davalının ise 16.7.2009 tarihinde evlendiği üçüncü eşi olduğu, mirasbırakanın çekişme konusu 1197 ada 1 parsel sayılı taşınmazı 17.08.2009 tarihinde davalıya satış suretiyle devrettiği anlaşılmaktadır". Yarg. 1. HD, E. 2014/1693, K. 2014/19629, T. 15.12.2014.

<sup>54</sup> **Sert Sütçü**, s. 68; **Yılmaz**, s. 113.

<sup>55</sup> Yarg. 1. HD, E. 2015/13227, K. 2015/12162, T. 20.10.2015.

<sup>56</sup> "Somut olaya gelince, muris çekişme konusu taşınmazı davalıya evlendiği gün temlik etmiştir. Davacının bildirdiği tanık H. K. ve davalının bildirdiği tanık Y. T. "taşınmazın evlenme sırasında mehir olarak davalıya verildiğini" beyan etmişlerdir. Somut olay yukarıdaki ilkelerle birlikte değerlendirildiğinde murisin davaya konu taşınmazı diğer mirasçılarından mal kaçırmak amacıyla değil, evlilik hediyesi olarak verdiği sonucuna varılmaktadır. Hal böyle olunca, davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmiş olması doğru değildir". Yarg. 1. HD, E. 2012/16654, K. 2013/3539, T. 8.3.2013.

<sup>57</sup> Yarg. 1. HD, E. 2014/1693, K. 2014/19629, T. 15.12.2014.

dan mal kaçırmak amacıyla hareket ettiği düşünülemez<sup>58</sup>. Yargıtay'ın istikrar kazanan içtihadı bu yönde olmakla birlikte, aksi şekilde vermiş olduğu bir karar da bulunmaktadır. Bahsi geçen kararda Yargıtay, davalının çekişme konusu taşınmazın mehir olarak verildiğine dair savunmasının, temlikin yapıldığı tarihin Medeni Kanununun kabulünden sonra olması itibariyle dinlenme olanağının bulunmadığını belirtmiştir<sup>59</sup>.

Konu ile ilgili Yargıtay kararlarında vurgulanan bir diğer husus ise, mehir vermek amacıyla taşınmazın devrinde muvazaa iddiasının genel muvazaanın konusunu teşkil ettiğiidir. Yüksek mahkemeye göre, devir olgusu bedelsiz bir temlik olduğuna göre bağış niteliği taşımaktadır ve bu sebeple muris muvazaasında gözetilmesi gereken 1.4.1974 Tarih ve 1974/1-2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararının konusu dışında kalmaktadır<sup>60</sup>. Dolayısıyla Yargıtay, mehir vermek amacıyla taşınmazın devrinde muris muvazaasına değil genel muvazaa nedenine dayanılarak dava açılması gerektiği görüşündedir.

Kanaatimizce, miras bırakanın taşınmazını mehir olarak vermiş olması, tek başına muris muvazaasının var olmadığını kanıtlamaz. Zira miras bırakan, taşınmazı mehir vermek amacıyla devrederken aynı zamanda mirasçılardan mal kaçırmayı da pekâlâ istemiş olabilir. Bu bakımdan, miras bırakanın taşınmazı mehir vermek amacıyla devretmesi dışında başka hususların da araştırılması gerekmektedir. Nitekim Yargıtay, muris muvazaasına ilişkin uyuşmazlıkların çözümünde adil bir sonuca ulaşılması için, ülke ve yörenin gelenek ve görenekleri, toplumsal eğilimleri, olayların olağan akışı, miras bırakanın sözleşmeyi yapmakta haklı ve makul bir nedeninin bulunup bulunmadığı, davalının alım gücünün olup olmadığı, satış bedeli ile sözleşme tarihindeki gerçek değer arasındaki fark, taraflar ile miras bırakan arasındaki beşeri ilişki gibi olgulardan yararlanılmasında zorunluluk olduğunu belirtmektedir<sup>61</sup>. Dolayısıyla, miras bırakanın son eşine me-

<sup>58</sup> Yarg. 1. HD, E. 2014/2903, K. 2015/11649, T. 12.10.2015.

<sup>59</sup> Yarg. HGK, E. 1999/1-472, K. 1999/501, T. 9.6.1999.

<sup>60</sup> Yarg. 1. HD, E. 2011/8161, K. 2011/9851, T. 5.10.2011.

<sup>61</sup> Yarg. HGK, E. 2017/1-1229, K. 2021/72, T. 11.2.2021.

hir vermek amacıyla yaptığı devrin mirasçılardan mal kaçırma amacıyla yapılmış yapılmadığının titizlikle değerlendirilmesi icap etmektedir. Örneğin adına kayıtlı yalnızca bir adet taşınmaz bulunan miras bırakanın mehir olarak para veya altın vermek yerine söz konusu taşınmazını devretmiş olması, mirasçılardan mal kaçırma şüphesini kuvvetlendirebilir. Nitekim Yargıtay'ın vermiş olduğu bir kararda yer alan karşı oy yazısında, emekli ve maaş geliri olan miras bırakanın tek malvarlığı olan evini davalı ikinci eşine satmasının muris muvazaasını gösteren olgulardan biri olduğuna dikkat çekilmiştir<sup>62</sup>. Devir olgusuyla birlikte, miras bırakanın evlilikten sonra diğer mirasçılarıyla ve özellikle altsoyu ile ilişkilerinin kötüleşmesi de bir başka gösterge olabilir.

Muvazaanın ispatı ile ilgili kurallar, muris muvazaası bakımından da geçerlidir. Ancak burada mirasçıların hangi sıfatla davada taraf olduklarına bakmak gereklidir. Mirasçılar, miras bırakanın muvazaalı işlemleri bakımından külli halef sıfatıyla hareket ediyorlarsa, taraf sıfatını haiz oldukları için muvazaanın varlığını yazılı delille ispat yükümlülüğü altındadırlar<sup>63</sup>. Mirasçılar, muvazaalı işleme karşı mirasçı sıfatıyla dava açtıkları takdirde ise, üçüncü kişi olarak kabul edilirler ve böylelikle muvazaanın varlığını her türlü delille ispat edebilirler. Miras bırakanın mehir vermek amacıyla devrettiği taşınmaz için muris muvazaası iddiasıyla açılan dava bakımından mirasçılar üçüncü kişi olarak hareket etmektedirler. Dolayısıyla mirasçılar, dava konusu taşınmazın devrinin muvazaalı olduğunu ve miras bırakanın kendilerinden mal kaçırmak amacıyla hareket ettiğini her türlü delille ve özellikle de tanık deliline dayanarak ispat edebileceklerdir. Ancak Yargıtay'ın mehir sözleşmesinin varlığı halinde muris muvazaasını kabul etmeme yönündeki görüşü dikkate alınır, mirasçılar bakımından muris muvazaasına dayanarak dava açılması durumunda başarı şansının düşük olduğu ifade edilebilir.

<sup>62</sup> Yarg. 1. HD, E. 2011/8161, K. 2011/9851, T. 5.10.2011.

<sup>63</sup> **Oğuzman/Öz**, C.I, s. 132; **Eren**, Özel Hükümler, s. 365; **Atamulu**, s. 256.

Genel itibarıyla muvazaada olduğu gibi, muris muvazaasının ileri sürülmesi bakımından da herhangi bir süre sınırı yoktur. Ancak hakkın kötüye kullanılması yasağının burada da genel bir sınır çizdiği ifade edilebilir. Yargıtay da konu ile ilgili bazı kararlarında, muris muvazaasına dayanan davalarda zamanaşımı ve hak düşürücü süre söz konusu olmasa bile, bu hususta dürüstlük kuralına uygun olarak hareket edilmesi gerektiğine dikkat çekmiştir<sup>64</sup>. Ancak Yargıtay'ın yakın tarihli kararlarında, bunun aksine olarak muris muvazaasının aradan uzun süre geçmiş olsa bile ileri sürülebileceğini belirttiği görülmektedir<sup>65</sup>. Öğretide bir görüş, hukuki işlem güvenliğinin sağlanması bakımından muris muvazaası iddiasının, taşınmazların olağanüstü zamanaşımı ile kazanılmasında geçerli olan yirmi yıllık süre ile sınırlı olması gerektiğini ileri sürmektedir<sup>66</sup>. Kanaatimizce bu görüş isabetlidir. Her ne kadar bu konuda hakkın kötüye kullanılması yasağı uygulanabilir olsa da, Yargıtay'ın içtihatlarındaki belirsizlik nedeniyle hukuki işlemin üzerinden çok uzun zaman geçen durumlarda dahi muris muvazaasının ileri sürülebildiği görülmektedir.

### **E. Mehir Olarak Verilen Taşınmazın Üçüncü Kişiye Devri**

Uygulamada koca tarafından mehir olarak kadına verilen taşınmazın, daha sonra üçüncü kişiye devredildiği durumlarla karşılaşmaktadır. Belirtmek gerekir ki taşınmazın üçüncü kişiye devredilmesi muvazaaya dayalı olarak dava açılmasına engel teşkil etmez. TMK m. 1024/2 (*ZGB Art. 974, Abs.2*) hükmü gereğince, bağlayıcı olmayan bir hukuki işleme dayanan veya hukuki sebepten yoksun bulunan tescil yolsuzdur (*ungerechtfertigter Eintrag*)<sup>67</sup>. Şu halde, muvazaa nedeniyle

<sup>64</sup> Yarg. 1. HD, E. 2013/8456, K. 2013/14534, T. 24.10.2013 (**Sert Sütçü**, s. 177.)

<sup>65</sup> Yarg. HGK, E. 2017/1-1251, K. 2020/673, T. 23.9.2020; Yarg. HGK, E. 2014/1-560, K. 2015/2371; T. 4.11.2015; Yarg. 16. HD, E. 2013/12281, K. 2014/3376, T. 27.3.2014.

<sup>66</sup> **Sert Sütçü**, s. 178.

<sup>67</sup> **Schmid, Jürg**, Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II, 6. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2019, Art. 974, N. 9; **Deillon-Schegg, Bettina**, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, 2016, ZGB Art. 974, N. 8-9; **Pfammatter, Aron**, OFK - Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 3. Auflage, Orell Füssli Verlag AG, 2016, Art. 974, N. 5.

kesin hükümsüz olan sözleşmeye dayanılarak yapılan tescil de yolsuz tescil hükmündedir<sup>68</sup>. Kural olarak yolsuz tescile dayanılarak aynı hak kazanılması mümkün değildir. Ancak istisnai olarak, TMK m. 1023 (ZGB Art. 973, Abs.1) çerçevesinde tapu kütüğündeki tescile iyiniyetle dayanarak mülkiyet veya bir başka aynı hak kazanan üçüncü kişinin bu kazanımı korunur<sup>69</sup>. Şu halde, kadına mehir olarak muvazaalı şekilde devredilen taşınmazı ondan devralan üçüncü kişi, ancak iyiniyetli olduğu takdirde söz konusu taşınmazın mülkiyetini kazanabilecektir. Aksi takdirde, yolsuz tescil sebebiyle aynı hakkı zedelenen kişi, tescilin yolsuz olduğunu üçüncü kişilere karşı doğrudan doğruya ileri sürebilir (TMK m. 1024/3).

Tescilin yolsuz olduğunu bilen veya bilmesi gereken üçüncü kişi iyiniyetli değildir. Diğer bir ifadeyle, taşınmazı devralan üçüncü kişi bu taşınmazın kadına mehir olarak muvazaalı şekilde devredildiğini biliyor veya bilmesi gerekiyorsa, iyiniyetli olarak kabul edilemez. Dolayısıyla, TMK m. 1023 hükmünün sağladığı korumadan yararlanamaz. Böylelikle, üçüncü kişiye karşı doğrudan doğruya muvazaaya dayalı olarak tapu sicilinin düzeltilmesi talebiyle dava açılabilir. Ancak iyiniyet karine olarak kabul edildiği için, taşınmazı devralan üçüncü kişinin iyiniyetli olmadığını davacı tarafından ispat edilmesi gerekmektedir. Yargıtay, özellikle taşınmazı devralan üçüncü kişinin kadının ya da miras bırakanın akrabası olduğu durumlarda iyiniyetli olarak kabul edilemeyeceği kanaatinde<sup>70</sup>. Gerçekten böyle bir ihti-

<sup>68</sup> "Hemen belirtmek gerekir ki, muvazaalı sebebiyle geçersiz sözleşmeye dayanılarak bir taşınmazın tapuda temlik yapılmışsa bu tescil yolsuz bir tescil hükmündedir. Tapuda yapılan temlik ve tesciller illi işlemler olduğundan tapunun dayanağı sözleşme geçersiz ise tapu kaydının da Medeni Kanunun 1025. maddesine göre iptali gerekir. Ayrıca muvazaalı sözleşmeler yapıldığı andan itibaren taraflar arasında hüküm ve sonuç doğurmayacağından açılan dava sonunda verilen karar, yenilik doğurucu (inşai) bir hüküm değil, açıklayıcı (ihdasi) bir hüküm durumundadır". Yarg. 1. HD, E. 2011/8023, K. 2011/10250, T. 13.10.2011.

<sup>69</sup> Schmid, BSK-ZGB, Art. 973, N. 1; Deillon-Schegg, CHK-ZGB, Art. 973, N. 1; Pfammatter, OFK-ZGB, Art. 973, N. 2; Eberhard, Philipp, "Die Rechtsfigur der «natürlichen Publizität»", Schweizerische Juristen-Zeitung, 117/2021, s. 129 vd.

<sup>70</sup> "Nesibe'ye yapılan temlikin muvazaalı olduğunun kanıtlanması halinde; Nesibe'nin annesi olan Dudu'nun, bu durumu bilen ya da bilmesi gereken kişi konumunda bulunduğu gözetildiğinde, iyiniyetli olmayacağı ve iktisabının korunamayacağı kuşkusuzdur". Yarg. 1. HD, E. 2012/8031, K. 2012/11596, T. 18.10.2012.

malde, taşınmazı devralan üçüncü kişinin ortada gerçek bir satış işlemi olmayıp taşınmazın mehir olarak bedelsiz şekilde devredildiğini ve dolayısıyla da muvazaalı olduğunu bilmemesi, hayatın olağan akışına aykırıdır. Ancak doğru bir sonuca ulaşabilmek için bu noktada titiz davranılması gerekmektedir.

## **F. Mehir Olarak Verilen Taşınmaz Bakımından Tenkis Talep Edilmesi**

Muvazaa dışında, mehir olarak verilen taşınmaz bakımından gündeme gelen bir başka talep de tenkistir. Mirasçılar, genellikle muris muvazaasına dayalı tapu sicilinin düzeltilmesi isteğiyle birlikte terditli olarak tenkis talebinde bulunmaktadırlar<sup>71</sup>. Başka ifadeyle, muris muvazaası iddiasının kabul görmemesi durumunda, miras bırakanın sağlararası kazandırmaya konu olan taşınmazının tenkisini istemektedirler.

Tenkis davası (*Herabsetzungsklage*), miras bırakanın saklı payı ihlal eden tasarruflarının yasal sınıra indirilmesini amaçlayan yenilik doğurucu nitelikte bir davadır<sup>72</sup>. TMK m. 560/1 (*ZGB Art. 522, Abs.1*) hükmüne göre, saklı paylarının karşılığın alamayan mirasçılar, miras

---

*"...Öte yandan, tapu sicilindeki kayda iyiniyetle istinat ederek mülkiyet ya da diğer bir aynı hak iktisap eden kimsenin bu iktisabı yasal himaye altındadır ve asıl olan kayden edinenin iyiniyetli olmasıdır. M.K. nun 931. maddesinde de hüküm altına alınan bu kural, sadece sözleşmenin yanlarını değil, aynı zamanda tapulu taşınmazların intikâllerinde güveni toplum yararını ve huzurunu sağlamak amacı ile konulmuştur. Ancak, durumu bilen ya da bilebilecek konumda olan kişilerin bu haktan yararlanamayacakları da tartışmasızdır. Somut olayda, miras bırakanın kardeşinin torunu olan davalı Necla'nın iyiniyetli olduğundan söz edilemez". Yarg. HGK, E. 1999/1-472, K. 1999/501, T. 9.6.1999.*

<sup>71</sup> **Dalcı Özdoğan, Nurcihan**, "Sağlararası Kazandırma Konusu Taşınmazların Tenkisi", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 2, 2017, s. 366.

<sup>72</sup> **Tuor, Peter/Picenoni, Vito**, Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht, Band III, Erbrecht, Stämpfli Verlag, 1964, Vorbem. Art. 522-533, N. 1; **Fankhauser, Roland**, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, 2016, ZGB Art. 522, N. 1; **Minnig, Yannick**, OFK - Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 3. Auflage, Orell Füssli Verlag AG, 2016, Art. 522, N. 1; **Eigenmann, Antoine**, SHK - Stämpflis Handkommentar, Stämpfli Verlag AG, 2012, ZGB Art. 522, N. 1; **Nar, Ahmet**, Türk Miras Hukukunda Tenkis, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2016, s.57; **Dalcı Özdoğan**, s. 364.



birakanın tasarruf edebileceği kısmı aşan tasarruflar bakımından tenkis talebinde bulunabilirler. Tenkis, esasen miras birakanın ölümüne bağlı tasarrufları hakkında talep edilebilir. Zira mirasbirakan, kural olarak sağlığında kendi malvarlığı hakkında dilediği gibi tasarrufta bulunabilir<sup>73</sup>. Ancak söz konusu tasarruf özgürlüğünün sınırsız olduğu da söylenemez. Nitekim TMK m. 565 (ZGB Art. 527) hükmünde, miras birakanın bazı sağlararası kazandırmalarının, ölümüne bağlı tasarruflar gibi tenkise tabi olduğu açıkça düzenlenmiştir. Öyleyse, miras birakanın sağlığında mehir olarak devrettiği taşınmazın bu kapsamda olup olmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir.

Kanunda miras birakanın tenkise tabi sağlararası kazandırmaları dört bent halinde sayılmıştır (TMK m. 565). Bunlardan konumuz itibariyle değinilmesi gerekenler ise miras birakanın yaptığı bazı bağışlamalar ile saklı pay kurallarını etkisiz kılmak amacıyla yaptığı açık olan kazandırmalardır. TMK m. 565/b.3 hükmüne göre, miras birakanın serbestçe dönme hakkını saklı tutarak yaptığı bağışlamalar ile ölümünden önceki bir yıl içinde âdet üzere verilen hediyeler dışında yapmış olduğu bağışlamalar tenkise tabidir.

Miras birakan mehir olarak verdiği taşınmazı serbestçe dönme hakkını saklı tutarak devretmişse, söz konusu taşınmazın tenkise tabi olduğu söylenebilir. Bağışlayanın kayıtsız şartsız dönebileceği bir bağışlama türü TBK'da yer almamaktadır. Ancak öğretilde, bağışlayanın serbestçe dönme hakkına sahip olduğunun taraflarca kabul edilebileceği ifade edilmektedir<sup>74</sup>. Mehir vermek amacıyla devredilen taşınmazların çoğunlukla tapuda satış sözleşmesi görünümünde devredildiği dikkate alınır, miras birakanın serbestçe dönme hakkının saklı tutarak devir yaptığı ileri sürülemeyecektir. Öte yandan TBK m. 292 hükmünde düzenlenen bağışlayana dönme koşullu bağışlama ise, TMK m. 565/b.3 hükmünün kapsamında olmadığından tenkise tabi değildir<sup>75</sup>.

---

<sup>73</sup> Dalcı Özdoğan, s. 365.

<sup>74</sup> Nar, s. 175.

<sup>75</sup> Nar, s. 176.

Miras bırakanın tenkise tabi olan bağışlamalarından bir diğeri, âdet üzere verilen hediyeler dışındaki bağışlamalardır. Fakat burada, serbestçe dönme hakkı saklı tutulan bağışlamalardan farklı olarak bir yıllık süre söz konusudur. Buna göre, âdet üzere verilen hediyeler dışındaki bağışlamaların, miras bırakanın ölümünden önceki bir yıl içinde yapılmış olması gerekmektedir<sup>76</sup>. Bunun dışında önem arz eden diğer husus, bağışlamanın âdet üzere verilen hediyeler kapsamına girmemesidir. Adet üzere verilen hediyelerden kasıt, miras bırakanın malvarlığı itibariyle makul sayılabilecek değerde olmasıdır<sup>77</sup>. Kazandırma, doğrudan karşı tarafın malvarlığında bir artışın sağlanması amacıyla yapıldığı takdirde tenkise tabi bir kazandırmadır<sup>78</sup>. Mehir bakımından düşünüldüğünde, bunun evlenme amacıyla âdet üzere verilen bir hediye olarak düşünülmesi akla gelebilir. Ancak kanaatimizce, mehir vermek amacıyla taşınmaz devri halinde âdet üzere verilen hediyelere dair makul sınırın aşılmış olduğu sonucuna varmak gerekir. Dolayısıyla, mehir vermek amacıyla miras bırakan tarafından devredilen taşınmazın tenkise tabi bir kazandırma teşkil ettiği kabul edilmelidir. Belirtmek gerekir ki bu sonuç, mehir olarak verilen taşınmazın miras bırakanın ölümünden önceki bir yıl içerisinde devredilmiş olması halinde ortaya çıkacaktır. Taşınmaz miras bırakanın ölümünden geriye doğru bir yıldan daha önce devredildiği takdirde, tenkise tabi bir kazandırma olmayacaktır.

Miras bırakanın bağışlamaları dışında, sağlararası tasarrufların tenkisine yol açan diğer durum, saklı pay kurallarını etkisiz kılmak

<sup>76</sup> Kaynak İsviçre Medeni Kanunu'nda ise bu süre beş yıl olarak düzenlenmiştir (ZGB Art. 527).

<sup>77</sup> İsviçre Medeni Kanunu'nda "Gelegenheitsgeschenke" ibaresi kullanılmaktadır (ZGB Art. 527). Bu ifade, belirli bir durumdan ötürü alışılmış olarak verilen hediyeleri belirtmektedir. Öğretide de, bu kapsamdaki hediyelerin miras bırakanın sosyal ilişkilerine bağlı olarak verilen ve onun ekonomik durumu bakımından ikincil bir rol oynayan hediyeler olduğu ifade edilmektedir. Örneğin Noel hediyeleri (*Weihnachtsgeschenke*) ya da doğum günü hediyeleri (*Geburtstagsgeschenke*) bu kapsamda değerlendirilir. Bkz: **Minnig**, OFK-ZGB, Art. 527, N. 5; **Tuor/Picononi**, BK-ZGB, Art. 527, N. 12. Hediyein makul sayılıp sayılmayacağı konusunda mirasbırakanın malvarlığı ve yaşam standardının göz önünde alınması gerektiği hakkında bkz: **Eigenmann**, SHK-ZGB, Art. 527, N. 16.

<sup>78</sup> **Nar**, s. 172.

amacıyla yapıldığı açık olan kazandırmalardır (TMK m. 565/b.4). Mirasçılardan saklı paylarını ihlal eden kazandırma, miras bırakan tarafından saklı paya ilişkin kuralları ortadan kaldırmak için yapıldığı takdirde tenkise tabi olacaktır<sup>79</sup>. Ancak bu tür kazandırmaların tenkise tabi olması için kanunda herhangi bir süre sınırı öngörülmemiştir. Dolayısıyla, miras bırakanın ölümünden ne kadar süre önce yapılırsa yapılsın, saklı pay kurallarını etkisiz kılmak amacıyla yapıldığı açık olan kazandırmalar tenkise konu olurlar<sup>80</sup>.

Miras bırakan sağlararası kazandırmayı yaparken saklı pay kurallarını etkisiz kılma amacını taşıyorsa, bu kazandırmanın tenkise tabi olması mümkün değildir. Bununla birlikte, TMK m. 565/b.4 hükmünde, hangi kazandırmaların saklı pay kurallarını etkisiz kılmak amacıyla yapılan kazandırma sayılacağı belirtilmemiştir<sup>81</sup>. Öğretide, miras bırakanın kazandırmayı yaparken doğrudan veya dolaylı olarak saklı paylı mirasçılardan tenkis davası açma imkânını ortadan kaldırmayı hedeflemesi durumunda, kazandırmanın tenkise tabi olması gerektiği ifade edilmektedir<sup>82</sup>. Burada önemli olan, kazandırmanın gerçek anlamda karşılıksız olması ve saklı pay kurallarını etkisiz kılmayı amaçlamasıdır<sup>83</sup>. Bu nedenle, muvazaalı olarak satış sözleşmesi adı altında fakat gerçekte karşılıksız olarak mehir vermek amacıyla devredilen taşınmazın da tenkise tabi olması mümkündür. Ancak burada önem arz eden diğer husus, miras bırakanın kazandırmayı yaparken sahip olduğu iradenin neye yöneldiğidir. Miras bırakan, salt

<sup>79</sup> Nar, s. 182; Minnig, OFK-ZGB, Art. 527, N. 6; Tuor/Picenoni, BK-ZGB, Art. 527, N. 14-15; Fankhauser, CHK-ZGB, Art. 527, N. 5. *Eigenmann*'a göre, kazandırma kavramı en geniş anlamıyla yorumlanmalı ve saklı paylara zarar vermek amacıyla bilinçli ve kasıtlı olarak yapılan tüm işlemleri kapsamalıdır. Bkz: *Eigenmann*, SHK-ZGB, Art. 527, N. 17.

<sup>80</sup> Nar, s. 182; Fankhauser, CHK-ZGB, Art. 527, N. 5; Minnig, OFK-ZGB, Art. 527, N. 6; *Eigenmann*, SHK-ZGB, Art. 527, N. 18.

<sup>81</sup> Nar, s. 182.

<sup>82</sup> Nar, s. 185. İsviçre öğretisinde, mirasbırakanın hayatın olağan akışına ve yaşam tecrübesine göre, yaptığı işlem sonucunda mirasçılardan saklı paylarının zedeleneceğini öngörebildiği ve bilebildiği durumlarda saklı pay kurallarını etkisiz kılma amacının var olduğu ifade edilmektedir. Bkz: *Eigenmann*, SHK-ZGB, Art. 527, N. 17; Fankhauser, CHK-ZGB, Art. 527, N. 5; Minnig, OFK-ZGB, Art. 527, N. 6.

<sup>83</sup> Nar, s. 186.

evliliğin gerçekleşmesi adına mehir vermek amacıyla taşınmazını devretmişse, onun saklı pay kurallarını etkisiz kılmayı amaçladığı söylenemez. Bu nedenle mehir olarak devredilen taşınmazın tenkise konu edilmesi söz konusu olmaz. Nitekim Yargıtay kararına<sup>84</sup> konu olan bir davada, miras bırakan maliki olduğu taşınmazdaki payın intifa hakkını üzerinde bırakarak çıplak mülkiyetini eşine bağış yoluyla devretmiştir. Diğer mirasçılardan sağ kalan eşe karşı açtıkları tenkis davasında Yargıtay, çekişmeli payın miras bırakan tarafından davalı eşe mehir olarak verildiğinin adi yazılı mehir senedi ve tanık ifadeleriyle sabit olduğunu, dolayısıyla miras bırakanın diğer mirasçıların saklı paylarını zedeleme kastı ile hareket ettiğini söyleme imkânının olmadığını belirtmiştir.

### **III. MEHİR OLARAK TAŞINMAZIN DEVRİNİN VAAT EDİLMESİ**

#### **A. Genel Olarak**

Mehir olarak maliki olduğu taşınmazın mülkiyetini devretmek isteyen kişi, evlenmenin gerçekleşmesinden sonra devrin yapılacağı hususunda vaatte bulunabilir. Nitekim uygulamada “mehir senedi” adıyla düzenlenen adi yazılı sözleşmede kocanın kadına mehir olarak taşınmazını vereceğine dair kayıtlar yer alabilmektedir. Koca, mehir senedinde kararlaştırıldığı gibi evlenmeden sonra taşınmazı kadına devrettiği takdirde, yukarıda izah edilen durumlar söz konusu olur. Kocanın devir vaadini yerine getirmeden önce öldüğü ya da boşanmanın gerçekleştiği hallerde ise, kadının diğer mirasçılara veya kocaya karşı mehir senedine dayanarak talepte bulunması gündeme gelebilmektedir. Ancak bu noktada özellikle kadına yapılan devir vaadinin şekli sebebiyle bazı sorunlar bulunmaktadır.

#### **B. Şekil Sorunu**

Taşınmazın devir vaadi bakımından karşılaşılan şekil sorunu, tapuya kayıtlı olan ve olmayan taşınmazlar bakımından ayrı ayrı ele alınabilir. Tapuya kayıtlı olmayan taşınmazlar taşınır eşya gibi işlem

<sup>84</sup> Yarg. 1. HD, E. 2009/4577, K. 2009/6090, T. 27.5.2009.

gördüklerinden, bunlar hakkında TBK m. 288/1 hükmü çerçevesinde bağışlama sözü verme sözleşmesi yapılması mümkündür. Buna göre koca, adi yazılı mehir senedinde tapuya kayıtlı olmayan taşınmazın mehir olarak kadına bağışlanacağını beyan edebilir. Böyle bir sözleşmenin varlığına rağmen, tapuya kayıtlı olmayan taşınmaz kadına teslim edilmemişse, kadının mehir senedine dayanarak taşınmazın teslimini talep etmesi mümkündür.

Mehir senedinde tapuya kayıtlı bir taşınmazın kadına devredileceği vaat edildiği takdirde ise, sözleşmenin taşınmazla ilgili kısmı geçersiz olacaktır. Zira TBK m. 288/2 (OR Art. 243, Abs. 2) hükmü gereğince, taşınmazın bağışlanması sözü vermenin geçerliliği resmi şekilde yapılmasına bağlıdır<sup>85</sup>. Buradaki resmi şekilden maksat, bağışlama sözü vermenin tapuda resmi memur huzurunda gerçekleşmesidir. Ancak yeri gelmişken tapu sicili uygulamasından doğan bir çelişkiyi ifade etmek gerekir. Kanunda düzenlenen “bağışlama sözü verme”, esasen bir borçlandırıcı işlemdir<sup>86</sup>. Bağışlayan bu sözleşme ile bağışlama konusu şeyi bağışlanana devretme borcu altına girer. Dolayısıyla, tasarruf işleminin normal olarak belirli bir süre sonra gerçekleşmesi mümkündür. Hâlbuki ülkemizdeki tapu sicili uygulamasında, bağışlama sözü verme sözleşmesinin tapuda resmi şekilde yapılmasından bir süre geçtikten sonra tescil işleminin gerçekleştirilmesi mümkün değildir. Uygulamada akit tablosu adı altında matbu olarak hazırlanan resmi senedin taraflarca imzalanması ve devamında yevmiye defterine kaydedilmesiyle birlikte tescil gerçekleştirilmiş olmaktadır. Böylelikle, borçlandırıcı işlem olan bağışlama sözü verme ile tasarruf işlemi olan tescil arasında bir zaman aralığı bulunmamaktadır. Şu halde mehir vermek amacıyla taşınmazın devri vaat edilecekse, en doğru çözüm bağışlama sözü verme vaadinin yapılmasıdır. Bağışlama sözü verme vaadi, bağışlama sözü vermeden farklı bir hukuki

<sup>85</sup> Oser/Schönenberger, ZK-OR, Art. 243, N. 7; Kratz, Präjudizienbuch OR, Art. 243, N. 3; Schönenberger, CHK-OR, Art. 243, N. 3; Weingart, OFK-OR, Art. 243, N. 3; Eren, Özel Hükümler, s. 284; Yavuz/Acar/Özen, s. 355; Aral/Ayrancı, s. 242; Gümüş, C.I, s. 209.

<sup>86</sup> Eren, Özel Hükümler, s. 290; Yavuz/Acar/Özen, s. 355; Aral/Ayrancı, s. 241; Schönenberger, CHK-OR, Art. 243, N. 1; Weingart, OFK-OR, Art. 243, N. 1.

işlemdir. Bağışlama sözü verme vaadinde, vaat eden sözleşme konusuna dair bağışlama sözü verme sözleşmesini yapma borcu altına girer. Bu nedenle, tıpkı taşınmaz satış vaadi sözleşmesinde olduğu gibi, bağışlama sözü verme vaadi de bir ön sözleşme niteliğini haizdir.

Mehir senedinde yer alan taşınmaz devir vaadi, bağışlama sözü verme vaadi olarak düşünülse bile, yine de şekil sorunu çözülmüş olmaz. Zira taşınmazları konu edinen bağışlama sözü verme vaadi resmi şekle tabidir<sup>87</sup>. Öğretide, taşınmazlara ilişkin bağışlama sözü verme vaadinin tapu memurları tarafından düzenlenebileceği ifade edilmektedir<sup>88</sup>. Ancak tapu sicili uygulaması sebebiyle tapu dairelerinin böyle bir talebi kabul etmeleri mümkün görünmemektedir. Bu sebeple, taşınmaz satış vaadi sözleşmelerinde olduğu gibi, taşınmaz bağışlama sözü verme vaadinin de noterde düzenleme şeklinde yapılması zorunlu hale gelmiştir<sup>89</sup>. Şu halde mehir vermek amacıyla taşınmazın devrinin vaat edilmesi amaçlanıyorsa, bunun noterde taşınmaz bağış vaadi sözleşmesi şeklinde yapılması gerekmektedir. Adi yazılı mehir senedi içerisinde taşınmazın devredileceğinin beyan edilmiş olmasının hukuken bir sonucu yoktur.

### **C. Bağışlama Sözü Verme Vaadinin Şerhi**

Tapu Sicili Tüzüğü m. 47/1-c hükmünde, noterce düzenlenen bağış vaadinin tapu kütüğünün şerhler sütununa kaydedilebileceği düzenlenmektedir. Burada bağış vaadi ile kastedilen, bağışlama sözü verme vaadidir<sup>90</sup>. Mehir vermek amacıyla noterde taşınmaz bağış vaadi düzenlenmişse, bunun tapu kütüğüne şerh ettirilmesi mümkündür. Böylelikle taşınmaz bağış vaadi kuvvetlendirilmiş şahsi hak niteliği kazanır ve söz konusu taşınmaz üzerinde sonradan kazanılan hakların sahiplerine karşı da ileri sürülebilir (TMK m. 1009/2). Buna karşılık öğretide bir görüş, bağışlama sözü verme vaadinin tapuya şerh

<sup>87</sup> **Vardar Hamamcıoğlu, Gülşah**, Taşınır ve Taşınmaz Mülkiyetini Konu Alan Bağışlama Sözleşmesi, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 241.

<sup>88</sup> **Vardar Hamamcıoğlu**, s. 241.

<sup>89</sup> **Vardar Hamamcıoğlu**, s. 241.

<sup>90</sup> **Vardar Hamamcıoğlu**, s. 245.

edilemeyeceği kanaatindedir<sup>91</sup>. Bu görüşe göre, bağışlama vaadi kanunda şerhine izin verilen sözleşmelerden olmadığından, TMK m. 1009 hükmünün korumasından yararlanamaz. Taşınmaz bağış vaadinin şerhine cevaz veren Tapu Sicili Tüzüğü'nün ilgili hükmü kanuna aykırıdır. Dolayısıyla taşınmaz bağış vaadi tapuya şerh edilirse, söz konusu şerh yolsuz şerh olacaktır<sup>92</sup>. Kanaatimizce bu görüş isabetlidir. Zira TMK m. 1009/1 hükmünde, belirli sözleşmelerden doğan haklar sayıldıktan sonra, şerh edilebilecekleri kanunlarda açıkça gösterilen diğer hakların da tapu kütüğüne şerh edilebileceği belirtilmiştir. Şu halde, bir kişisel hakkın şerhi ancak kanunda düzenlendiği takdirde mümkün olabilecektir.

#### **D. Mehir Senedine Dayanılarak Tescil Talebinde Bulunulması**

Tapuya kayıtlı taşınmazların devredileceğine dair mehir senedinde kayıt bulunmasına rağmen, kocanın bu vaadi yerine getirmemesi ihtimal dâhilindedir. Bu durumda kadının kocaya karşı veya onun ölümünde mirasçılara karşı, mehir senedine konu edilen taşınmaz bakımından tapu iptal ve tescil davası açması gündeme gelebilmektedir. Esasen burada tapu iptal ve tescil davası ile kastedilen, TMK m. 716/1 hükmü çerçevesinde açılan tescile zorlama davasıdır. Bahsedilen hükme göre, bir kimse mülkiyetin kazanılmasına esas olacak bir hukuki sebebe dayanarak malikten mülkiyetin kendi adına tescilini istemek hususunda kişisel bir hakka sahip olduğu takdirde, malikin kaçınması halinde hâkimden mülkiyetin hükmen geçirilmesini talep edebilmektedir. Ne var ki, kocanın adi yazılı mehir senedinde maliki olduğu taşınmazını devredeceğini vaat etmesi, kadına mülkiyetin kendi adına tescilini istemek hususunda kişisel bir hak vermemektedir. Bu nedenle, kocanın mehir senedine konu edilen taşınmazı kadın adına tescil ettirmeye yanaşmaması durumunda, kadının bu senede dayanarak tescile zorlama davası açması mümkün değildir. Böyle bir dava açılrsa bile, TMK m. 716/1'de öngörülen şart gerçekleşmediği

<sup>91</sup> Vardar Hamamcıoğlu, s. 245.

<sup>92</sup> Vardar Hamamcıoğlu, s. 245.

için reddedilmesi gerekir. Nitekim Yargıtay kararına<sup>93</sup> konu olan bir davada, davacı kadın ile davalıların miras bırakana arasında mehir senedi yapılmıştır. Mehir senedine göre, miras bırakana ait tarla vasıflı bir taşınmaz ve birlikte oturdukları evde bulunan 15 metrekarelik bir oda kadına verilecektir. Kadın, kocanın ölümünden sonra onun mirasçılara karşı söz konusu taşınmazlar bakımından tescil talebiyle dava açmış, tescil mümkün olmadığı takdirde değerlerinin tazmin edilmesini istemiştir. Yerel mahkeme, tarla vasıflı taşınmaz bakımından davayı reddetmiş, 15 metrekarelik odanın da tescilinin istenemeyeceğine fakat bu odanın bilirkişi marifetiyle takdir edilen değerinin davalılardan tahsiline karar vermiştir. Yargıtay ise, davacının dayandığı adi yazılı mehir senedinin taşınmazlar yönünden geçersiz olduğuna ve bu sebeple herhangi bir hak ve borç doğurmayacağına karar vermiştir.

Yargıtay'ın önüne gelen başka bir olayda<sup>94</sup> ise, adi yazılı mehir senedinde kocaya ait bir taşınmazın kadına devredileceği, tapuda devir yapılmadığı takdirde ise bir miktar tazminat ödeneceği kararlaştırılmıştır. Kadın, kocasının kendisine şiddet uyguladığı ve hakaret ettiği iddiasıyla maddi ve manevi tazminat talebiyle dava açmış, söz konusu davada mehir senedinde yazılı miktarı da talep etmiştir. Yerel mahkeme, taşınmazın devrini öngören adi yazılı mehir senedinin hukuken geçersiz olduğunu belirterek, mehir senedine dayalı tazminat talebini reddetmiştir. Ancak Yargıtay, her ne kadar bağış vaadi resmi şekilde yapılmadığından geçersiz olsa da, davalı kocanın tazminat olarak bir miktar para ödeneceğine dair taahhüdünün geçerli olduğuna hükmetmiştir. Kanaatimizce Yargıtay'ın çözüm şekli isabetli değildir. Davacının dayandığı mehir senedinde, tapuda devir yapılmadığı takdirde bir miktar tazminat ödeneceği kararlaştırılmıştır. Söz konusu tazminat, seçimlik ceza koşulu niteliğindedir. Zira bir sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumu için bir ceza kararlaştırıldığı

<sup>93</sup> Yarg. HGK, E. 2004/13-292, K. 2004/275, T. 12.5.2004.

<sup>94</sup> Yarg. 3. HD, E. 2017/1270, K. 2018/11727, T. 19.11.2018.



takdirde seçimlik ceza koşulu (TBK m. 179/1) vardır<sup>95</sup>. Burada da taraflar, taşınmazın tapuda devredilmemesi durumuna bağlı olarak bir ceza ödenmesini kararlaştırmışlardır. Hal böyle olmakla birlikte, kadının ceza koşulunu talep etmesi mümkün değildir. Ceza koşulu, asıl alacağına bağlı fer'i bir niteliğe sahiptir<sup>96</sup>. Bu nedenle, ceza koşulunun bağlı olduğu asıl borcun mevcut ve geçerli bir borç olması zorunludur. Aksi takdirde ceza koşulu geçersiz olur. Yargıtay'ın incelediği olayda, asıl borç niteliğine sahip olan taşınmaz bağış vaadi şekle aykırılık sebebiyle geçersizdir. Dolayısıyla ceza koşulu olarak kararlaştırılan tazminat da buna bağlı olarak geçersiz hale gelmiştir.

Taşınmaz bağış vaaadinin geçerli olması için en elverişli yol, noterde düzenleme şeklinde bağışlama sözü verme vaaadinin yapılmasıdır. Koca, noterde düzenleme şeklinde yapılan bağışlama vaadi sözleşmesinde maliki olduğu taşınmazını kadına bağışlamayı vaat ettiği takdirde, bunu ifa etmek durumundadır. Kocanın vaaadini yerine getirmemesi durumunda, vaat alacaklısı durumunda olan kadın TMK m. 716/1 hükmü çerçevesinde tescile zorlama davası açarak, vaat sözleşmesine konu olan taşınmazın kendi adına tescil edilmesini talep edebilir. Dava sonucunda mahkemenin vereceği karar kesinleştiği takdirde, mülkiyetin tescilsiz şekilde doğrudan kazanılması sonucunu doğurur<sup>97</sup>. Sonradan tapu siciline yapılacak olan tescil ise kurucu değil, bildirici/açıklayıcı (*deklaratorisch*) niteliktedir<sup>98</sup>.

<sup>95</sup> **Yağcıoğlu, Burcu**, Türk ve İsviçre Hukukunda Ceza Koşulu (Cezai Şart), Seçkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 54; **Ekinci, Hüseyin**, Özel Hukuk Sözleşmelerinde Ceza Koşulu, Seçkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 127; **Uslu, Ebubekir**, Uygulama Örnekleri Yargıtay Kararları İle Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 64.

<sup>96</sup> **Yağcıoğlu**, s. 46; **Uslu**, s. 60; **Ekinci**, s. 57.

<sup>97</sup> **Kernen, Alexander**, OFK - Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 3. Auflage, Orell Füssli Verlag AG, 2016, Art. 665, N. 2; **Hitz, Flurina**, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, 2016, Art. 665, N. 2; **Haab, Robert/Simonius, August/Scherrer, Werner/Zobl Dieter**, ZK - Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, 2. Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, 1977, Art. 656, N. 31.

<sup>98</sup> **Haab/Simonius/Scherrer/Zobl**, ZK-ZGB, Art. 656, N. 12; **Kernen**, OFK-ZGB, Art. 665, N. 2; **Hitz**, CHK-ZGB, Art. 665, N. 2.

## IV. MEHİR OLARAK VERİLEN TAŞINMAZIN VE DEVİR VAADİNİN GERİ ALINMASI

### A. Genel Olarak

Evlenme sebebiyle koca tarafından kadına devredilen taşınmazın ve devir vaadinin, bağışlamanın geri alınmasına dair kanunda düzenlenen sebeplere dayanılarak geri alınması gündeme gelebilir (TBK m. 295, m. 296). Ancak özellikle hâlihazırda devredilmiş olan bir taşınmazın bu kapsamda geri alınması, muhtelif sebeplerden dolayı imkânsızlaşmış olabilir. Taşınmazın muvazaalı olarak devredilmiş olması, kadın tarafından sonradan üçüncü kişilere devredilmesi ya da geri almaya ilişkin şartların oluşmaması ihtimal dâhilindedir.

### B. Devredilen Taşınmazın Geri Alınması

#### 1. Geri Alma Nedenleri

Bağışlayanın elden bağışlamayı ya da yerine getirilmiş bağışlama sözünü hangi nedenlere dayanarak geri alabileceği hususu, TBK m. 295 (OR Art. 249) hükmünde düzenlenmiştir<sup>99</sup>. Bu nedenler şunlardır:

#### a. Bağışlananın, bağışlayana veya yakınlarından birine karşı ağır bir suç işlemesi

Kadın, kocasına veya onun yakınlarından birine karşı ağır bir suç işlediği takdirde, mehir olarak bağışlanan taşınmaz geri alınabilir. Ancak buradaki “ağır suç (*schwere Straftat*)” ibaresi, ceza hukuku anlamında değildir<sup>100</sup>. Kadın tarafından işlenen fiilin, kusurlu ve hukuka aykırı suç teşkil eden bir fiil olması gerekmektedir<sup>101</sup>. Ayrıca suçun bağışlayan kocaya veya onun yakınlarından birine karşı işlen-

<sup>99</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz: **Türkmen, Ahmet**, Bağışlamanın Geri Alınması, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 161 vd.

<sup>100</sup> **Eren**, Özel Hükümler, s. 302; **Türkmen**, Bağışlama, s. 178; **Schönenberger**, CHK-OR, Art. 249, N. 4; **Weingart**, OFK-OR, Art. 249, N. 9; **Vogt/Vogt**, BKS-OR, Art. 249, N. 9; **Horat**, s. 35. *Gümüş*'e göre ise, ceza hukuku anlamında ağır bir suç işlenmiş olmalıdır. Bkz: **Gümüş**, C.I, s. 220.

<sup>101</sup> **Horat**, s. 35; **Schönenberger**, CHK-OR, Art. 249, N. 4; **Vogt/Vogt**, BKS-OR, Art. 249, N. 9; **Weingart**, OFK-OR, Art. 249, N. 10; **Eren**, Özel Hükümler, s. 298.

miş olması zorunludur. Bağışlayanın yakınları kavramına hem onun hısımları hem de dost ve arkadaşları girer<sup>102</sup>. Hatta öğretide, bağışlayanın sevgilisi ve evlilik dışı birlikte yaşadığı kişinin de bu kapsamda olduğu ifade edilmektedir<sup>103</sup>. Ancak kadının, kocasının evlilik dışı ilişki yaşadığı kişiye karşı gerçekleştirdiği fiil bakımından bu kapsamın dışında tutulması gerektiği kanaatindeyiz. Diğer ifadeyle kadın, kocasının evlilik dışı ilişki yaşadığı başka bir kadına karşı suç teşkil eden fiil gerçekleştirdiği takdirde, bu fiil bağışlayanın yakınlarına karşı işlenmiş bir fiil olarak kabul edilmemelidir.

Bağışlanan tarafından işlenen suç, bağışlananın ifasından sonra işlenmiş olmalıdır. Dolayısıyla kadının mehir olarak bağışlanan taşınmazın devrinden önce işlediği suç bakımından geri alma hakkı kullanılamaz. Öte yandan bağışlananın bu suç kapsamında kovuşturmayaya uğraması ya da suçtan dolayı mahkûm olması da şart değildir<sup>104</sup>.

### **b. Bağışlananın, bağışlayana veya onun ailesinden bir kimseye karşı kanundan doğan yükümlülüklerine önemli ölçüde aykırı davranması**

Kadın, kocasına veya onun ailesinden bir kimseye karşı kanundan doğan yükümlülüklerine önemli ölçüde aykırı davranmışsa, mehirin geri alınması mümkündür. Öğretide özellikle aile hukukundan doğan yükümlülüklerin ihlalinin buraya dâhil olduğu belirtilmektedir<sup>105</sup>. Söz gelimi, kadının kocasına karşı sadakat yükümlülüğüne aykırı

<sup>102</sup> **Schönenberger**, CHK-OR, Art. 249, N. 4; **Eren**, Özel Hükümler, s. 299; **Türkmen**, Bağışlama, s. 181.

<sup>103</sup> **Eren**, Özel Hükümler, s. 303; İsviçre hukuku bakımından kayıtlı ortaklıkların ve kayıt dışı birlikte yaşayanların da bu kapsamda olduğu kabul edilmektedir. Bkz: **Schönenberger**, CHK-OR, Art. 249, N. 4; **Vogt/Vogt**, BKS-OR, Art. 249, N. 9; **Horat**, s. 35.

<sup>104</sup> **Eren**, Özel Hükümler, s. 303; **Aral/Ayrancı**, s. 250; **Weingart**, OFK-OR, Art. 249, N. 11; **Schönenberger**, CHK-OR, Art. 249, N. 4; **Vogt/Vogt**, BSK-OR, Art. 249, N. 9; **Horat**, s. 35.

<sup>105</sup> **Eren**, Özel Hükümler, s. 303; **Türkmen**, Bağışlama, s. 187; Nitekim İsviçre Borçlar Kanunu m. 249/b.2 hükmünde açıkça aile hukukuna dair yükümlülüklerin (*familienrechtlichen Pflichten*) ihlalinin bahsedilmektedir. Bkz: **Schönenberger**, CHK-OR, Art. 249, N. 5; **Weingart**, OFK-OR, Art. 249, N. 12; **Kratz**, Präjudizienbuch OR, Art. 249, N. 2; **Vogt/Vogt**, BSK-OR, Art. 249, N. 10; **Horat**, s. 35.

rı davranması durumunda, kanundan doğan bir yükümlülüğe aykırı davranıldığı söylenebilir. Bunun gibi, kadının kocasının ailesinden bir kimseye ağır hakaretlerde bulunması ya da dövmesi gibi durumlarda da aile yükümlülüğünün ihlali söz konusudur<sup>106</sup>.

Uygulamada kocanın mehir verdiği kadından boşandıktan sonra, aile hukukundan doğan yükümlülüklerle aykırı davrandığı iddiasıyla mehri geri istediği durumlarla karşılaşmaktadır. Kural olarak boşanma, tek başına bağışlamanın geri alınmasını sağlayan bir sebep değildir<sup>107</sup>. Bununla birlikte, boşanmada kadının ağır kusurlu olduğunun hüküm altına alındığı hallerde, koca bakımından mehrin geri alınmasına ilişkin şartın gerçekleştiği söylenebilir. Bu bakımdan özellikle evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedeniyle açılan boşanma davalarında, evlilik birliğini temelden sarsan olguların aile hukukundan doğan yükümlülüklerin ağır şekilde ihlali anlamına gelip gelmediğinin hâkim tarafından takdir edilmesi gerekmektedir<sup>108</sup>. Özel boşanma sebepleri bakımından ise daha net bir ayırım yapılabilir. Kanaatimizce; zina, terk, pek kötü veya ağır derecede onur kırıcı davranış, suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme sebeplerine dayanılarak boşanma davası açılmış ve kadının bu fiilleri işlediği ispatlanmışsa, mehrin geri alınması için gereken şart gerçekleşmiş kabul edilmelidir. Hayata kast sebebiyle açılan boşanma davası, bağışlananın bağışlayana karşı ağır bir suç işlemesi çerçevesinde değerlendirilebilir. Akıl hastalığı sebebiyle boşanmada ise, kadının kusuru söz konusu olmadığından mehrin geri alınması mümkün olmamalıdır<sup>109</sup>.

---

<sup>106</sup> **Eren**, Özel Hükümler, s. 304. İsviçre öğretisinde, bağışlananın ahlaka aykırı davranışının ya da bağışlayanın isteklerine aykırı hareket etmesinin aile hukukundan doğan yükümlülüklerin ihlali anlamına gelmeyeceği belirtilmektedir. Örneğin kişinin babasının isteği dışında evlenmesi ya da ailesinin bağlı olduğu kiliseden ayrılması bu türdendir. Bkz: **Vogt/Vogt**, BSK-OR, Art. 249, N. 10.

<sup>107</sup> **Vogt/Vogt**, BSK-OR, Art. 249, N. 11; **Kratz**, Präjudizienbuch OR, Art. 249, N. 2; **Weingart**, OFK-OR, Art. 249, N. 15; **Eren**, Özel Hükümler, s. 304.

<sup>108</sup> Aile hukukundan doğan yükümlülüklerin ciddi şekilde ihlal edilip edilmediği noktasında tarafların kişisel durumları ve kişilerin yaşadıkları yörenin örf ve inanışları da göz önünde tutulmalıdır. Bkz: **Weingart**, OFK-OR, Art. 249, N. 14.

<sup>109</sup> **Türkmen**, Mehir, s. 566.

### c. Bağışlananın, yüklemeli bağışlamada haklı bir neden olmaksızın yüklemeyi yerine getirmemesi

Yüklemeli bağışlama, bağışlayanın bağışlanana belirli bir davranışta bulunmayı emrettiği bir bağışlama türünü ifade eder<sup>110</sup>. Burada ki davranış, olumlu veya olumsuz nitelikte olabileceği gibi maddi ya da manevi nitelikte de olabilir. Örneğin bağışlayan, okul veya sağlık ocağı yapılmak üzere taşınmazını bağışlayabilir ya da bağışlananın her yıl belirli sayıda öğrenciye burs vermesini isteyebilir. İşte böyle bir durumda, bağışlananın haklı bir sebep olmaksızın yüklemeyi yerine getirmemesi, bağışlayana bağışlamayı geri alma hakkı vermektedir<sup>111</sup>. Uygulamada taşınmazların yüklemeli olarak bağışlanması nadiren rastlanılan bir durumdur.

## 2. Geri Alma Hakkının Kullanılması

Kanunda yer alan nedenlerden birinin gerçekleşmesi durumunda, bağışlayan ifa etmiş olduğu bağışlamayı geri alma hakkına sahiptir. Geri alma hakkı, bağışlanana varması gerekli tek taraflı bir irade beyanıyla kullanılır<sup>112</sup>. Bu bakımdan bağışlamanın geri alınması, yenilik doğuran bir hak niteliğindedir<sup>113</sup>. Ancak öğretide, geri alma hakkının yenilik doğuran hakların hangi türüne dâhil olduğu konusu tartışmalıdır. Bir görüşe göre, burada değiştirici yenilik doğuran hak vardır<sup>114</sup>. Bağışlayanın tek taraflı geri alma beyanı, bağışlananın hukuk alanına ulaştığı anda bağışlama sözleşmesinin içeriği değişir<sup>115</sup>. Bağışlanan daha önce bağışlayandan aldığı şeyi geri verme borcu altına girmektedir. Diğer bir görüşe göre, bağışlayanın geri alma hakkı

<sup>110</sup> Eren, Özel Hükümler, s. 292.

<sup>111</sup> Türkmen, Bağışlama, s. 197. Bağışlamanın geri alınması önemli ve ciddi bir yaptırım olduğundan, geri almadan önce İsviçre Borçlar Kanunu m. 107 (TBK m. 123) hükmüne benzer şekilde bağışlanana yüklemeyi yerine getirmesi için uygun bir süre verilmesi gerektiği hakkında bkz: **Vogt/Vogt**, BSK-OR, Art. 249, N. 13; **Weingart**, OFK-OR, Art. 249, N. 16; **Schönenberger**, CHK-OR, Art. 249, N. 6.

<sup>112</sup> Türkmen, s. 567; **Weingart**, OFK-OR, Art. 249, N. 3; **Vogt/Vogt**, BSK-OR, Art. 249, N. 7; **Horat**, s. 39.

<sup>113</sup> Eren, Özel Hükümler, s. 305; **Horat**, s. 38.

<sup>114</sup> Eren, Özel Hükümler, s. 305.

<sup>115</sup> Eren, Özel Hükümler, s. 305.

bozucu yenilik doğuran bir haktır<sup>116</sup>. Geri alma beyanının bağışlayana ulaşmasıyla birlikte kazandırmanın hukuki sebebi ortadan kalkar. Dolayısıyla da bağışlayanın sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde aldığı şeyi geri vermesi söz konusu olur. Nihayet bizim de katıldığımız üçüncü bir görüşe göre ise, geri alma hakkı kurucu yenilik doğuran bir haktır<sup>117</sup>. Zira bağışlama sözleşmesi hâlihazırda ifa edilmiş olduğu için sona ermiş bulunmaktadır. Bu nedenle geri alma hakkının kullanılması, taraflar arasında kanuni bir borç ilişkisinin kurulmasına sebep olur<sup>118</sup>. Söz konusu borç ilişkisinin konusu, bağışlanan şeyin bağışlayana iadesidir ve bağışlayana yalnızca kişisel bir talep hakkı bahşeder. İsviçre öğretisinde, geri alma beyanının bağışlanana varmasıyla birlikte, sözleşmenin ileriye etkili şekilde (*ex nunc*) ortadan kalktığı ifade edilmektedir<sup>119</sup>.

Geri alma hakkının kullanılması için bir dava açma zorunluluğu yoktur<sup>120</sup>. Bununla birlikte, geri alma beyanının bağışlanana ulaşması aynı etkiler doğurmadığından, bağışlanan şeyin iadesi için dava açmak zorunda kalınmaktadır. Konumuz çerçevesinde taşınmazlar açısından düşünüldüğünde, mehir olarak bağışlanan taşınmaz için sonradan geri alma beyanında bulunulması, bu taşınmaz üzerindeki mülkiyet durumunda bir değişikliğe yol açmaz. Bu nedenle, tescile zorlama davası (TMK m. 716) açılmalı ve bu davada bağışlamanın geri alınmasına dair şartların oluştuğu ispat edilmelidir.

### 3. Geri Alma Hakkının Hüküm ve Sonuçları

İfa edilmiş olan bağışlama sözleşmesi bakımından kanun, “*bağışlananın istem tarihindeki zenginleşmesi ölçüsünde*” (TBK m. 295) ibaresine yer vererek sebepsiz zenginleşme hükümlerine atıf yapmış-

<sup>116</sup> Vardar Hamamcıoğlu, s. 459.

<sup>117</sup> Gümüş, C.I, s. 219.

<sup>118</sup> Gümüş, C.I, s. 220.

<sup>119</sup> Vogt/Vogt, BSK-OR, Art. 249, N. 14; Schöenberger, CHK-OR, Art. 249, N. 7; Weingart, OFK-OR, Art. 249, N. 6; Horat, s. 39.

<sup>120</sup> Eren, Özel Hükümler, s. 305.

tır<sup>121</sup>. Ancak burada sebepsiz zenginleşmeye yapılan atıf, yalnızca tasfiyenin nasıl yapılacağına dair yol gösterme amacını taşımaktadır<sup>122</sup>. Dolayısıyla geri alma hakkının kullanılması durumunda bağışlanan şeyin iadesinin kapsamı bakımından sebepsiz zenginleşme hükümlerine başvurulacaktır. Geri alma hakkı sonrası iade talebinin dayanağı, taraflar arasındaki kanuni borç ilişkisidir.

TBK m. 295 hükmünde, bağışlananın iyiniyetli olduğu karine olarak kabul edilmiştir. Bağışlananın istem tarihindeki zenginleşmesi ölçüsünde geri vermekle yükümlü olması bu duruma işaret etmektedir. Nitekim söz konusu düzenleme, iyiniyetli zenginleşenin iade borcuna ilişkin TBK m. 79 (OR Art. 64) hükmü ile de uyumludur<sup>123</sup>. Bu hüküm uyarınca, sebepsiz zenginleşen iyiniyetli ise iadenin talep edildiği sırada elinde ne kalmışsa onu geri vermekle yükümlüdür. Burada önemli olan husus, geri alma hakkına dair beyanın bağışlananın hukuk alanına ulaşma anıdır. Geri alma beyanının bağışlanana ulaşmasıyla birlikte sebepsiz zenginleşme gerçekleşir.

Kanunda bağışlanan lehine düzenlenen iyiniyet karinesi bir adi karinedir. Bu nedenle bağışlayan, bağışlananın iyiniyetli olmadığını ispat edebilir. Bağışlananın iyiniyetli olmamasından maksat, onun bağışlama konusunu iade etmekle yükümlü olduğunu bilmesi ya da bilmesinin gerekmesidir. Bağışlanan iyiniyetli değilse, bağışlama konusu şeyi elden çıkardığını ileri sürerek iade borcundan kurtulamayacaktır<sup>124</sup>. Söz gelimi, mehir olarak kendisine taşınmaz bağışlanan kadın, kocasından başka bir erkekle cinsel ilişkide bulunmuş ve henüz bu durum ortaya çıkmadan taşınmazı üçüncü kişiye devretmişse, iyiniyetli olmadığı kabul edilebilir. Böylelikle, mehir olarak verilen taşınmaza ilişkin geri alma hakkının kullanıldığı tarihte, taşınmazın kendi mülkiyetinde olmadığını ileri sürerek iade borcundan kurtulamayacaktır. Bu ihtimalde, taşınmazın aynen iadesi söz konusu olma-

<sup>121</sup> Vardar Hamamcioğlu, s. 478; Oser/Schönenberger, ZK-OR, Art. 249, N. 3; Weingart, OFK-OR, Art. 249, N. 6; Vogt/Vogt, BSK-OR, Art. 249, N. 14.

<sup>122</sup> Türkmen, Bağışlama, s. 100.

<sup>123</sup> Vardar Hamamcioğlu, s. 479; Vogt/Vogt, BSK-OR, Art. 249, N. 14.

<sup>124</sup> Vardar Hamamcioğlu, s. 486; Vogt/Vogt, BSK-OR, Art. 249, N. 14.

yacak, fakat taşınmazın yerine geçen kaim değer üzerinden iade sağlanacaktır.

#### **4. Mehir Olarak Verilen Taşınmazın Geri Alınması Bakımından Karşılaşılabilecek Bazı Sorunlar**

##### **a. Taşınmazın Muvazaalı Olarak Devredilmiş Olması**

Daha önce izah edildiği üzere, uygulamada çoğunlukla mehir vermek amacıyla devredilen taşınmazlar görünürde satış sözleşmesi yapılarak muvazaalı şekilde devredilmektedir. Böyle bir ihtimalde, TBK m. 295 hükmünde düzenlenen bağışlamanın geri alınmasına dair sebepler gerçekleşmiş olsa bile, bağışlamanın geri alınması mümkün olmayacaktır. Zira bağışlamanın geri alınmasına dayalı olarak açılan tapu sicilinin düzeltilmesi davasının kabulü için her şeyden evvel ortada geçerli bir bağışlama sözleşmesi bulunmalıdır. Oysaki mehir vermek amacıyla gizli işlem olarak gerçekleştirilen bağışlama sözleşmesi geçersizdir. Şu halde, mehir vermek amacıyla devrettiği taşınmazı geri almak isteyen kocanın elinde, muvazaayı ileri sürmekten başka imkân yoktur. Ancak bu durumda, muvazaalı işlemin tarafı olan kocanın muvazaayı yazılı delille ispat etmesi gerekecektir. Yargıtay adi yazılı mehir senedini muvazaayı ispatlayan bir belge olarak kabul etmediğinden, kocanın muvazaaya dayalı olarak açtığı davada da başarı şansı oldukça düşüktür.

##### **b. Taşınmazın Üçüncü Kişilere Devredilmiş Olması**

Mehir olarak bağışlanan taşınmazın sonradan geri alınması imkânını ortadan kaldıran bir diğer durum, taşınmazın kadın tarafından üçüncü kişilere devredilmesidir. Bağışlamanın geri alınmasına bağlı olarak doğan bağışlanan şeyi geri isteme hakkı, ancak bağışlanana ve onun külli halef mirasçılarına karşı ileri sürülebilir. Bu nedenle, bağışlamanın geri alınmasına ilişkin şartlar oluşsa bile, taşınmazın devredilmiş olduğu üçüncü kişiye karşı bağışlamanın geri alınmasına dayalı olarak tescil istenemez. Bununla birlikte, taşınmazın üçüncü



kişiye devri karşılığında bir bedel alınmışsa, aynı ikame kuralı gereğince bu bedelin iadesi talep edilebilir<sup>125</sup>. Ancak bu noktada, bağışlayanın istem tarihindeki zenginleşmesi ölçüsünde geri vermekle yükümlü olduğu unutulmamalıdır (TBK m. 295/1)<sup>126</sup>. Diğer bir deyişle bağışlayanın, bağışlanan şeyin geri verilmesinin istendiği tarihe kadar o şeyde tükettiği kısım için geri verme borcu yoktur. Söz gelimi, mehir olarak kendisine taşınmaz bağışlanan kadın, bu taşınmazı üçüncü bir kişiye satıp devrettiği takdirde, bedel olarak aldığı miktarın tamamını istem tarihinden önce elden çıkarmışsa artık geri verme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Benzer bir durum, taşınmazın üçüncü kişiye bedelsiz olarak devredilmesi halinde de karşımıza çıkar. Bu ihtimalde, devredilen taşınmazın yerine gelen ikame bir değer bulunmadığı için, geri verme borcu da söz konusu olmaz.

## 5. Geri Alma Hakkının Süresi

Bağışlayan, geri alma sebebini öğrendiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde geri alma hakkını kullanmalıdır (TBK m. 297/1). Geri alma hakkı yenilik doğuran bir hak olduğundan, kanundaki bu süre hak düşürücü niteliktedir (*Verwirkungsfrist*)<sup>127</sup>. Dolayısıyla bir yıllık süre içerisinde kullanılmadığı takdirde, geri alma hakkı ortadan kalkar.

Kanunda geri alma hakkının kullanılması bakımından, bağışlamanın gerçekleştiği tarihle ilgili bir üst sınır düzenlenmemiştir<sup>128</sup>. Bu nedenle, bağışlamanın üzerinden ne kadar süre geçerse geçsin, geri alma sebebini öğrenilmesinden itibaren bir yıl içerisinde bu hak kullanılabilir<sup>129</sup>. Söz gelimi koca, evlendiği kadına evlenmeden kısa bir süre sonra mehir olarak taşınmazını bağışlamıştır. Taşınmazın devrinin üzerinden yirmi yıl geçmiş ve kadın bağışlamanın geri alınması sebeplerinden birini teşkil eden bir fiil işlemiştir. Koca, kadının işlediği bu fiili beş yıl sonra öğrenmiştir. İşte böyle bir durumda dahi koca,

<sup>125</sup> **Vogt/Vogt**, BSK-OR, Art. 249, N. 15.

<sup>126</sup> **Eren**, Özel Hükümler, s. 306.

<sup>127</sup> **Weingart**, OFK-OR, Art. 251, N. 1; **Vogt/Vogt**, BSK-OR, Art. 251, N. 1; **Schönenberger**, CHK-OR, Art. 251, N. 2; **Horat**, s. 39; **Vardar Hamamcıoğlu**, s. 504.

<sup>128</sup> **Vogt/Vogt**, BSK-OR, Art. 251, N. 1; **Schönenberger**, CHK-OR, Art. 251, N. 2.

<sup>129</sup> **Weingart**, OFK-OR, Art. 251, N. 2; **Vardar Hamamcıoğlu**, s. 505.

bağışlamanın geri alınmasına ilişkin hakkını bir yıl içerisinde kullanabilir. Bununla birlikte öğretide, geri alma hakkının kullanılması bakımından çerçeve süre düzenlenmemiş olsa da, bu hakkın kullanımının dürüstlük kuralıyla bağdaşması gerektiğine dikkat çekilmektedir<sup>130</sup>.

## **6. İade Talebinin Süresi**

Bağışlayanın geri alma hakkına ilişkin süre ile bağışlama konusunun iade talebine ilişkin süre birbirinden farklıdır. Daha önce değinildiği üzere, bağışlayanın geri alma hakkını kullanması bağışlama konusunun mülkiyetinin bağışlayana dönmesi sonucunu doğurmaz. Bu nedenle, konumuz itibarıyla taşınmazlar bakımından tescile zorlama davası açılması gerekmektedir. İşte söz konusu davanın açılması bakımından uygulanacak sürenin tespiti önem arz etmektedir.

Bağışlayan geri alma hakkını doğrudan dava yoluyla kullanmak istediği takdirde, geri alma sebebinin öğrendiği tarihten itibaren bir yıllık süre içerisinde davayı açması gerekmektedir. Aksi takdirde, bir yıllık süre içerisinde geri alma hakkı kullanılmamış olur ve bu sebeple de bağışlama konusunun iadesi talep edilemez. Bir yıllık süre hak düşürücü nitelikte olduğu için, hâkim tarafından re'sen dikkate alınacaktır.

Geri alma hakkının kullanılması dava yoluyla olmak zorunda değildir<sup>131</sup>. Bağışlayan, bir yıllık hak düşürücü süre içerisinde herhangi bir şekilde geri alma hakkını kullandığını bağışlanana bildirmeli ve bu bildirim yine bu süre içerisinde bağışlanana ulaşmış olmalıdır. Ancak ispat noktasında sorun olmaması bakımından, geri alma hakkının noter vasıtasıyla kullanılmasında yarar vardır.

Bağışlayan tarafından geri alma hakkının kullanılmasından sonra iade talebinin hangi süreye tabi olacağı hususu tartışmalıdır. İadenin sebepsiz zenginleşmeye dayandığını kabul eden görüşe göre, geri alma hakkının kullanılmasından sonra bağışlama konusunun iadesi bakımından sebepsiz zenginleşmede zamanaşımını düzenleyen TBK

<sup>130</sup> **Vardar Hamamcıoğlu**, s. 505.

<sup>131</sup> **Horat**, s. 39.

m. 82 (OR Art. 67) hükmü uygulanmalıdır<sup>132</sup>. Buna göre iade talebi, geri alma hakkının kullanılmasından itibaren iki yılın ve her halde zenginleşmenin gerçekleştiği tarihten itibaren on yılın geçmesiyle zamanşımına uğrar. Bizim de katıldığımız kanuni borç ilişkisi görüşüne göre ise, geri alma hakkının kullanılması halinde iade talebi on yıllık genel zamanşımı süresine (TBK m. 146) tabidir. Zira geri alma beyanının bağışlanana ulaşmasıyla birlikte, taraflar arasında kanuni borç ilişkisi kurulmuş olur. Bu borç ilişkisinin kurulmasıyla birlikte, bağışlayanın iade alacağı muaccel hale gelir ve zamanşımı işlemeye başlar (TBK m. 149). Dolayısıyla bağışlayan, geri alma hakkının bağışlanana ulaşmasından itibaren on yıl içerisinde iade talebiyle dava açabilmelidir.

## C. Devir Vaadinin Geri Alınması

### 1. Genel Olarak

Kocanın mehir olarak taşınmazını bağışlamayı vaat etmesinden sonra fakat tapuda devir işleminin gerçekleşmesinden önce, bağışlama sözü vermenin geri alınmasına ilişkin TBK m. 296 (OR Art. 250) hükmünde düzenlenen sebeplerin gerçekleşmesi ihtimal dâhilindedir. Ancak tapuya kayıtlı taşınmaza dair bağış vaadinin adi yazılı mehir senedinde yer alması durumunda, TBK m. 296 hükmünün uygulanması gündeme gelmez. Zira tapuya kayıtlı taşınmaz hakkında bağış vaadinde bulunulmak isteniyorsa, bunun noterde düzenleme şeklinde yapılması gerekmektedir. Adi yazılı mehir senedinde yer alan taşınmaz bağış vaadi geçersiz olduğuna göre, bunun geri alınması söz konusu olmaz. Mehir senedine tapuya kayıtlı olmayan bir taşınmaz konu edilmişse, bu durumda TBK m. 296 hükmünün uygulanması gündeme gelebilir. Adi yazılı mehir senedi, tapuya kayıtlı olmayan taşınmazlar hakkında bağışlama sözü verilmesi için yeterlidir. Öte yandan taşınmaz bağış vaadinin noterde düzenleme şeklinde yapılması halinde de, TBK m. 296 hükmünün uygulanması gerekir. Her ne kadar bahsi ge-

---

<sup>132</sup> **Schönenberger**, CHK-OR, Art. 251, N. 2; **Vogt/Vogt**, BSK-OR, Art. 251, N. 3; **Horat**, s. 39; **Vardar Hamamcıoğlu**, s. 488.

çen hükümde bağışlama sözü vermenin geri alınması düzenlense de, buna ilişkin sözleşme yapma vaadi yönünden de geri alma imkânının bulunması gerekmektedir.

## **2. Geri Alma Nedenleri**

Bağışlayan, TBK m. 296 hükmünde sayılan nedenlerin varlığı halinde, henüz yerine getirilmemiş bağışlama sözünü geri alabilir<sup>133</sup>. Bu sebepler şunlardır:

### **a. Elden Bağışlamayı veya Yerine Getirilmiş Bağışlama Sözünü Geri Almayı Gerektiren Nedenlerden Birinin Mevcut Olması**

TBK m. 295 hükmünde üç bent halinde düzenlenen sebepler, henüz yerine getirilmemiş bağışlama sözü vermenin ya da bağışlama vaaadinin geri alınması bakımından da geçerlidir<sup>134</sup>. Söz gelimi, noter sözleşmesiyle kendisine bir taşınmaz bağışlama vaadi verilen kadın, kocasına veya yakınlarından birine karşı ağır bir suç işlerse ya da aile hukukundan doğan yükümlülüklerine aykırı davranırsa, vaat borçlusu durumundaki koca bu vaadini geri alabilir.

### **b. Bağışlayanın Mali Durumunun Sonradan Değişmesi**

Bağışlayanın mali durumu, sonradan sözün yerine getirilmesini kendisi için olağanüstü ağır kılacak ölçüde değiştiği takdirde, bağışlama sözü verme ya da bağışlama vaadi geri alınabilir<sup>135</sup>. Örneğin taşınmazını bağışlamayı vaat eden koca, sonradan dolandırıcılık mağduru olarak bütün servetini kaybetmişse mali durumu değişmiş demektir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, mali durumda meydana gelen değişimin bağışlama sözünün yerine getirilmesini

<sup>133</sup> **Türkmen**, Bağışlama, s. 221 vd.

<sup>134</sup> **Schönenberger**, CHK-OR, Art. 250, N. 1; **Weingart**, OFK-OR, Art. 250/1; **Vogt/Vogt**, BSK-OR, Art. 250, N. 1; **Oser/Schönenberger**, ZK-OR, Art. 250, N. 1.

<sup>135</sup> **Türkmen**, Bağışlama, s. 223; **Vogt/Vogt**, BSK-OR, Art. 250, N. 2.

olağanüstü derecede ağırlaştırmış olmasıdır<sup>136</sup>. Diğer ifadeyle, bağışlama sözü verenin borcunu ifa etmesi halinde ekonomik durumunun çöküntüye gireceğinin açıkça anlaşılması gerekmektedir. Öğretide olağanüstü ağır kılma ölçütü eleştirilmiş ve bunun hafifletilmesi gerektiği ileri sürülmüştür<sup>137</sup>.

### c. Bağışlayan Bakımından Yeni Aile Yükümlülüklerinin Doğması veya Bu Yükümlülüklerin Önemli Ölçüde Ağırlaşması

Öğretide bağışlayanın bağışlama sözü verdikten sonra çocuk sahibi olduğu ya da nafaka borcu ödemek zorunda kaldığı hallerde, yeni aile yükümlülüklerinin doğması şartının gerçekleştiği ifade edilmektedir<sup>138</sup>. Bununla birlikte, bağışlama sözü vermeden ya da bağışlama vaadinden sonra yeni aile yükümlülüklerinin doğmasını başlı başına bir geri alma sebebi olarak kabul etmemek gerekir. Diğer bir deyişle, yeni aile yükümlülüklerinin doğmasının bağışlama sözü veren bakımından bağışlamanın ifasını önemli ölçüde ağırlaştırmış olması aranmalıdır<sup>139</sup>. Aksi bir durum, kendisine bağışlama sözü verilen kişi bakımından olumsuz sonuçların doğmasına yol açabilir. Söz gelimi, evlenmeden önce erkek, adi yazılı mehir senediyle tapuya kayıtlı olmayan bir taşınmazını evleneceği kadına bağışlayacağını beyan etmiştir. Mehir sözleşmesinin tarafı olan erkek ve kadın sonradan evlenince, bu durum bağışlama sözü veren konumundaki erkek bakımından yeni aile yükümlülüğünün doğması anlamına gelir. İşte böyle bir durumda koca, salt bu sebebe dayanarak bağışlama sözü vermeyi geri alamamalıdır. Yine benzer bir durum, bağışlama vaadinde bulunan kocanın vaat alacaklısı olan kadın ile çocuklarının olmasında da karşımıza çıkabilir. Bu gibi durumlarda, yeni aile yükümlülüklerinin doğması bağışlama sözü veya bağışlama vaadinin yerine getirilmesini

<sup>136</sup> Söz konusu hükmün çıkış noktasının sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması ilkesi (*clausula rebus sic stantibus*) olduğu yönünde: **Schönenberger**, CHK-OR, Art. 250, N. 1.

<sup>137</sup> **Türkmen**, Mehir, s. 569.

<sup>138</sup> **Eren**, Özel Hükümler, s. 307; **Schönenberger**, CHK-OR, Art. 250, N. 3;

<sup>139</sup> **Weingart**, OFK-OR, Art. 250, N. 3; **Vogt/Vogt**, BSK-OR, Art. 250, N. 2; **Oser/Schönenberger**, ZK-OR, Art. 250, N. 6.

önemli ölçüde ağırlaştırmıyorsa, kocanın geri alma hakkının bulunmadığı kabul edilmelidir.

### 3. Geri Alma Hakkının Kullanılması

Henüz ifa edilmemiş olan bağışlama sözü verme bakımından bağışlayana tanınan geri alma hakkının hukuki niteliği tartışmalıdır. Söz konusu tartışmada varılan sonuca göre, bu hakkın nasıl kullanılacağı tayin edilecektir. Öğretide bir görüş, ifa edilmemiş bağışlama sözleşmesinde bağışlayanın geri alma hakkının bir def'i niteliğinde olduğunu ileri sürmektedir<sup>140</sup>. Gerçekten de TBK m. 296 hükmünde yer verilen "Bağışlama sözü veren...onu ifadan kaçınabilir" şeklindeki ibare, burada bir def'i hakkının düzenlendiği izlenimini vermektedir<sup>141</sup>. Ayrıca Alman Medeni Kanunu'nda bağışlama sözü verenin ifadan kaçınma hakkının düzenlendiği 519. paragrafın başlığının "Acil İhtiyaç Def'i" (*Einrede des Notbedarfs*) şeklinde olması da bu kanıyı bir nebze desteklemektedir. Buna karşılık öğretide bizim de katıldığımız ağırlıklı görüş, ifa edilmemiş bağışlama sözleşmesinde bağışlayana tanınan geri alma hakkının da yenilik doğuran bir hak olduğu yönündedir<sup>142</sup>. Bu nedenle, ifa edilmemiş bağışlama sözleşmesi bağışlayanın tek taraflı irade beyanının bağışlayana ulaşması ile birlikte ortadan kalkar. Böylelikle, bağışlayan bakımından var olan ifa yükümlülüğü de sona ermiş olur<sup>143</sup>.

İfa edilmemiş bağışlama sözleşmesinin veya bağışlama vaa dinin geri alınması için dava açmak zorunlu değildir. Nitekim bağışlama konusu şey bağışlanana devredilmediği için, bunun iadesinin talep edilmesi de söz konusu olmaz<sup>144</sup>. Ancak kanaatimizce, bağışlayanın bağışlama sözü vermeyi ve bağışlama vaa dinin geri aldığına dair bir tespit davası açmasına engel yoktur. Öte yandan, bağışlayanın ifa edilmemiş sözleşmeye ilişkin geri alma hakkını, bağışlanan tarafından

<sup>140</sup> Von Tuhr, SJZ, s. 206 (Vardar Hamamcıoğlu, s. 491'den naklen).

<sup>141</sup> Vardar Hamamcıoğlu, s. 491.

<sup>142</sup> Eren, Özel Hükümler, s. 307; Serozan, Rona, Sözleşmeden Dönme, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007, s. 127; Gümüş, C.I, s. 221; Vardar Hamamcıoğlu, s. 491.

<sup>143</sup> Eren, Özel Hükümler, s. 307; Vardar Hamamcıoğlu, s. 499.

<sup>144</sup> Vardar Hamamcıoğlu, s. 499.

açılan ifa davasında kullanması da mümkündür. Söz gelimi bağışlayan, noterde düzenlenen taşınmaz bağış vaadine dayanarak tescile zorlama davası açan bağışlanana karşı bu vaadini geri aldığını ileri sürebilir. Bu noktada, geri alma hakkının süresinde kullanılıp kullanılmadığı önem arz etmektedir.

#### 4. Geri Alma Hakkının Süresi

İfa edilmemiş bağışlama sözleşmesi bakımından geri alma hakkının süresi, ifa edilmiş bağışlama ile aynı hükümde düzenlenmiştir (TBK m. 297/1). Şu halde, bağışlama sözü veren ya da bağışlama vaa-dinde bulunan, geri alma sebebini öğrendiği tarihten itibaren bir yıl içinde bağışlamayı geri alabilir.

#### D. Geri Alma Hakkının Mirasçılara Geçmesi

Bağışlama sözleşmesinde bağışlayana tanınan geri alma hakkı, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olduğu için kural olarak mirasçılara geçmez<sup>145</sup>. Ancak TBK m. 297 hükmünde bu kurala bazı istisnalar getirilmiş ve geri alma hakkının bağışlayanın mirasçıları tarafından kullanılmasına cevaz verilmiştir. Bu bakımdan, kocanın sağlığında mehir olarak kadına verdiği şeyler bakımından meydana gelen geri alma hakkı da TBK m. 297'de öngörülen şartlar çerçevesinde kocanın mirasçılarına geçebilir.

Geri alma hakkının mirasçılara geçebilmesi için, geri alma hakkını doğuran sebebin bağışlayanın ölümünden önce gerçekleşmesi gerekmektedir<sup>146</sup>. Dolayısıyla mirasçılar, bağışlayanın ölümünden sonra gerçekleşen bir sebebe dayanarak bağışlamayı geri alamazlar.

Geri alma hakkının mirasçılara geçmesi, hem ifa edilmiş hem de ifa edilmemiş bağışlamalar bakımından mümkündür<sup>147</sup>. Ancak öğretide, yalnızca ifa edilmiş bağışlamalar bakımından geri alma hakkının

<sup>145</sup> **Vogt/Vogt**, BSK-OR, Art. 251, N. 4; **Schönenberger**, CHK-OR, Art. 251, N. 3; **Weingart**, OFK-OR, Art. 251, N. 3; **Horat**, s. 37; **Vardar Hamamcıoğlu**, s. 510.

<sup>146</sup> **Eren**, Özel Hükümler, s. 308; **Vardar Hamamcıoğlu**, s. 510; **Vogt/Vogt**, BSK-OR, Art. 251, N. 4.

<sup>147</sup> **Vardar Hamamcıoğlu**, s. 511.

mirasçılara geçeceğini ileri süren bir görüş de mevcuttur<sup>148</sup>. Bizim de katıldığımız görüşe göre, ifa edilmiş bağışlamanın geri alınması sebeplerinden birinin varlığı halinde (TBK m. 296/1,b.1) ifa edilmemiş bağışlama sözünün mirasçılar tarafından geri alınması söz konusu olabilir<sup>149</sup>. Örneğin kadın, kocasının sağlığında aile hukukundan kaynaklanan sadakat yükümlülüğüne aykırı davranmışsa, kocanın ölümünden sonra mirasçıların ifa edilmemiş bağışlama sözünü geri alabilecekleri kabul edilmelidir. Ancak TBK m. 297'de belirtilen şartların göz önünde tutulması gerekmektedir.

Kanunda üç durumda geri alma hakkının mirasçılara geçebileceği öngörülmüştür. Bunlardan ilki, bağışlayanın bir yıllık geri alma süresi dolmadan önce ölmesidir (TBK m. 297/2). Bağışlayan geri alma sebebini öğrendiği halde bu hakkını bir yıllık süre içerisinde kullanamadan ölürse, geri alma hakkı mirasçılara geçer. Mirasçılar geri alma hakkını bir yıllık sürenin sona ermesine kadar kullanabilirler. Ancak öğretide, bağışlayanın geri alma sebebini öğrenmesine rağmen bağışlanana affettiği veya geri alma hakkından feragat ettiği durumlarda, geri alma hakkının mirasçılara geçmeyeceği belirtilmektedir<sup>150</sup>.

Geri alma hakkının mirasçılara geçtiği ikinci durum, bağışlayanın sağlığında geri alma sebebini öğrenememiş olmasıdır (TBK m. 297/3). Geri alma sebebi meydana gelmesine rağmen, bağışlayan bunu öğrenmeden öldüğü takdirde geri alma hakkı mirasçılara geçer. Bu durumda mirasçılar, bağışlayanın ölmesinden itibaren bir yıl içerisinde geri alma hakkını kullanabilirler<sup>151</sup>. Mirasçılar bağışlayanın ölümünden bir yıl geçtikten sonra geri alma sebebini öğrenmişlerse, artık geri alma hakkının varlığından bahsedilemez<sup>152</sup>.

<sup>148</sup> **Vardar Hamamcioğlu**, s. 511.

<sup>149</sup> **Vardar Hamamcioğlu**, s. 511.

<sup>150</sup> **Vardar Hamamcioğlu**, s. 512.

<sup>151</sup> *Vardar Hamamcioğlu*, TBK m. 297/3 hükmünün isabetli olmadığı görüşündedir. Yazara göre, geri alma sebebini öğrenmeden ölen bağışlayanın her durumda bağışlamayı geri alacağı sonucuna ulaşılamaz. Bu sebeple belki de mirasçıların bağışlayanın isteğine aykırı şekilde geri alma hakkını kullanmaları söz konusu olabilecektir. Bkz: **Vardar Hamamcioğlu**, s. 513 vd.

<sup>152</sup> **Vardar Hamamcioğlu**, s. 513.



Son olarak mirasçılar, bağışlananın bağışlayanı kasten ve hukuka aykırı olarak öldürmesi veya onun geri alma hakkını kullanmasını engellemesi hallerinde bağışlamayı geri alabilirler (TBK m. 297/4). Ancak ilgili fıkırdaki mirasçılarının bu hallerin gerçekleşmesinden itibaren ne kadar sürede geri alma hakkını kullanabilecekleri düzenlenmemiştir. Öğretide TBK m. 297/3'de yer alan bir yıllık sürenin burada da uygulanacağı ifade edilmektedir<sup>153</sup>. Buna göre bağışlanan bağışlayanı kasten ve hukuka aykırı olarak öldürmüş veya onun geri alma hakkını kullanmasını engellemişse, bağışlananın ölümünden itibaren bir yıl içerisinde mirasçılar geri alma hakkını kullanabilirler. Burada önem taşıyan husus, bağışlananın öldürme ya da geri alma hakkının kullanılmasını engelleme fiillerini kasten ve hukuka aykırı olarak gerçekleştirmiş olmasıdır. Örneğin, kendisine mehir olarak bir taşınmaz bağışlanan kadın, kocasının kendi hayatına kastetmesi sırasında meşru savunmada bulunarak onu öldürmüşse, kocanın diğer mirasçılarının mehrin geri verilmesini isteme hakları yoktur.

Bağışlayanın birden fazla mirasçısı bulunduğu takdirde, geri alma hakkının bütün mirasçılar tarafından birlikte kullanılması gerekmektedir<sup>154</sup>. Zira terekeyle ilgili hukuki işlemlerin iptali, feshi, sözleşmeden dönülmesi ya da geri alma hakkının kullanılması gibi durumlarda mirasçılarının oybirliğiyle hareket etmesi şarttır<sup>155</sup>. Ancak geri alma beyanının yöneltileceği bağışlanan, aynı zamanda mirasçılık sıfatına da sahipse, onun dışındaki bütün mirasçılarının geri alma hakkını kullanması zorunludur. Mehir meselesi bakımından bağışlanan durumdaki kadının sağ kalan eş sıfatıyla mirasçı olması böyledir. Mirasçılarının geri alma hakkının kullanılması bakımından anlaşmaya varmamaları ya da bir araya gelememeleri ihtimalinde, mirasçılardan her biri, miras ortaklığına temsilci atanması için sulh mahkemesine başvurabilir (TMK m. 640/3). Mahkeme tarafından tereke temsilcisi

<sup>153</sup> **Vogt/Vogt**, BSK-OR, Art. 251, N. 4; **Vardar Hamamcıoğlu**, s. 514.

<sup>154</sup> **Vardar Hamamcıoğlu**, s. 516; **Vogt/Vogt**, BSK-OR, Art. 251, N. 4; **Weingart**, OFK-OR, Art. 251, N. 7; **Horat**, s. 38.

<sup>155</sup> **Çabri, Sezer**, Miras Hukuku Şerhi, C.III, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2020, s. 24-25.

atandığı takdirde, geri alma hakkının temsilci tarafından kullanılması söz konusu olur.

Mirasçılarının birlikte hareket etme zorunluluğu, geri alma hakkının kullanılmasından sonra da gündeme gelecektir. Nitekim ifa edilmiş bağışlamanın geri alınması durumunda bağışlama konusunun iadesi için dava açılması gerekecektir. Ancak bu noktada kanun, oybirliğiyle hareket ilkesini yumuşatmaktadır. TMK m. 640/4 hükmüne göre, mirasçılardan her biri terekedeki hakların korunmasını talep edebilir. Özellikle zorunlu ve gecikmesinde zarar bulunan durumlarda mirasçılarının tek başına dava açabileceği belirtilmektedir<sup>156</sup>. Şu halde mehir olarak bağışlanan taşınmazın iadesi için her bir mirasçı dava açma hakkına sahiptir.

## **SONUÇ**

Ülkemizde mehir sözleşmesinden dolayı ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümünde, Yargıtay içtihatları çerçevesinde bağışlama sözleşmesine dair hükümler uygulanmaktadır. Bu durum, mehir vermek amacıyla bir taşınmazın devredilmesi halinde de geçerlidir. Ancak uygulamada mehir sözleşmesinin tarafları, tapuda devir işlemi gerçekleştirilirken gerçekte yapmak istedikleri sözleşmeyi satış sözleşmesinin arkasına gizleyerek muvazaalı işlem yapmaktadırlar. Özellikle ikinci eş ya da sonraki eş lehine yapılan devirlerde, kocanın ölümünden sonra diğer mirasçılarının muris muvazaasına dayalı olarak taşınmazın tapu kaydının iptali talebiyle dava açmaları söz konusu olmaktadır. Ancak Yargıtay, konu hakkında istikrar kazanan içtihatlarında mehir vermek amacıyla devredilen taşınmaz bakımından muris muvazaasının söz konusu olamayacağını ifade etmektedir. Yargıtay'a göre, muris muvazaasından bahsedebilmek için miras bırakanın mirasçılarından mal kaçırmak amacıyla hareket etmesi gerekir. Mehir vermek amacıyla taşınmaz devrinde ise, mirasçılardan mal kaçıрма amacı bulunmamaktadır.

---

<sup>156</sup> Çabri, Şerh, s. 41.

Mirasçılarının muris muvazaası dışında talep ettikleri bir başka husus ise tenkis olmaktadır. Muris muvazaası iddiasının başarısız olması ihtimaline binaen, sağ kalan eş devredilen taşınmazın tenkise tabi olması gerektiği terditli olarak ileri sürülmektedir. Gerçekten de taşınmazın âdet üzere verilen hediyeler dışındaki sağlararası kazandırmalar arasında ele alınarak tankise tabi kılınması mümkündür. Ancak kanunda yer alan bir yıllık süre sınırı, mehir olarak verilen taşınmazın tenkise tabi kılınmasını zorlaştırmaktadır. Öte yandan Yargıtay'a göre, mehir vermek amacıyla devredilen taşınmazın saklı pay kurallarını etkisiz hale getirmek amacıyla devredildiği de ileri sürülemez. Dolayısıyla, mirasçılarının tenkis iddiası bakımından da başarı şanslarının düşük olduğu söylenebilir.

Taraflar mehir olarak verilecek taşınmazın daha sonra kadına devredilmesini kararlaştırabilirler. Genellikle koca tarafından verilen bu tür vaatler, adi yazılı mehir senedine yazılmaktadır. Taşınmazın tapuya kayıtlı olmaması durumunda sorun yoktur. Zira bu tür taşınmazların devri bakımından taşınır mülkiyetine dair kurallar uygulanır. Ancak günümüzde taşınmazların büyük oranda tapuya kayıtlı oldukları düşünülürse, adi yazılı mehir senedinde yer alan devir vaa-dinin hukuken hiçbir geçerliliğinin olmadığı sonucuna varılır. Bu nedenle, kendisine taşınmazın devri vaat edilen kadın, söz konusu vaa-din yerine getirilmemesi sebebiyle tescile zorlama davası açamayacaktır. Böyle bir dava açılabilirse bile, hukuki sebebin geçersizliğinden dolayı reddedilecektir. Şu halde en uygun çözüm, noterde düzenleme şeklinde taşınmaz bağış vaa-dinin yapılması ve bu vaat sözleşmesinin tapu siciline şerh ettirilmesidir. Noterde taşınmaz bağış vaadi yapıldığı takdirde, vaat alacaklısı olan kadın tescile zorlama davası açarak, mehir olarak devredileceği vaadedilen taşınmazın kendi adına tescilini talep edebilecektir.

Mehir olarak devredilen taşınmazın sonradan geri alınması mümkündür. Bunun için yerine getirilmiş bağışlama sözünün geri alınmasına dair TBK m. 295 hükmündeki durumlardan birinin gerçekleşmesi gerekmektedir. Ancak bundan önce, ortada geçerli bir bağışlama sözleşmesinin bulunması lazımdır. Uygulamada çoğunlukla ol-

duğu gibi taşınmazın muvazaalı şekilde devredildiği hallerde, ortada geçerli bir bağışlama sözleşmesi bulunmadığından TBK m. 295 hükmünün uygulanması söz konusu olmaz. Eğer tapuya kayıtlı olmayan bir taşınmaz devredilmişse ya da tapuda tescilin hukuki sebebi olarak bağışlama gösterilmişse, bağışlamanın geri alınması mümkündür. Elbette bu noktada geri alma hakkının ve iade talebinin süresi içerisinde kullanılması gerekmektedir.

Henüz ifa edilmemiş bağışlama sözü verme ya da bağışlama vaadi ise TBK m. 296 çerçevesinde geri alınabilir. Ancak burada da geçerli bir hukuki işlemin varlığı şarttır. Geri alma hakkının kullanılması ve süresi noktasında yerine getirilmiş bağışlama sözü vermeye dair kurallar burada da uygulanır. Bununla birlikte, ifa gerçekleşmediği için herhangi bir iade talebi gündeme gelmez.

Bağışlamayı geri alma hakkı, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olmakla birlikte, TBK m. 297 hükmünde belirtilen durumlarda bu hakkın mirasçılara geçeceği düzenlenmiştir. Söz konusu durumların gerçekleşmesi halinde, mehir olarak verilen taşınmaz bakımından da mirasçuların geri alma hakkını kullanmaları mümkün olabilir.

## **KAYNAKÇA**

- Aday, Nejat**, Taşınmaz Mülkiyetinin Naklinde Muvazaa, İstanbul, 1992.
- Antalya, O. Gökhan**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. V/1,1, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019.
- Aral, Fahrettin/Ayrancı, Hasan**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 13. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.
- Atamulu, İsmail**, Türk Borçlar Hukukunda Muvazaa, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.
- Aydın, M. Akif**, "Mehir", Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C. 28, ss. 389-391.

- Cin, Halil**, “İslam Hukukunda Mehr”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 29, S. 1, 1972, ss. 199-254.
- Çabri, Sezer**, Miras Hukuku Şerhi, C.III, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2020.
- Çakırca, Seda İrem**, “Mehir Sözleşmesinin Hukuki Niteliği”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, S. 121-122, 2014, ss. 89-116.
- Dalcı Özdoğan, Nurcihan**, “Sağlararası Kazandırma Konusu Taşınmazların Tenkisi”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 2, 2017, ss. 363-392.
- Deillon-Schegg, Bettina**, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, 2016.
- Dilbirliği, Muhterem**, “Alman Mahkeme Kararlarındaki Mehir’in Değerlendirilmesi”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl:8, Sayı: 31, 2017, ss. 567-590.
- Eberhard, Philipp**, “Die Rechtsfigur der «natürlichen Publizität»”, Schweizerische Juristen-Zeitung, 117/2021, ss. 128-137.
- Eigenmann, Antoine**, SHK - Stämpflis Handkommentar, Stämpfli Verlag AG, 2012.
- Ekinci, Hüseyin**, Özel Hukuk Sözleşmelerinde Ceza Koşulu, Seçkin Yayınları, Ankara, 2015.
- Eren, Fikret**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020. (Kısaltma: Eren, Genel Hükümler)
- Eren, Fikret**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017. (Kısaltma: Eren, Özel Hükümler)
- Ertürk, Kübra**, Mehre İlişkin Anlaşmaların Türk Hukukundaki Niteliği, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2019.
- Esener, Turhan**, Türk Hususi Hukukunda Muvazaalı Muameleler, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1956.
- Fankhauser, Roland**, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, 2016.

- Gümüş, Mustafa Alper**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013.
- Haab, Robert/Simonius, August/Scherrer, Werner/Zobl Dieter**, ZK - Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, 2. Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, 1977.
- Hatemi, Hüseyin**, Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları, İstanbul, 1976.
- Hitz, Flurina**, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, 2016.
- Horat, Felix**, Grundstückschenkungen mit Nutzniessungs- oder Wohnrechtsvorbehalt, Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft Band/Nr. 123, Schulthess Juristische Medien AG, 2018.
- Huguenin, Claire**, Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Dike Verlag AG, 2016.
- Iranbomy, Seyed Shahram**, "Rosinentheorie der Morgengabe-Islamisches Familienrecht und das Deutsche Internationale Familienrecht am Beispiel von Brautgabe/Morgengabeauseinandersetzungen-", FamFR, 2011, Heft 6, ss. 123-127.
- Jäggi, Peter/Gauch, Peter/Hartmann, Stephan**, ZK - Zürcher Kommentar Obligationenrecht, 4. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, 2014.
- Kernen, Alexander**, OFK - Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 3. Auflage, Orell Füssli Verlag AG, 2016.
- Kılınç, Ayşe Nur/Kılınç, Ahmet**, "Mehrin Türk Pozitif Hukuku Açısından Yeniden Değerlendirilmesi Gereği", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 1, 2019, ss. 103-118.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip/Hatemi, Hüseyin/Serozan, Rona/Arpacı, Abdülkadir**, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Cilt I, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014.
- Kratz, Brigitta**, Präjudizienbuch OR, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts, 9. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, 2016.

- Kren Kostkiewicz, Jolanta**, OFK - Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, 3. Auflage, Orell Füssli Verlag AG, 2016.
- Kut, Ahmet**, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen, 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, 2016.
- Minnig, Yannick**, OFK - Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 3. Auflage, Orell Füssli Verlag AG, 2016.
- Müller, Christoph**, BK - Berner Kommentar, Art. 1-18 OR mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht, Stämpfli Verlag AG, 2018.
- Nar, Ahmet**, Türk Miras Hukukunda Tenkis, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2016.
- Obermann, Torsten**, "Die Brautgabe zwischen türkischem und deutschem Recht", Neue Zeitschrift für Familienrecht, Heft 19, 2015, ss. 894-901.
- Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020.
- Okur Gümrükçüoğlu, Saliha**, "İslam Aile Hukukunda Kadının Mehir Hakkına Toplumun Bakış Açısı Üzerine Bir Değerlendirme", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 27, S. 4, 2013, ss. 223-256.
- Oser, Hugo/Schönenberger, Wilhelm**, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band, Das Obligationenrecht, 2. Auflage, Schulthess, 1936.
- Öztan, Bilge**, "Resmi Nikâhtan Sonra Yapılan Mehir Anlaşması Geçerli Midir?", Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1998, ss. 389-397.
- Pfammatter, Aron**, OFK - Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 3. Auflage, Orell Füssli Verlag AG, 2016.
- Pürselim Arning, Hatice Selin**, "Türk ve Alman Milletlerarası Özel Hukuklarında Mehir Kavramının Vasıflandırılması", Milletlere-

rası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 33, S. 2, 2013, ss. 137-151.

**Reisoğlu, Safa**, “Mihri Müeccele Müteallik 2.12.1959 Tarihli Tevhidi İċtihat Kararı Hakkında”, Ankara Barosu Dergisi, S. 3, 1960, ss. 78-82.

**Rusch, Arnold**, “Schenkungsversprechen und Form”, Aktuelle Juristische Praxis, Dike Verlag AG, 2016, ss. 431-435.

**Schmid, Jürg**, Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II, 6. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2019.

**Schönenberger, Beat**, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 1, 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, 2016.

**Schwenzer, Ingeborg/Fountoulakis, Christiana**, Basler Kommentar Obligationenrecht I, 7. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2019.

**Serozan, Rona**, Sözleşmeden Dönme, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007.

**Sert Sütçü, Selin**, Mirasbırakanın Muvazaalı Hukuki İşlemleri ve Sonuçları, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019.

**Tekinay, S.Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla**, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1987.

**Tuor, Peter/Picenoni, Vito**, Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht, Band III, Erbrecht, Stämpfli Verlag, 1964.

**Türkmen, Ahmet**, “Yargıtay’ın Bağışlama Yaklaşımı Çerçevesinde Mehir ve Mehrin Geri Alınması”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 22, S. 2, 2020, ss. 541-576. (Kısaltma: Türkmen, Mehir)

**Türkmen, Ahmet**, Bağışlamanın Geri Alınması, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019. (Kısaltma: Türkmen, Bağışlama)

**Uslu, Ebubekir**, Uygulama Örnekleri Yargıtay Kararları İle Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019.



- Ülker, Yeşim**, “Die islamische Morgengabe unter dem Einfluss des deutschen Scheidungsfolgenrechts”, FamFR, 2010, Heft 1, ss. 7-11.
- Vardar Hamamcıoğlu, Gülşah**, Taşınır ve Taşınmaz Mülkiyetini Konu Alan Bağıslama Sözleşmesi, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- Vogt, Nedim Peter/Vogt, Annaig L.**, Basler Kommentar Obligationenrecht I, 7. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2019.
- Weingart, Denise**, OFK - Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, 3. Auflage, Orell Füssli Verlag AG, 2016.
- Yağcıoğlu, Burcu**, Türk ve İsviçre Hukukunda Ceza Koşulu (Cezai Şart), Seçkin Yayınları, Ankara, 2019.
- Yarayan, Ali**, “Die Morgengabe nach türkischem Recht in der deutschen Rechtspraxis, Neue Zeitschrift für Familienrecht, Heft 24, 2016, ss. 1153-1159.
- Yassarı, Nadjma**, Die Brautgabe im Familienvermögensrecht- Innerislamischer Rechtsvergleich und Integration in das Deutsche Recht, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen, 2014.
- Yavuz, Cevdet/Acar, Faruk/Özen, Burak**, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2014.
- Yılmaz, Süleyman**, Mirasbırakanın Mirasçılardan Mal Kaçırmaya Yönelik İşlemleri ve Sonuçları (Muris Muvazaası), Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- Zevkliler, Aydın/Gökyayla, K.Emre**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020.

## **DAVA VE TAKİP KONUSU OLABİLMESİ BAKIMINDAN KRİPTO PARALAR**

*Cryptocurrency in terms of Suit and Executive Proceedings*

**Arş. Gör. Eylül BALIKÇI\***

### **ÖZET**

Dijitalleşme ile tüm dünyada kullanımı yaygınlaşan ve blok zincir teknolojisine dayanan kripto paraların kullanımı, ülkemizde de yaygınlaşmaktadır. Ülkemizde kripto paralara ilişkin yasal düzenleme mevcuttur. Ancak, bu düzenleme kapsamlı bir düzenleme değildir. Bu nedenle, kripto paralara ilişkin birçok durum belirsizliğini korumaktadır. Kripto paraların merkezî otoriteye bağlı olmamaları sonucunda takipleri zorlaşmaktadır. Çalışmamızda kripto paraların mahiyetlerine göre dava konusu olması ve takip konusu olması değerlendirilmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Kripto para, haciz, para, blok zincir, dava.

### **ABSTRACT**

The cryptocurrency that is widely used all over the world and depends on the blockchain becomes widespread in our country too. There is legal regulation of cryptocurrencies in our country. However,

---

\* Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul Hukuku ve İcra ve İflas Hukuku Anabilim Dalı, [eyulbalicki@erciyes.edu.tr](mailto:eyulbalicki@erciyes.edu.tr). ORCID ID: 0000-0003-1188-5652.

this regulation is not comprehensive. Therefore, many situations regarding cryptoassets remain unclear. Cryptocurrency is difficult to controls as a result of non-centralized. In our study, it has been evaluated that cryptocurrency is subject to suit and executive proceeding.

**Keywords:** cryptocurrency, impoundment, money, blockchain, suit.

## **I. GİRİŞ**

Kripto paralar dijitalleşen dünyada gitgide yaygınlaşan değişim araçlarıdır. Kripto paraların hukuki mahiyetleri tartışmalı olsa da malvarlığı değeri olduğu konusunda görüş birliği bulunmaktadır. Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu'nun 2013/32 sayılı basın açıklamasıyla Ödeme ve Menkul Kıymet Mutabakat Sistemleri, Ödeme Hizmetleri ve Elektronik Para Kuruluşları Hakkında Kanun kapsamında, kripto paraların elektronik para olarak değerlendirilemeyeceği ifade edilmiştir. Ülkemizde 16 Nisan 2021 tarihli ve 31456 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan Ödemelerde Kripto Varlıkların Kullanılmamasına Dair Yönetmelik (ÖKVVDY) m. 3/1 ile kripto paraların tanımı yapılmış ve sanal para olarak değerlendirilebileceği belirtilmiştir.

Malvarlığı değeri olan kripto paraların dava ve takip konusu olması, giderek yaygınlaşan kullanımla mümkün hâle gelmiştir. Çalışmamızda kripto paraların eşya veya para kabul edilmesi hâllerinde dava konusu olması, harca esas alınması, Kripto paralara ilişkin işlemlerin ispatı ve takibe konu olması konularına değinilmiştir.

## **II. KRİPTO PARA KAVRAMI VE KRİPTO PARANIN HUKUKİ MAHİYETİ**

### **I. Paranın Tanımı**

#### **1. Para Kavramı**

Paranın sabit ve değişmez bir tanımı yoktur<sup>1</sup>. Paranın, kanunen de tanımı yapılmış değildir. Para, mal veya hizmet satın almada, borçları ödemede kullanılan genel kabul görmüş en yaygın araçtır<sup>2</sup>. Ancak, bir şeyin para olması için çeşitli fonksiyonlara sahip olması gerektiği kabul edilmektedir<sup>3</sup>. Bu fonksiyonlardan ilki değişim aracı olma özelliğidir<sup>4</sup>. Bu fonksiyona göre, bir mal veya hizmet alınır ve karşılığında para verilir. Paranın diğer fonksiyonu hesap birimi olmasıdır<sup>5</sup>. Bu fonksiyona göre para, mal ve hizmetin karşılığının ve borçların belirlenmesinde standart bir ölçü birimidir<sup>6</sup>. Paranın bir diğer fonksiyonu ise değer saklama aracı olmasıdır<sup>7</sup>. Bu fonksiyona göre para, tasarruf aracı olarak kullanılabilir.

Doktrinde paranın doğuşunun, mübadele aracı olması ile ilişkili olduğunu savunan görüşler mevcuttur<sup>8</sup>. Yapılan bazı araştırmalar

- 
- <sup>1</sup> İlker Parasız, *Paranın Tanımı, İşlevleri, Fiyatı ve Ekonomideki Yeri*, 4.Bası, Ezgi Kitapevi, Bursa 2016, s.9.
  - <sup>2</sup> Murat Volkan Dülger, "Dijital Çağda Dijital Ödeme Aracı: Bitcoin ve Dijital Para", *Hukuk Ve Daha Fazlası Dergisi*, 2019, S.7, s.4; Gulnara Durmush, "Kripto Para ve İcra Hukuku Yönünden Düşündürdükleri", Marmara Üniversitesi SBE, İstanbul 2019 (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s.3; İlker Mete Özsoy, "Kripto Para Varlıklarının Cebri İcra Yolu İle Haczi", Başkent Üniversitesi SBE, Ankara 2019, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s.4; Abdurrahman Çarkacıoğlu, "Kripto-Para Bitcoin", *Sermaye Piyasası Kurulu Araştırma Dergisi*, 2016, s.1; Zeynel Dinler, *İktisat*, 6.Basım, Ekin Yayıncılık, Bursa 2014, s.209; [https://acikders.tuba.gov.tr/pluginfile.php/4392/mod\\_resource/content/2/hafta01-para-%28s1%2C1%29.pdf](https://acikders.tuba.gov.tr/pluginfile.php/4392/mod_resource/content/2/hafta01-para-%28s1%2C1%29.pdf) (Erişim Tarihi: 22.12.2020); Hakan Albaş, *Paranın Değer Kaybından Doğan Zararın Tazmin Edilebilirliği*, Seçkin Yayıncılık, 2004, s.19; Şener'e göre para, hukuk düzeninin ödeme aracı olarak tanıdığı bir hesap birimi olmalıdır (Oruç Hami Şener, "Ecash Sisteminde Üretilen Elektronik Paranın (Nakdi) Para Kavramı Bakımından Değerlendirilmesi", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.9, Özel Sayı, 2007, s.479.).
  - <sup>3</sup> Çarkacıoğlu, s.1, Betül Üzer, "Sanal Para Birimleri", Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Ödeme Sistemleri Genel Müdürlüğü, Ankara 2017 (Yayınlanmamış Uzmanlık Yeterlilik Tezi), s.4/5.
  - <sup>4</sup> Parasız, s.7; Merih Paya, *Para Teorisi ve Para Politikası*, 6. Baskı, Türkmen Kitabevi, İstanbul 2013, s.18.
  - <sup>5</sup> Paya, s.17/18; Parasız, s.5.
  - <sup>6</sup> Parasız, s.5; Şener, s.474.
  - <sup>7</sup> Paya, s.19; Parasız, s.8.
  - <sup>8</sup> Mükerrerem Hiç, *Para Teorisi*, Ar Yayın Dağıtım, İstanbul 1982, s.2; Paya, s.20.

paranın doğuşunun mübadele aracı olmasına bağlı olmadığını, gömülme amaçlı olduğunu ortaya çıkarmıştır<sup>9</sup>.

Para olarak farklı toplumlarda taş, deri gibi değişik mallar kullanılmıştır<sup>10</sup>. Bu tür paralara mal-para denmektedir<sup>11</sup>. Daha sonraları değer ölçüsü fonksiyonu daha yüksek olan altın, gümüş gibi mallar para olarak kullanılmıştır<sup>12</sup>. Doktrinde bu tür paraları mal-para içerisinde değerlendiren görüşler bulunmaktadır<sup>13</sup>. Bu dönemde sikke benzeri objeler ilk kez Yeni Assur Krallığı döneminde kullanılmıştır<sup>14</sup>. Daha sonraları ise kağıt para, banknot kullanılmaya başlanmıştır<sup>15</sup>. Mal-paraların biriktirmenin ve çok miktarda kullanımının getirdiği zorluklar sonucu sikkelerin sarraflara verilerek karşılığında alınan makbuzların tedavül edilmesiyle kağıt paraya geçiş başlamıştır<sup>16</sup>. Tarihte ise kağıt para ilk kez Çinliler tarafından kullanılmıştır<sup>17</sup>.

Anayasa m. 87'ye göre, para basma yetkisi Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne (TBMM) aittir. 3815 sayılı kanun öncesinde 1 Haziran 1930 tarih ve 1715 sayılı kanun, 27 Nisan 1955 tarih ve 6544 sayılı kanun ve 14 Ocak 1970 tarih ve 1211 sayılı yeni Merkez Bankası Kanununda para basma yetkisi, süreli olarak Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası'na (TCMB) devredilmiştir<sup>18</sup>. 21 Nisan 1994 tarih ve 3985 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesiyle banknot ihracı yetkisi süresiz olarak TCMB'ye devredilmiştir. Günümüzde para basma yetkisi TCMB'ye aittir. 5038 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Devletinin Para Birimi Hak-

<sup>9</sup> Paya, s.20.

<sup>10</sup> Hiç, s.3; Şener, s.470.

<sup>11</sup> Parasız, s.20; Hiç, s.3.

<sup>12</sup> Hiç, s.3.

<sup>13</sup> Parasız, s.20; Mehmet S. Tezçakın, "Osmanlı Kağıt Paraları", *Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası*, Ankara 2011, s.223.

<sup>14</sup> Oğuz Tekin, "Lidya Krallığı'ndan Osmanlı İmparatorluğu'na Anadolu'da Sikke", *Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası*, Ankara 2011, s.33.

<sup>15</sup> Hiç, s.4; Tezçakın, s.223; Parasız, s.27.

<sup>16</sup> Tezçakın, s.224; Şener, s.470.

<sup>17</sup> Tezçakın, s.224; Fatih Bilgili ve Fatih Cengil, *Blockchain ve Kripto Para Hukuku*, Dora Yayınları, 2019, s.18 (Blockchain).

<sup>18</sup> <https://www.tcmb.gov.tr/wps/wcm/connect/TR/TCMB+TR/Main+Menu/Banknotlar/Banknotlarla+ilgili+Genel+Bilgiler/Para+Basma+Yetkisi> (Erişim Tarihi: 22.12.2020); Bu konuda ayrıntılı bilgi için Bkz.: Güçlü Kayral, "Cumhuriyet Kağıt Paraları", *Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası*, Ankara 2011, s.281-290.

kında Kanun m. 1/1'e göre; "Türkiye Cumhuriyeti Devletinin para birimi yeni Türk lirasıdır."<sup>19</sup>.

## **2. Paranın Türleri**

### **a. Mal Para**

Tarihte deri, tütün, sigara gibi malların değişim aracı olarak kullanılmalarıyla ortaya çıkmıştır<sup>20</sup>. Daha sonraları altın, gümüş gibi kıymetli madenler para olarak kullanılmaya başlanmıştır<sup>21</sup>. Bir malın mal para olarak kullanılması, para olarak değerinin mal olarak değerine neredeyse eşit olmasından gelmektedir<sup>22</sup>. Diğer bir deyişle kendi değeri mübadele değerine eşit olan paralara mal para denmektedir<sup>23</sup>.

### **b. Temsili Para**

Gerektiğinde altın veya gümüşe çevrilebilen paralara temsili para denilmektedir<sup>24</sup>. Mal para olan altın veya gümüşün eritilmesi, tedavülünün zorlaşması, muhafazası ve taşımadaki zorluklar temsili paraya geçilmesine sebep olmuştur<sup>25</sup>. Tarihte temsili para olarak altın veya gümüş sertifikaları, banknot, kağıt para ve ufaklık para kullanılmıştır<sup>26</sup>.

Altın ve gümüş paraların taşımadaki zorluğu, eritilmesi gibi nedenlerle bu paralar bankalara veya sarraflara emanet edilerek karşılığında bir belge alınmıştır<sup>27</sup>. Altın sertifikalarının %100 karşılığı depo

<sup>19</sup> 4/4/2007 tarihli ve 2007/11963 sayılı Bakanlar Kurulu Kararının eki Karar ile Türkiye Cumhuriyeti Devletinin Para birimi olan yeni Türk lirası ve yeni Kuruştayyer alan "Yeni" ibarelerinin 1/1/2009 tarihinden itibaren yürürlükten kaldırılacağı hükme bağlanmıştır.

<sup>20</sup> Hiç, s.3; Çarkacıoğlu, s.1; Dinler, s.210.

<sup>21</sup> Hiç, s.3, Durmush, s.8; Dinler, s.210; Bilgili ve Cengil, *Blockchain*, s.23.

<sup>22</sup> Parasız, s.20; Çarkacıoğlu, s.1.

<sup>23</sup> Dinler, s.210; Fatih Yıldırım, "Kripto Paralar, Blok Zinciri Teknolojisi ve Uluslararası İlişkilere Muhtemel Etkileri", *Medeniyet Araştırmaları Dergisi*, 2018, C.2, S.4, s.82.

<sup>24</sup> Parasız, s.27; Bilgili ve Cengil, *Blockchain*, s.23/24.

<sup>25</sup> Çarkacıoğlu, s.3; Dinler, s.211.

<sup>26</sup> Dinler, s.211.

<sup>27</sup> Tezçakın, s.224; Dinler, s.211; Hiç, s.13.

edilmiştir<sup>28</sup>. Bankalar alın sertifikaların karşılığını oluşturan altınların ellerinde kaldığını fark edince borç karşılığı olarak bir banknot düzenleyerek borç isteyenlere vermişlerdir<sup>29</sup>. Günümüzde ise dünya savaşları sonucu ortaya çıkmış, altın karşılığı olarak çıkarılmayan ve yetkililer tarafından ihraç edilen kağıt para kullanılmaktadır<sup>30</sup>. Ayrıca, günümüzde metal karşılığı itibari değerinden daha düşük olan, küçük çaplı mübadeleleri ve küsuratlı alışverişleri gerçekleştirmede ufaklık para kullanılmaktadır<sup>31</sup>. Ülkemizde kağıt para basma yetkisi TCMB'ye aitken ufaklık para basma yetkisi Hazine'ye aittir.

### c. Kaydi Para

Bankacılığın gelişmesi ile mevduat hesabı, çek hesabı ve kredi kartı kullanılarak ödeme yapılabilir, bu şekilde nakit para kullanmadan ödeme yapılabilen paraya kaydi para denilmektedir<sup>32</sup>.

### d. Elektronik Para

6493 sayılı Ödeme ve Menkul Kıymet Mutabakat Sistemleri, Ödeme Hizmetleri ve Elektronik Para Kuruluşları Hakkında Kanun m. 3/1-ç'ye göre elektronik para; *"Elektronik para ihraç eden kuruluş tarafından kabul edilen fon karşılığı ihraç edilen, elektronik olarak saklanan, elektronik ödeme işlemlerini gerçekleştirmek için kullanılan ve elektronik para ihraç eden kuruluş dışındaki gerçek ve tüzel kişiler tarafından da ödeme aracı olarak kabul edilen parasal değeri"* ifade eder. Elektronik para, kağıt para olarak karşılığı olan paraların elektronik ortamda tutulan sanal hâlidir<sup>33</sup>. Elektronik para parayı çıkaran kuruluşlar dışındaki kişilerce de kabul görmektedir<sup>34</sup>. Şener'e göre; elekt-

<sup>28</sup> Dinler, s.211; Hiç, s.13.

<sup>29</sup> Dinler, s.211.

<sup>30</sup> Hiç, s.13, Dinler, s.211/212.

<sup>31</sup> Hiç, s.13, Dinler, s.212.

<sup>32</sup> Hiç, s.4; Dinler, s.212; Albaş, s.22/23.

<sup>33</sup> Özsoy, s.13, Bilgili ve Cengil, *Blockchain*, s.26.

<sup>34</sup> Armağan Ebru Bozkurt Yüksel, "Elektronik Para, Sanal Para, Bitcoin ve Linden Doları'na Hukuki Bir Bakış", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2015, C.73, S.2, s.185.

ronik para hukuk düzeni tarafından tanınmamakta, genel bir mübadele aracı olarak da kabul edilmemektedir<sup>35</sup>.

Elektronik para, 6493 sayılı kanunun m. 3/1-d'ye ve m. 18'e göre Bankadan izin alarak kurulan ve bu kanun kapsamında elektronik para ihraç etme yetkisi verilen tüzel kişiler tarafından çıkarılabilir.

### **e. Sanal Para**

Avrupa Merkez Bankası'nın tanımına göre sanal para; düzenlenmemiş, kendisini geliştirenler tarafından kontrol edilen ve sanal bir topluluk içinde kabul görmüş dijital paradır<sup>36</sup>. Avrupa Merkez Bankası 2015 yılında sanal parayı şu şekilde tekrar tanımlamıştır: Merkez bankası, kredi kuruluşu veya e-para kuruluşu tarafından ihraç edilmemiş ve bazı durumlarda paraya alternatif olabilen bir varlığın dijital temsili<sup>37</sup>.

Sanal paralar elektronik paralar gibi dijital yapıdadırlar<sup>38</sup>. Ancak, elektronik paraların kağıt para, ufaklık para cinsinden karşılığı mevcutken sanal paraların fiziksel gerçekliği yoktur<sup>39</sup>. Elektronik paraların ülkemizde yasal düzenlemesi mevcutken sanal paraların yasal düzenlemesi yoktur<sup>40</sup>. Dolayısıyla sanal paraların denetimi yoktur ve sanal para çıkaracak kişiler yasal düzenleme ile sınırlandırılmış değildir.

Sanal para iki şekilde elde edilmektedir. En hızlı yol olan ilk yöntem, daha önce belirlenmiş kur üzerinden gerçek para vererek sanal para satın almaktır<sup>41</sup>. Diğer yöntem ise kullanıcıların, değişik aktivite-

---

<sup>35</sup> Şener, s.481/482.

<sup>36</sup> European Central Bank, *Virtual Currency Schemes*, 2012, s.13 (<https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/virtualcurrencyschemes201210en.pdf>, Erişim Tarihi: 22.12.2020).

<sup>37</sup> European Central Bank, *Virtual Currency Schemes- A Further Analysis*, 2015, s.25 (<https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/virtualcurrencyschemesen.pdf>, Erişim Tarihi: 22.12.2020).

<sup>38</sup> Bozkurt Yüksel, s.197; Çarkacıoğlu, s.7.

<sup>39</sup> Bozkurt Yüksel, s.197; Çarkacıoğlu, s.7.

<sup>40</sup> Bozkurt Yüksel, s.197.

<sup>41</sup> European Central Park, s.13.



ler ile örneğin ankete katılmaları veya bir reklama cevap vermeleri sağlanarak ellerindeki sanal paraların arttırılmasıdır<sup>42</sup>.

Sanal para birimleri üç guruba ayrılabilir. İlk grup kapalı sistem sanal paralardır. Buradaki sanal paraların gerçek hayatla bağlantısı yoktur ve sadece o sanal topluluk içinde sanal ürünleri ve hizmetleri almada kullanılırlar<sup>43</sup>. Bu tür sanal paralara örnek olarak oyunlar içindeki ürünlerin satın alınması verilebilir. İkinci grup sanal para, tek yönlü akışı olan sanal paralardır. Bu sanal paralar gerçek paranın sanal paraya dönüştürülmesi ile elde edilirler ve sanal ürünleri satın almada kullanılırlar, ancak sonrasında tekrar gerçek paraya çevrilemezler<sup>44</sup>. Üçüncü grup sanal para, çift önlü akışı olan sanal paralardır. Bu sanal paralar gerçek paranın sanal paraya dönüştürülmesi ile elde edilirler ve hem sanal ürün hem de gerçek ürün satın almada kullanılabilirler ve istenirse tekrar gerçek paraya dönüştürülebilirler<sup>45</sup>.

## B. Kripto Paraların Oluşum Süreci

### 1. Blockchain ve Veri Madenciliği

Kriptoloji, şifreli belgeler bilimidir<sup>46</sup>. Teknolojinin gelişmesiyle birlikte kriptoloji bilimi kullanılarak dijital ortamda yazılım şeklinde kripto paralar geliştirilmiştir<sup>47</sup>. Kripto paraların bugün itibariyle birçok türü bulunmaktadır. Bunlardan bitcoin ilk kripto paradır ve bitcoin dışındaki diğer kripto paralar altcoin olarak isimlendirilmektedir<sup>48</sup>. Altcoinlerin oluşumunda bitcoin yazılımı kullanılmaktadır<sup>49</sup>.

---

<sup>42</sup> European Central Park, s.13.

<sup>43</sup> European Central Park, s.13.

<sup>44</sup> European Central Park, s.13.

<sup>45</sup> European Central Park, s.13.

<sup>46</sup> Türk Dil Kurumu (<https://sozluk.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 22.12.2020).

<sup>47</sup> Fatih Yıldırım, s.84; Fatih Kaplanhan, "Kripto Paranın Türk Mevzuatı açısından Değerlendirilmesi 'Bitcoin Örneği' ", *Vergi Sorunları Dergisi*, Şubat 2018, S.353, s.106.

<sup>48</sup> Murat Yıldırım, "Blok Zincir Teknolojisi, Kripto Paralar ve Ülkelerin Kripto Paralara Yaklaşımları", *Bartın Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 2019, C.10, s.20, s.272; Çarkacıoğlu, s.54; Kaplanhan, s.109.

Kripto paralar, diğer paraların aksine merkezî bir otoriteye bağlı değildir<sup>50</sup>. Merkezî bir otoriteye bağlı olmayan kripto paraların kontrolü, blok zincir (*blockchain*)<sup>51</sup> veri tabanı kullanılarak gerçekleştirilir<sup>52</sup>. Blok zincir teknolojisinde işlemler şeffaf ve güvenli bir şekilde kayıt altında tutulmaktadır<sup>53</sup>. Kripto paraların veri ağı, merkezi olmayan ve uçtan uca (*peer to peer*) birbirine bağlı ağlardan oluşmaktadır<sup>54</sup>. Blok zincir teknolojisi ile güven duyulan aracı bir kurum olmadan işlem gerçekleştirilmektedir<sup>55</sup>. Kripto para ağına bağlı her bilgisayara uç adı verilmektedir<sup>56</sup>. İşlem başlatıldığında her uç bu bilgiyi bir diğeriyle paylaşır ve doğrular, işlem kısa süre içinde tüm uçlara ulaşmış olur<sup>57</sup>.

<sup>49</sup> Kaplanhan, s.108; Çarkacıoğlu, s.54. Çalışmamızda bitcoin kavramı yerine, benzer yapıya sahip olmaları nedeniyle bitcoini ve tüm altcoinleri kapsayacak şekilde kripto para kavramı kullanılmaktadır.

<sup>50</sup> Satoshi Nakamoto, "Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System", s.1 (<https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>, Erişim Tarihi: 22.12.2020); Fatih Yıldırım, s.84; Kaplanhan, s.106; Ayşe Esra Pirinççi, "Yeni Dünya Düzeninde Sanal Para Bitcoin'in Değerlendirilmesi", *International Journal of Economics Politics Humanities and Social Sciences*, Yaz 2018, C.1, S.1, s.47; Sarah Catherine Rotman, "Bitcoin Versus Electronic Money (English)", *CGAP Brief Washington, D.C. : World Bank Group*, 2014, s.3. (<https://documents.worldbank.org/en/publication/documents-reports/documentdetail/455961468152724527/bitcoin-versus-electronic-money>, Erişim Tarihi:27.07.2020); Serhat Karaoğlan, Tayfun Arar ve Onur Bilgin, "Türkiye'de Kripto Para Farkındalığı ve Kripto Para Kabul Eden İşletmelerin Motivasyonları", *İşletme ve İktisat Çalışmaları Dergisi*, 2018, C.6, S.2, s.16; Taner Emre Yardımcı, "İcra Takibi Yoluyla Bitcoin Alacağının İleri Sürülmesi ve Borçlunun Bitcoininin Haczedilmesi", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, C.23, S.3, s.99; Asuman Sönmez, " Sanal Para Bitcoin", *The Turkish Online Journal of Design, Art and Communication*, 2014, C.4, S.3, s.8; Füsün Sarp Nebil, *Bitcoin ve Kripto Paralar: Sistemi Yıkan Bir Araç Olabilecek Mi?*, Pusula Yayıncılık, İstanbul 2018, s.39; Makoto Yano, Chris Dai, Kenichi Masuda ve Yoshio Kishimoto, *Blockchain and Crypto Currency*, Springer, Singapore, 2020, s.5.

<sup>51</sup> Blok zincir kavramı ile ilgili olarak bkz.: Osman Gazi Güçlütürk, "Türk Hukukunda Kripto Varlıkların Para ve Elektronik Para Niteliğinin İncelenmesi", *Regesta*, 2019, C.4, S.3, s.385.

<sup>52</sup> Kaplanhan, s.106; Çarkacıoğlu, s.8; Pirinççi, s.47.

<sup>53</sup> Nakamoto, s.2; Murat Yıldırım, s.268.

<sup>54</sup> Nakamoto, s.3; Çarkacıoğlu, s.51; Fatih Bilgili ve Fatih Cengil, "İcra ve İflas Hukuku Yönüyle Kripto Paralara İlişkin Bazı Meseleler", *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Haziran 2019, C.7, S.1, s.100.

<sup>55</sup> Murat Yıldırım, s.270; Ahmet Selçuk Dizkırıcı ve Ahmet Gököz, "Kripto Para Birimleri ve Türkiye'de Bitcoin Muhasebesi", *Journal Of Accounting, Finance and Auditing Studies*, 2018, C.4, S.2, s.94.

<sup>56</sup> Çarkacıoğlu, s.51.

<sup>57</sup> Kaplanhan, s.107.

Tüm işlemler tüm kullanıcıların bilgisayarında kayıt altında tutulmuş olur, böylelikle hangi işlemlerin yapıldığı herkes tarafından bilinmektedir<sup>58</sup>. Uçlara gelen her işlem her uç tarafından ayrı ayrı doğrulandığından ağa yapılacak saldırılar geçersiz kılınır<sup>59</sup>. Böylece işlem kısa sürede gerçekleşir, ancak daha sonra yapılan işlemler veri madencisi adı verilenler tarafından onaylanır. Bu onaylama işlemine de madencilik denilmektedir<sup>60</sup>. Madenciler yapılan işlemleri bir araya getirerek bir blok oluşturur ve oluşturduğu bu blok için kripto para ile ödüllendirilir<sup>61</sup>. Blok zincir teknolojisi kullanılarak yapılan bu işlemlerden hiçbiri geri alınamaz<sup>62</sup>.

Kripto para bir yazılımdır ve dolayısıyla fiziki bir karşılığı bulunmamaktadır. Kripto paraların alımı, satımı işlemleri sanal cüzdanlar sayesinde olur<sup>63</sup>. Cüzdan edinmek için kişisel bilgilerin kullanılması zorunluluğu yoktur<sup>64</sup>. Ayrıca cüzdanlara dışarıdan müdahale edilemez<sup>65</sup>. Bu şekilde kullanıcıların bilgileri kullanılmadan işlemler yapılabilir<sup>66</sup>. Cüzdanın otuz dört haneli bir hesap numarası vardır<sup>67</sup>. Bu hesap numarası halka açık cüzdanlarda herkes tarafından görülebilir<sup>68</sup>. Her cüzdana ait açık ve gizli anahtar şeklinde iki anahtar vardır<sup>69</sup>. Gizli anahtar, cüzdanın şifresi gibi düşünülebilir, kaybedilmemeli ve kimseye paylaşılmamalıdır<sup>70</sup>. Açık anahtar, diğer kullanıcılar tarafından görülebilir ve işlemi gerçekleştirmek için kullanılır. Gizli anahtar ise bu işlemleri onaylamak için kullanılır ve sadece o cüzdanın sahibi tarafından bilinir.

---

<sup>58</sup> Kaplanhan, s.111; Bilgili ve Cengil, *Blockchain*, s.38.

<sup>59</sup> Çarkacıoğlu, s.38.

<sup>60</sup> Karaoğlu, Arar ve Bilgin, s.16; Kaplanhan, s.110.

<sup>61</sup> Murat Yıldırım, s.269; Kaplanhan, s.110. Bilgili ve Cengil, s.101.

<sup>62</sup> Çarkacıoğlu, s.16; Bilgili ve Cengil, *Blockchain*, s.41.

<sup>63</sup> Dizkırıcı ve Gököz, s.96; Çarkacıoğlu, s.11; Kaplanhan, s.109; Fatih Yıldırım, s.86; Hasan Alpagu, "Bitcoin'den Selfcoin'e Kripto Para", *Uluslararası Bilimsel Araştırmalar Dergisi*, 2018, C.3, S.2, s.414.

<sup>64</sup> Kaplanhan, s.109, Yardımcı, s.99.

<sup>65</sup> Fatih Yıldırım, s.87.

<sup>66</sup> Kaplanhan, s.109.

<sup>67</sup> Alpagu, s.415.

<sup>68</sup> Alpagu, s.415.

<sup>69</sup> Yardımcı, s.99.

<sup>70</sup> Yardımcı, s.100; Çarkacıoğlu, s.28.

## **C. Kripto Paraların Hukuki Mahiyeti**

### **1. Eşya Görüşü**

Eşya kavramı çeşitli hukuk düzenlerinde farklı şekillerde açıklanmaktadır. Bazı hukuk düzenleri için eşya ekonomik değeri olan her şey, bazı hukuk düzenlerinde ise cismani varlığı olan şeylerdir<sup>71</sup>. Türk Medeni Kanunu'nda eşya kavramı tanımlanmamıştır. Eşya, üzerinde bireysel hakimiyet sağlanabilen, ekonomik değer taşıyan, kişilik değerleri kapsamına girmeyen cismani varlıklar olarak tanımlanabilir<sup>72</sup>. Eşyanın cismani varlık taşıması, o şey üzerinde hakimiyet kurulabilmesi için önemlidir. Hakimiyet kurulmakla ifade edilmek istenen o şeyin mülkiyet, rehin gibi hukuki tasarruflara konu olabilmesidir<sup>73</sup>. Cismani varlığı olmayan şeyin eşya olarak kabul edilmesi için kanunda ayrıca düzenlenmesi gerekir<sup>74</sup>. Kripto paralar ise cismani karşılığı olmayan sanal paralardır ve üzerinde eşya hukuku anlamında hâkimiyet kurmak mümkün değildir<sup>75</sup>. Ayrıca kripto paralar üzerinde aynı hak kurulup kurulamaması hâkimiyet kavramı açısından önemlidir. Çünkü aynı hakların konusu eşyadır ve eşya üzerinde doğrudan doğruya hâkimiyet sağlarlar<sup>76</sup>. Aynı haklar doğrudan hâkimiyet sağladığı için konusunu, sadece belirli şeyler oluşturabilir<sup>77</sup>. Ayrıca aynı haklar

<sup>71</sup> Ayrıntılı bilgi için bknz.: M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, Filiz Kitapevi, İstanbul 2015, s.4/5; O. Gökhan Antalya, Murat Topuz, *Eşya Hukuku Cilt IV/1*, 3.Baskı, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2019, s.57; Gençler Özdemir, "Kripto Paraların Eşya Niteliği", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, C.11, S.1, s.299.

<sup>72</sup> Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, s.8; Antalya, s.57/58; Turhan Esener ve Kudret Güven, *Eşya Hukuku*, 7.Baskı, yetkin Yayıncılık, Ankara 2017, s.41.

<sup>73</sup> Esener ve Kudret, s.41.

<sup>74</sup> Bilgili ve Cengil, *Blockchain*, s.128.

<sup>75</sup> Bilgili ve Cengil' e göre; Bitcoin üzerinde hakimiyet kurulabilir. Bir adresteki özel anahtara sahip kişi bitcoinlerin sahibidir ve bitcoinler üzerinde hakimiyet kurabilir.", Fatih Bilgili ve Fatih Cengil, "Bitcoin Özelinde Kripto Paraların Eşya Niteliği Sorunu", s.11 (Kripto Paraların Eşya Niteliği). ([https://www.academia.edu/40037816/BITCOIN\\_%C3%96ZEL%C4%BONDE\\_KR%C4%B0PTO\\_PARALARIN\\_E%C5%9EYA\\_N%C4%B0TEL%C4%B0%C4%9E%C4%B0\\_SORUNU\\_THE\\_QUESTION\\_OF\\_PROPERTY\\_QUALIFICATION\\_OF\\_CRYPTOCURRENCIES\\_SPECIFIC\\_TO\\_BITCOIN](https://www.academia.edu/40037816/BITCOIN_%C3%96ZEL%C4%BONDE_KR%C4%B0PTO_PARALARIN_E%C5%9EYA_N%C4%B0TEL%C4%B0%C4%9E%C4%B0_SORUNU_THE_QUESTION_OF_PROPERTY_QUALIFICATION_OF_CRYPTOCURRENCIES_SPECIFIC_TO_BITCOIN), Erişim Tarihi: 25.03.2021).

<sup>76</sup> Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, s.4; Antalya, s.29; Esener ve Kudret, s.50.

<sup>77</sup> Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, s.22; Antalya, s.36; Esener ve Kudret, s.50.

herkese karşı ileri sürülebilir<sup>78</sup>. Kripto paralardaysa, kripto paraların ileri sürülebileceği kimse yoktur. Kripto paralar, merkezî olmadığı için sahibine bir alacak hakkı da tanımamaktadır<sup>79</sup>. Bunların yanı sıra, Türk Medeni Kanunu m. 683'e göre; "*Bir şeye malik olan kimse, hukuk düzeninin sınırları içinde, o şey üzerinde dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisine sahiptir.*". Kripto paralar eşya tanımına uymasa da sahibine mülkiyet hakkının verdiği kullanma, yararlanma ve tasarruf yetkisini vermektedir<sup>80</sup>.

Bilgili ve Cengil' e göre; kripto paraların ekonomik işlevi ile iş hayatındaki görünümü nedeniyle ve taşınmaz mülkiyetinin kapsamına girmeyen doğal güçlerin taşınır mülkiyeti kapsamında değerlendirileceğine ilişkin TMK m. 762'yi de dikkate alarak, kripto paralar taşınır eşya olarak nitelendirilmelidir<sup>81</sup>. Türk Medeni Kanunu m. 1 uyarınca kripto paralara kıyasen taşınır eşya hükümleri uygulanmalıdır<sup>82</sup>. Her ne kadar kripto paralara ilişkin yapılan işlemler izlenebiliyor olsa da bu işlemlerin belirli kurallar çevresinde geri alınamaması, bize bu paralar üzerinde tam anlamıyla hakimiyet kurulamadığını düşündürmektedir. Kripto paraların iş hayatındaki görünümü ve ekonomideki yeri düşünüldüğünde ise günden güne artan kullanımı, kripto paraları eşyadan çok, değişim aracı olma özelliği daha güçlü olan paraya yaklaştırmaktadır.

Özdemir' e göre; kripto para cismanilik unsurunu barındırmadığı için Türk Hukukuna göre eşya kabul edilemeyecekse de ticari hayat-taki varlığı ve yatırım aracı olarak kullanılması dolayısıyla kripto paralara da eşyaya ilişkin hükümlerin uygulanabilmesi mümkündür<sup>83</sup>. Kripto paralar eşya olarak kabul edilirse, üzerlerinde aynı hak kurulabilecek ve bu hak herkese karşı ileri sürülebilecektir<sup>84</sup>.

<sup>78</sup> Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, s.20; Antalya, s.36; Esener ve Kudret, s.50.

<sup>79</sup> Yardımcı, s.105.

<sup>80</sup> Bilgili ve Cengil, *Blockchain*, s.130.

<sup>81</sup> Bilgili ve Cengil, *Kripto Paraların Eşya Niteliği*, s.20/21.

<sup>82</sup> Bilgili ve Cengil, *Kripto Paraların Eşya Niteliği*, s.20/21.

<sup>83</sup> Özdemir, s.301/302.

<sup>84</sup> Özdemir, s.302.

Doktrinde dijital varlıkların da şey olarak düşünölebileceğini, onların ekonomik ve sosyal önemi düşünöldüğünde günümüzde cismani nitelik taşımadan da eşya olunabileceğini düşünöen görüşler mevcuttur<sup>85</sup>. Bu görüşe göre kripto paraların eşya olarak kabul edilebilmeleri için kanuni bir düzenleme gerekir<sup>86</sup>. Fikrimizce kripto paraların her ne kadar mülkiyet hakkının getirdiği yetkileri taşısa da bir aynı hak barındırmazlar; ekonomik değerleri olsa da cismani varlıkları olmadığından eşya olarak değerlendirilmemelidir.

## **2. Menkul Kıymet Görüşü**

2499 Sayılı Mülga Sermaye Piyasaları Kanunu m. 3/b'ye göre menkul kıymetler; "Ortaklık veya alacaklılık sağlayan, belli bir meblağı temsil eden, yatırım aracı olarak kullanılan, dönemsel gelir getiren, misli nitelikte, seri hâlinde çıkarılan, ibareleri aynı olan ve şartları Kurulca belirlenen kıymetli evraktır.". 6362 Sayılı yeni Sermaye Piyasaları Kanununda ise menkul kıymetler, m. 3/1-o'da şu şekilde ifade edilmiştir: "Menkul kıymetler: Para, çek, poliçe ve bono hariç olmak üzere; 1) Paylar, pay benzeri diğer kıymetler ile söz konusu paylara ilişkin depo sertifikalarını, 2) Borçlanma araçları veya menkul kıymetleştirilmiş varlık ve gelirlere dayalı borçlanma araçları ile söz konusu kıymetlere ilişkin depo sertifikalarını ... ifade eder."

Kripto paralar, yatırım aracı olarak kullanılabilir; bu yönleriyle menkul kıymetlere benzemektedirler. Ancak, kripto paralar belirli bir meblağı temsil etmezler, onların kripto para borsasındaki hareketlere göre değerleri değişmektedir. Ayrıca menkul kıymetler ortaklık veya alacaklılık hakkı sağlayan senetlerken; kripto paralar bu şekilde bir hak tanımadıkları gibi senet niteliğini de haiz değildirler. Hukukumuzda da kabul edildiği gibi gelişen dünya düzeni ile senetsiz kıymetli evrak kavramı ortaya çıkmıştır<sup>87</sup>. Senetsiz kıymetli evrakla-

<sup>85</sup> Asuman Turanboy, "Kripto Paraların Ortaya Çıkmaları ve Hukuki Nitelikleri", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C.35, S.3, 2019, s.57.

<sup>86</sup> Turanboy, s.57; Bilgili ve Cengil, *Blockchain*, s.129/130.

<sup>87</sup> Pulaşlı, s.21; Hüseyin Ülgen, Mehmet Helvacı, Arslan Kaya ve N. Füsün Nomer Ertan, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 11.Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, s.45.

rın tedavülü elektronik ortamda gerçekleşmektedir<sup>88</sup>. Sermaye piyasası araçları Merkezi Kayıt Kuruluşu kayden izlenmektedir<sup>89</sup>. Kripto paraların senetsiz kıymetli evrak olduğunu düşünmek için bu durumun açıkça düzenlenmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Çünkü, bu durum genel bir durum olmayıp sermaye piyasası araçları için düzenlenmiştir.

### 3. Para Görüşü

Para, mal ve hizmet satın almada kullanılan değişim aracı olma, hesap birimi olma, saklama aracı olma özelliklerine sahip en yaygın araçtır. Kripto paralar zaman içerisinde çeşitli işlemlerde kullanılmaya başlanmıştır. Mübadele aracı olma özelliğini sağladığı düşünülse de kripto paraları mübadele aracı olarak görmek için henüz yeterince yaygın şekilde kullanılmamaktadır<sup>90</sup>. Ayrıca, ÖKVKDY m. 3/2 ve 3 kripto paraların ödemelerde kullanılmasını yasaklayarak değişim aracı olma özelliğini kısıtlamıştır. Diğer bir deyişle, kripto paraların mübadele aracı olma özelliği var olmakla birlikte, ülkemizdeki düzenlemeler nedeniyle, ülkemiz sınırları içerisinde değişim aracı olarak kullanılamamaktadır. Paranın hizmet aracı olma fonksiyonu bakımından düşünüldüğünde, kripto paralar hizmetlerin ve malların alımı ve satımında, borçlarının ödenmesinde standart bir ölçü birimi niteliğinde değildir. Paranın saklama aracı olma fonksiyonu düşünüldüğünde, kripto paralar tasarruf aracı olarak kullanılabilir. Doktrinde kripto paraların çok değişken bir değere sahip olması nedeniyle para olarak kabul edilemeyeceği yönünde görüşler bulunmaktadır<sup>91</sup>.

Kripto paraların yabancı para birimi olabileceği düşünülse de para merkezî otoriteye bağlıdır. Kripto paralarsa yaygın bir şekilde devletler tarafından resmî para olarak kabul edilmemiştir. Bu nedenle, kripto paraların yabancı para birimi olduğu görüşünü kabul etmek

<sup>88</sup> Pulaşlı, s.22; Ülgen ve Helvacı, s.48.

<sup>89</sup> Pulaşlı, s.23; Ülgen ve Helvacı, s.47.

<sup>90</sup> Cansu Şarkaya İçeloğlu ve Merve Büşra Engin Öztürk, "Bitcoin ile Seçili Döviz Kurları Arasındaki İlişkinin Araştırılması: 2013-2017 Dönemi İçin Johansen Testi ve Granger Nedensellik Testi", *Maliye ve Finans Yazıları*, 2018, C.1, S.109, s.56.

<sup>91</sup> Turanboy, s.48.

isabetli değildir<sup>92</sup>. Eğer kripto para birimlerinden biri, bir ülkenin resmî para birimi olarak kabul edilirse; bu durumda, sadece o kripto para biriminin yabancı para olarak kabul edilmesinin mümkün olacağı düşünülebilir<sup>93</sup>. Ancak ÖKVVDY m.3/2’de kripto paraların ödemelerde doğrudan kullanılmayacağı belirtilmiştir. Bu durumda, bir ülkenin resmi para birimi olarak kabul edilen kripto paranın yabancı para olarak değerlendirileceği kabul edilebilir olsa da ülkemizdeki yasal düzenleme karşısında bu kripto para, ödemelerde kullanılmayacaktır. Türk Borçlar Kanunu m.99/2’ye göre, “*Ülke parası dışında başka bir para birimiyle ödeme yapılması kararlaştırılmışsa, sözleşmede aynen ödeme veya bu anlama gelen bir ifade bulunmadıkça borç, ödeme günündeki rayiç üzerinden Ülke parasıyla da ödenebilir.*”. Resmi para kabul edilen bir kripto paranın, yabancı para olarak kabul edilebileceği düşünülürse, borcun ifa edilebilmesi için sözleşmede aynen ödeme anlamına gelen bir ifade olmalıdır. Böyle bir ifade bulunmadıkça, borçlu ödeme günündeki rayiç üzerinden Ülke parası ile ödemede bulunursa borcunu ifa etmiş olur. Aynı şekilde TBK m.99/3’e göre borcun ödeme gününde ödenmemesi durumunda alacaklı bu alacağının aynen veya vade ya da fiilî ödeme günündeki rayiç üzerinden Ülke parası ile ödenmesini isteyebilir. Ancak, yukarıda açıklanan nedenle, ülkemizde başkaca bir düzenleme yapılmadığı takdirde, yürürlükteki kurallar (OKVVDY m.3/2) dolayısıyla, yabancı para olarak kabul edilebilen kripto para, sözleşmede aynen ödeme anlamına gelen bir ifade bulursa da ödeme yapmada kullanılmayacaktır.

Elektronik para, bir otorite tarafından çıkarılan kağıt paranın sanal hâli olduğundan ve ihracının kimler tarafından yapılabileceği 6493 Sayılı Kanun ile öngörülmüş olduğundan; fikrimizce, kripto paraları elektronik para kabul etmek isabetli olmayacaktır<sup>94</sup>. Çünkü, elektronik paralar merkezî otoritenin izin verdiği kurumlar tarafın-

<sup>92</sup> Yardımcı, s.102.

<sup>93</sup> Yardımcı, s.102; Bilgili ve Cengil, *Blockchain*, s.140.

<sup>94</sup> Aynı yönde bkz.: Bilgili ve Cengil, *Blockchain*, s.26. Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu 25.11.2020 Tarihli 2013/32/Sayıli Duyurusu, [https://www.bddk.org.tr/ContentBddk/dokuman/duyuru\\_0512\\_01.pdf](https://www.bddk.org.tr/ContentBddk/dokuman/duyuru_0512_01.pdf) (Erişim Tarihi: 22.12.2020). Bilgili ve Cengil, *Blockchain*, s.26.



dan çıkarılan paralardır. Kripto paralar ise herkes tarafından çıkarılabilir. Güçlütürk' e göre; bitcoinin elektronik para olmadığı söylenebilirse de diğer kripto paralar için böyle bir ifadeye bulunmak güçtür<sup>95</sup>. Çünkü, ülke parasına endeksli ve karşılığı için güvence verilen kripto paralar da mevcuttur<sup>96</sup>.

Kripto paraların sanal para olduğu görüşü doktrinde daha basındır<sup>97</sup>. Yıldırım' a göre ise, kripto paralar ve sanal paralar birbirinden farklıdır. Çünkü kripto paralarda bir aracıya ihtiyaç duyulmadan eşler arası işlem yapılabilmektedir<sup>98</sup>. Fikrimizce Avrupa Merkez Bankası'nın sanal para tanımı düşünüldüğünde ve Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu'nun 2013/32 sayılı basın açıklamasında da bahsettiği üzere kripto paraların sanal para olduğunu kabul etmek daha uygun olur. Çünkü sanal para; düzenlenmemiş, kendisini geliştirenler tarafından kontrol edilen ve sanal bir topluluk içinde kabul görmüş dijital paradır<sup>99</sup>. Kripto para ise merkezî otoriteye bağlı olmayan ve herhangi bir fiziki karşılığı olmayan paralardır. Her ikisinin de merkezî otoriteye bağlı olmadığı ve fiziki karşılıklarının bulunmadığı düşünüldüğünde, kripto paraları sanal para kabul etmek daha uygundur. ÖKVVDY m.3/1'e göre; *"Bu Yönetmeliğin uygulanmasında kripto varlık, dağıtık defter teknolojisi veya benzer bir teknoloji kullanılarak sanal olarak oluşturulup dijital ağlar üzerinden dağıtımı yapılan, ancak itibari para, kaydi para, elektronik para, ödeme aracı, menkul kıymet veya diğer sermaye piyasası aracı olarak nitelendirilmeyen gayri maddi varlıkları ifade eder."* İlgili maddede kripto paraların tanımı yapılmış olup, itibari, kaydi, elektronik para, menkul kıymet, ödeme aracı ve sermaye piyasası aracı olmadığı belirtilmiştir. Bu tanımlamadan yola çıkarak kripto paraların sanal para olduğu görüşüne katılmak daha

---

<sup>95</sup> Güçlütürk, s.399.

<sup>96</sup> Güçlütürk, s.400-405.

<sup>97</sup> Çarkacıoğlu, s.8; Sönmez, s.8; Pirinççi, s.47; Bozkurt Yüksel, s.200; Alpago, s.412; Bilgili ve Cengil, *Blockchain*, s.28.

<sup>98</sup> Fatih Yıldırım, s.85.

<sup>99</sup> Bknz.: II, A, 2, e. Sanal Para başlığı altında yapılan açıklamalar.

uygundur. Ancak, bu tanım, sadece yönetmeliğin uygulama alanı bakımından geçerlidir<sup>100</sup>.

#### **D. Kripto Para Platformlarının Hukuki Mahiyeti**

Kripto para platformları; kripto para borsaları, bankaları ve ATM'leri şeklinde üçe ayrılırlar<sup>101</sup>. Kripto para borsalarından kimileri kripto para almak ve satmak isteyenleri buluşturan, kimileri ise sadece alış veya satış hizmeti sunan sağlayıcılardır<sup>102</sup>. Kripto para ATM'leri ile kripto para işlemleri yapılabilmektedir. Türkiye'de de Kripto para ATM'si bulunmaktadır<sup>103</sup>.

Bankalar, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'na (BK) tabi anonim şirketlerdir. Bankacılık Kanunu m.7'de bir bankanın kurulması için gerekli diğer şartlar belirtilmiştir. Dolayısıyla her anonim şirket banka kuramaz, bu maddede belirtilen şartları sağlaması gerekir. Ayrıca bankanın kurulması için BK m.6'da öngörüldüğü üzere kuruluş izni alınmalıdır. Tüm bu şartları sağlayan bankaların Türkiye'de faaliyet gösterebilmeleri için BK m.10 uyarınca faaliyet izni de tanınmış olmalıdır. Kripto para ve kripto para platformlarının mahiyetlerine ilişkin olarak ülkemizde yasal düzenlemede herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Kripto para platformlarını incelediğimizde anonim şirket kuruluşları olduğunu görebilmekteyiz<sup>104</sup>. Ancak, bu şirketler banka niteliğinde olmak isterlerse öncelikle bu yönde bir yasal düzenlemenin mevcut olması ve ayrıca BK'daki gerekli şartları taşımaları gerekecektir.

Kripto para platformlarına üye olup işlem yapabilmeye ilişkin herhangi bir yasal düzenleme mevcut değildir. Bazı kripto para platformlarına sadece isim, soy isim ve e-mail adresi ile üye olunabilir-

---

<sup>100</sup> Özdemir, s.295.

<sup>101</sup> Bilgili ve Cengil, *Blockchain*, s.67-70.

<sup>102</sup> Bilgili ve Cengil, *Blockchain*, s.67.

<sup>103</sup> <https://coinatmradar.com/bitcoin-atm-near-me/> (Erişim Tarihi: 18.11.2020).

<sup>104</sup> Her ne kadar kripto para platformları anonim şirket tüzel kişiliği şeklinde kurulmuş olsalar da bu konuda herhangi bir yasal düzenleme olmadığından kripto para platformlarının ticaret ortaklıkları şeklinde kurulması da mümkün olabilir.

ken<sup>105</sup> BtcTurk gibi bazı kripto para platformlarına üye olmak için T.C. kimlik numarası gerekmektedir<sup>106</sup>. Her ne kadar bu platformlardan bazılarının kullanım sözleşmesinde bilgilerin doğruluğunun kullanıcının sorumluluğunda olduğu<sup>107</sup> ifade edilse de kripto para platformlarının isim, soy isim veya T.C. kimlik numarasının doğruluğunu denetleyebilecekleri bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla gerçek olmayan bilgiler kullanarak kripto para platformlarına üye olmak mümkündür. Bu durum ise mal veya vergi kaçırma gibi sakıncalı durumlara yol açabilecek niteliktedir. Kripto para platformları banka tüzel kişiliğine sahip olmadıklarından bu bilgileri ve diğer işlemleri denetleyecek Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu gibi bir üst kurul da mevcut değildir.

### III. DAVA BOYUTU BAKIMINDAN KRİPTO PARA

#### A. Kripto Paraların Dava Konusu Olabilmesi

##### 1. Genel Olarak Dava Konusu Kavramı

Dava konusu HMK m.119/1-d'de dava dilekçesinde yer alması gereken unsurlar arasında sayılmıştır. Dava dilekçesinde dava konusunun açık ve genel bir şekilde ifade edilmesi gerekir<sup>108</sup>. Malvarlığı haklarına ilişkin davalarda dava konusunun değeri dava dilekçesinde

<sup>105</sup> <https://accounts.binance.com/tr/register> (Erişim Tarihi: 20.08.2021),  
<https://www.paribu.com/#/> (Erişim Tarihi: 20.08.2021),  
[https://www.bitlo.com/kolay-alis-satis/BTC-TRY?gclid=CjwKCAjwgviiBhBkEiwA10D2j8LBOA\\_9WzZPhVGz74jlf5OZZNU-N6t4p1vIjSriF5MgRtRc1FaiSxoCJD0QAvD\\_BwE](https://www.bitlo.com/kolay-alis-satis/BTC-TRY?gclid=CjwKCAjwgviiBhBkEiwA10D2j8LBOA_9WzZPhVGz74jlf5OZZNU-N6t4p1vIjSriF5MgRtRc1FaiSxoCJD0QAvD_BwE), (Erişim Tarihi: 20.08.2021).

<sup>106</sup> <https://sso.btcturk.com/k/account/register> (Erişim Tarihi: 20.08.2021).

<sup>107</sup> <https://destek.paribu.com/hc/tr/articles/115001575125-Kullan%C4%B1m-S%C3%B6zle%C5%9Fmesi> (Erişim Tarihi: 20.08.2021),  
<https://sso.btcturk.com/k/account/register#modal-terms-of-use> (Erişim Tarihi: 20.08.2021),  
[https://www.bitlo.com/kolay-alis-satis/BTC-TRY?gclid=CjwKCAjwgviiBhBkEiwA10D2j8LBOA\\_9WzZPhVGz74jlf5OZZNU-N6t4p1vIjSriF5MgRtRc1FaiSxoCJD0QAvD\\_BwE](https://www.bitlo.com/kolay-alis-satis/BTC-TRY?gclid=CjwKCAjwgviiBhBkEiwA10D2j8LBOA_9WzZPhVGz74jlf5OZZNU-N6t4p1vIjSriF5MgRtRc1FaiSxoCJD0QAvD_BwE) (Erişim Tarihi: 20.08.2021).

<sup>108</sup> Süha Tanrıver, *Medeni Usul Hukuku Cilt I*, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s.628; Hakan Pekcantez, *Pekcantez Usul Medeni Usul Hukuku Cilt III*, 15.Baskı, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul 2017, s.1133.

belirtilmelidir<sup>109</sup>. Bu davalarda harcın miktarının ve türünün tespit edilebilmesi için dava konusunun değeri gösterilmelidir<sup>110</sup>. Dava değerinin belirlenebilir olduğu hâllerde dava değeri gösterilmelidir, gösterilmemiş ise dava değeri davacıya tespit ettirilir (Harçlar Kanunu m.16/3). Davacı dava değerini göstermekten kaçınırsa dava dilekçesi işleme konmaz (Harçlar Kanunu m.16/3). Ayrıca, dava konusunun gösterilmiş olması görevli mahkemenin belirlenmesi açısından önem arz etmektedir<sup>111</sup>.

## **2. Kripto Paralar Bakımından**

Kripto paraların dava konusu olmasını kripto paraların hukuki niteliğine ilişkin görüşler açısından değerlendirmek gerekmektedir. Görevli mahkeme HMK m. 2'ye göre, malvarlığı haklarına ilişkin davalarda asliye hukuk mahkemesidir. İlk olarak; kripto paraların niteliği eşya olarak kabul edilirse, malvarlığı haklarına dahîl olacaktır ve görevli mahkeme asliye hukuk mahkemesi olacaktır. Aynı şekilde, kripto paraların eşya olarak kabul edilmeleri halinde; üzerlerinde zilyetlik kurulabilecektir. Bu durumda, HMK m. 4/1-c'ye göre; kripto paraların sadece zilyetliğin korunmasına ilişkin bir davaya konu olması durumunda görevli mahkeme sulh hukuk mahkemesidir. İkinci olarak, kripto paralar para kabul edilirse; yabancı para, elektronik para veya sanal para; paralar malvarlığı haklarına ilişkin olacağı için HMK m. 2'ye göre, görevli mahkeme asliye hukuk mahkemesidir.

Dava konusunun değerinin dava dilekçesinde belirtilmelidir. Kripto parayı, para olarak nitelendirirsek dava konusunun değerinin dilekçede belirtilmesi gerekir. Eşya olarak nitelendirirsek, bu durumda da dava değeri belirlenebilir olduğundan, yine değeri dilekçede belirtilmelidir.

---

<sup>109</sup> Murat Atalı, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, *Medeni Usul Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s.355-356; Pekcanitez, *Pekcanitez Usul*, 1133.

<sup>110</sup> Atalı, Ermenek ve Erdoğan, s.356; Ali Cem Budak ve Varol Karaarslan, *Medeni Usul Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s.185/186.

<sup>111</sup> Atalı, Ermenek ve Erdoğan, s.187.

Kripto paraların Ülke parası olmadığı açıktır; ancak bir ülke tarafından resmî para kabul edilen kripto para yabancı ülke parası kabul edilebilir ve kripto paralar dava konusu yapıldıklarında sözleşmede aynen ödeme şartı bulunmuyorsa TBK m.99/3 gereğince alacaklı, aynen ödenmesini, vade ya da fiilî ödeme günündeki rayiç üzerinden ülke parası ile ödenmesini isteyebilecektir<sup>112</sup>. Kripto paraların elektronik para kabul edilmesi durumunda; ilgili maddeye dayanarak, talepte bulunmak uygun olmayacaktır. Çünkü elektronik paralar ülke parası olarak karşılığı olan ve bir borsası olmayan diğer bir deyişle rayiç bedel hesaplaması yapılamayacak paralardır. Kripto paraların sanal para kabul edilmesi durumunda, kanunun lafzı düşünüldüğünde diğer para birimi olarak kabul edip ilgili maddeye göre işlem yapmak doğru olmayacaktır. Fakat, kanunun amacı düşünüldüğünde yabancı paralarda olduğu gibi alacaklının aynen ödenmesini, vade ya da fiili ödeme günündeki rayiç üzerinden ülke parası ile ödenmesini isteyebileceği kabul edilmelidir. Çünkü kanun koyucu burada alacağını zamanında alamayan alacaklıyı koruyucu bir hüküm getirerek ona seçme imkânı tanımıştır. Kripto paralar sanal para kabul edilirse; alacağını zamanında alamayan alacaklıyı koruyarak seçim imkânı tanımak uygun olacaktır. Ancak, tekrar belirtmek gerekir ki ülkemizdeki düzenleme (ÖKVKDY m.3/2) dolayısıyla kripto paralar ile ödeme yapılamaz. Bu nedenle sayılan ihtimaller aksine bir düzenleme yapılmadıkça geçerli değildir.

Kripto paralar eşya olarak kabul edilmesi durumunda, dava konusunun değeri nasıl belirleneceği değerlendirilmelidir. Kripto paraların değerinde ani değişimler olduğu göz önünde bulundurulursa, kripto para platformlarındaki rayiç değerinin esas alınacağını söyleyip söylenemeyeceği konusunda doktrinde bir görüş bulunmamaktadır. Harçlar Kanunu m.16/3'e göre, "*Değer tayini mümkün olan hâllerde dava dilekçelerinde değer gösterilmesi mecburidir. Gösterilmemişse davacıya tespit ettirilir. Tespitten kaçınma hâlinde, dava dilekçesi muameleye konmaz.*". HMK m. 119/1-d'de de belirtildiği gibi dava konu-

<sup>112</sup> Bknz.: II, C, 3.Para Görüşü başlığı altında yapılan açıklamalar.

su, dava açılırken dilekçede yer alması gereken unsurlardandır. Kripto paraların eşya kabul edilmesi durumunda da piyasada değeri olan şey olarak kabul edilip rayiç bedelinin<sup>113</sup> dava konusunun değeri olarak gösterilmesi gerekir.

Kripto paraların kısmi davaya konu olup olamayacağı değerlendirilmelidir. HMK m.109' a göre, "*Talep konusunun niteliği itibarıyla bölünebilir olduğu durumlarda, sadece bir kısmı da dava yoluyla ileri sürülebilir.*". Kripto paralar, para kabul edilirse, para alacaklarının nitelikleri itibari ile bölünebilir olması nedeniyle kripto paraların kısmi davaya konu olabileceği kabul edilebilir. Kripto paraların eşya olduğu görüşü kabul edilirse, bölünüp bölünemeyeceği tartışılmalıdır. Eşyaların bölünmesi değerlerinde önemli bir azalma olmayan durumlarda söz konusudur. Kripto paralar, eşya kabul edilse de rayiç değeri olan eşyalar olacağından değerinde bir azalma olmadan bölünebilir. Bu nedenle kısmi davaya da konu olabilir.

Kripto paraların belirsiz alacak davasına konu olup olamayacağı değerlendirilmelidir. HMK m. 107/1'e göre, "*Davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği veya bunun imkânsız olduğu hâllerde, alacaklı, hukuki ilişkiyi ve asgari bir miktar ya da değeri belirtmek suretiyle belirsiz alacak davası açabilir.*". Fikrimizce, kripto paraların hukuki nitelendirmesi, eşya ya da para, fark etmeksizin borsadaki değeri veya rayiç bedeli belli olacağından; dava açıldığı anda değerinin tam ve kesin olarak belirlenmesinin mümkündür. Bu nedenle, kripto paralar belirsiz alacak davasına konu olamaz.

---

<sup>113</sup> Yukarıda açıklandığı üzere, sanal paralarda olduğu gibi, kanunun lafzı düşünüldüğünde rayiç bedelin belirlenmesinde TBK m. 99'daki seçenekleri kabul etmek uygun olmayacaktır. Ancak, kripto paraları yabancı para olarak kabul etmesek de kanunun amacı düşünüldüğünde alacaklının aynen ödenmesini, vade ya da fiili ödeme günündeki rayiç üzerinden ülke parası ile ödenmesini isteyebileceği kabul edilmelidir. Böylelikle, alacağını zamanında alamayan alacaklıyı koruyarak ona seçme imkânı tanımış olacaktır.

## B. Harca Esas Alınması ve Yargılama Giderleri

Kamu hizmetleri kural olarak parasızdır. Ancak yargılama ile ilgili olarak, tarafların belirli oranda yargılama giderlerine katılmaları öngörülmüştür. Bu kapsamda Harçlar Kanunu ile yargı harçları düzenlenmiştir.

Dava açılırken peşin olarak ödenmesi gereken maktu harca başvurma harcı denir<sup>114</sup>. Kripto paralar dava konusu olmaları durumunda, niteliklerine bakılmaksızın maktu başvurma harcına tabi olacaktır.

Davanın konusu belirli bir değere ilişkinse ve dava sonucunda hüküm verilmişse, uyuşmazlık konusu değer üzerinden belirlenecek nispi karar ve ilam harcı alınır<sup>115</sup>. Kripto paraların dava konusu olması durumunda hüküm verildiğinde karar ve ilam harcı alınacaktır. Kripto paralar para kabul edilirse; kripto paraların ülke parası olmadığı açıktır, yabancı ülke parası kabul edildiğinde yukarıda belirtildiği<sup>116</sup> gibi TBK m 99/3 uyarınca ödenmesi istenebilecektir. Ancak bu durumda da ülkemizdeki yasal düzenleme gereği henüz bu şekilde yapılacak ödeme kabul edilemez. Bu bakımdan dava konusunda gösterilen değer üzerinden karar ve ilam harcı hesaplanacaktır. Kripto paralar sanal para kabul edilirse, alacaklının alacağı aynen ödenmesini, vade ya da fiilî ödeme günündeki rayiç üzerinden ülke parası ile ödenmesini isteyebileceğini kabul etmek uygun olacaktır. Bu durumda karar ve ilam harcı alacaklı davacının dava konusunda seçerek göstereceği bedel üzerinden hesaplanacaktır.

Konusu paradan başka bir şey olan davalarda karar ve ilam harcı dava konusunun değeri üzerinden hesaplanacaktır (Harçlar K m.16, m.17). Kripto paralar eşya kabul edilirse, karar ve ilam harcı kripto paraların değeri üzerinden hesaplanacaktır. Bu durumda dava konu-

---

<sup>114</sup> Baki Kuru, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku*, Legal Yayınevi, 2016, s.812; Oğuz Atalay, *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku Cilt III*, 15.Baskı, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul 2017, s.2386.

<sup>115</sup> Kuru, s.812; Atalay, *Pekcanitez Usul*, s.2388.

<sup>116</sup> Benze.: II, C, 3. Para Görüşü.

sunun değeri olarak gösterilen miktar üzerinden karar ve ilam harcı ödenir.

Yargı harçları dışında kalan tarafların taleplerinin yerine getirilmesi, davanın görülmesi ve sonuçlanması için tarafların ödediği giderlere yargılama gideri denir<sup>117</sup>. Yargılama giderlerinin neler olduğu HMK m. 323'te belirtilmiştir. Bu nedenle; kripto paralarla ilgili evrak giderleri, bilirkişi giderleri, hukuki koruma tedbirleri gibi giderler yargılama gideri kapsamına girecektir. Bir davada kripto paraların delil olarak gösterilmek istenmesi durumunda, delil avansı yargılama gideri de gündeme gelebilecektir. Kripto para platformlarının aldıkları komisyon ücreti<sup>118</sup> diğer giderler kapsamında (HMK m.323/h) değerlendirilebilir. Kripto paraların bu platformlarda komisyon ücreti verilmeden satışı mümkün değildir. Bu yüzden komisyon ücreti bir yargılama gideri olarak diğer giderler kapsamında değerlendirilebilir. Örneğin, bir icra takibinde kripto varlığın platform aracılığıyla paraya çevrilmesi durumunda bu komisyon ücreti diğer gider kapsamına girecektir.

### **C. İspat Hukuku Bakımından Kripto Paralar**

İspat<sup>119</sup>, tarafların ileri sürdüğü iddiaların dayandığı vakıaların doğru ve gerçek olup olmadığına hakimi inandırma faaliyetidir<sup>120</sup>. Uyuşmazlık konusu olan çekişmeli vakıaların ispatı için kullanılan araçlara delil denir<sup>121</sup>.

<sup>117</sup> Kuru, s.814; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, s.679.

<sup>118</sup> Otuz günlük alış satış hacmi belirli miktarlar aralığında olan bir kullanıcı piyasa yapıcı emri veya piyasa alıcı emri için değişik oranlarda komisyon ücretleri belirlenmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz.: <https://www.coinkolik.com/turkiyedeki-kripto-para-borsalarinin-komisyon-ucretleri-ve-diger-ucretler/>, Erişim Tarihi: 03.04.2021.

<sup>119</sup> İspat ve ispat hukuku daha kapsamlı incelemeyi gerektirmektedir. Çalışmamızda sadece belirli hususlara değinilmiştir.

<sup>120</sup> Kuru, s.318; Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay ve Muhammet Özkes, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, 7.Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s.322; Bilge Umar ve Ejder Yılmaz, *İsbat Yükü*, 2.Bası, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1980, s.1/2; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, s.462; Budak ve Karaarslan, s.237; Tanrıver, s.741.

<sup>121</sup> Atalı, Ermenek ve Erdoğan, s.483; Kuru, s.318.



HMK m. 119'a göre; "Uyuşmazlık konusu vakıaları ispata elverişli yazılı veya basılı metin, senet, çizim, plan, kroki, fotoğraf, film, görüntü veya ses kaydı gibi veriler ile elektronik ortamdaki veriler ve bunlara benzer bilgi taşıyıcıları bu Kanuna göre belgedir.". Kripto paraların arkasındaki blockchain teknoloji vasıtasıyla elde edilecek veriler birer elektronik veridir. Bu nedenle kripto paralara ait blockchain verilerinin belge olduğunun kabulü gerekir<sup>122</sup>. Kesin delillerden belge ise düzenleyenin aleyhine delil olarak kullanılabilir ve düzenleyen tarafından imzalanmış yazılı belgedir<sup>123</sup>. Bilgili ve Cengil' e göre; özel anahtar ile atılan imzanın kime ait olduğu bilinmese de anahtar sahibi tarafından atıldığı bilindiğine göre bu imzanın güvenli elektronik imza yerini tutabileceği ve bu dijital verilerin senet olarak nitelendirilebileceği olması gereken hukuk bakımından savunulabilir<sup>124</sup>. Bu dijital imza hukuki olarak güvenli elektronik imza değildir<sup>125</sup>. Bu işlemin açık anahtar sahibi tarafından gerçekleştirildiği anlaşılabilir de açık anahtarın sahibinin tespiti her zaman mümkün olmayabilir<sup>126</sup>. Ancak, kripto paralara ilişkin bilgiler yazılı şekilde çıktı alınır ve altı imzalanırsa bu takdirde senet vasfını haiz olabilirler<sup>127</sup>.

Blockchain teknolojisindeki verilerin delil olarak kullanılabilirliği konusunda görüş birliği bulunmamaktadır. Doktrinde blockchain verilerinin ekran görüntülerinin çıktuları alınarak veya elektronik ortamda incelenerek ya da donanım cüzdanlar şeklinde ibraz edilerek delil olarak sunulabileceği belirtilmiştir<sup>128</sup>. Her ne kadar işlemler, bu işlemlerin ne zaman, hangi adreslerden yapıldığı bilinebilirse de yu-

---

<sup>122</sup> Fatih Bilgili ve Fatih Cengil, "Medeni Usul Hukukunda İspat Aracı Olarak Blockchain Teknolojisi", s.8 (İspat Aracı). ([https://www.academia.edu/40090748/MEDEN%C4%B0\\_USUL\\_HUKUKUNDA\\_%C4%B0SPAT\\_ARACI\\_OLARAK\\_BLOCKCHAIN\\_TEKNOLOJ%C4%B0S%C4%B0\\_Prof\\_Dr\\_iur\\_Fatih\\_B%C4%B0LG%C4%B0L%C4%B0\\_BLOCKCHAIN\\_TEKNOLOJY\\_AS\\_A\\_PROOF\\_IN\\_CIVIL\\_PROCEDURE\\_LAW?email\\_work\\_card=title\\_](https://www.academia.edu/40090748/MEDEN%C4%B0_USUL_HUKUKUNDA_%C4%B0SPAT_ARACI_OLARAK_BLOCKCHAIN_TEKNOLOJ%C4%B0S%C4%B0_Prof_Dr_iur_Fatih_B%C4%B0LG%C4%B0L%C4%B0_BLOCKCHAIN_TEKNOLOJY_AS_A_PROOF_IN_CIVIL_PROCEDURE_LAW?email_work_card=title_) Erişim Tarihi: 25.03.2021).

<sup>123</sup> Budak ve Karaarslan, s.262; Kuru, s.347; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, s.498.

<sup>124</sup> Bilgili ve Cengil, İspat Aracı, s.8/9.

<sup>125</sup> Bilgili ve Cengil, İspat Aracı, s.8.

<sup>126</sup> Bilgili ve Cengil, İspat Aracı, s.8/9.

<sup>127</sup> Bilgili ve Ceylan, İspat Aracı, s.8, dp.47.

<sup>128</sup> Bilgili ve Cengil, İspat Aracı, s.9/10.

karıda açıklandığı gibi tam anlamı ile kim tarafından yapıldığının tespiti mümkün olmamaktadır. Açıklanan sebepler nedeniyle blockchain verilerinin delil olarak değerlendirilmesinin mümkün olmadığı düşüncesindeyiz. HMK m.202/2 kapsamında blockchain verilerinin delil başlangıcı olarak değerlendirilebilir. Ayrıca kripto para platformlarının, doğru olup olmadığı kesin olmasa da kişilere ilişkin, kişinin kimliğine ilişkin bilgileri aktarması KVKK m.8 kapsamı dışındaysa mümkün değildir. Sekizinci maddedeki istisna hâller dışında kripto para platformlarından bilgi aktarımı yolu ile delil elde edilmesi mümkün olmayacaktır.

ÖKVKDY m.4/2'ye göre; “*Ödeme ve elektronik para kuruluşları, kripto varlıklara ilişkin alım satım, saklama, transfer veya ihraç hizmeti sunan platformlara veya bu platformlardan yapılacak fon aktarımlarına aracılık edemez.*”. Bu düzenlemeye göre sadece bankalar aracılığı ile (banka kartı ve kredi kartı kullanarak) kripto para alımı satımı yapılabilecektir. Ödeme kuruluşları (Western Union Turkey vb.) ve elektronik para kuruluşları (Papara, İyzi ve İninal vb.) ile kripto para alımı-satımı yapılamayacaktır<sup>129</sup>. İlgili düzenleme ile ödeme ve elektronik para kuruluşları üzerinden kripto para alımı satımı engellendi ve bankalar üzerinden işlemlerin yapılabileceği öngörülmüştür. Bu düzenleme temel olarak kara para aklama ve mal kaçırmanın önüne geçmek için getirilmiş gibi görünse de bankalar üzerinden yapılan işlemlerin takip edilebilir olması, ilerleyen zamanlarda ispat hukuku bakımından kolaylık sağlayacaktır. Bankadan alınacak verilerin delil olarak kullanılması mümkündür.

#### **D. Kanun Yollarına Başvuruda Parasal Sınır Bakımından Kripto Para**

20 Temmuz 2016 tarihinden sonra verilen kararlar için olağan kanun yolları istinaf ve temyizdir. İlk derece mahkemelerinde verilen malvarlığına ilişkin dava ve işlerde, nihai kararlardan parasal sınırın

---

<sup>129</sup> Ödeme ve elektronik para kuruluşları için bkz.: <https://www.tcmb.gov.tr/wps/wcm/connect/TR/TCMB+TR/Main+Menu/Temel+Faaliyetler/Odeme+Hizmetleri/>.

üzerindekiler için istinafa başvurulabilir<sup>130</sup>. Bölge adliye mahkemesinin verdiği nihai kararlardan<sup>131</sup> parasal sınırın üzerindeki malvarlığına ilişkin davalar için temyize başvurulabilir<sup>132</sup>. Kripto paralara ilişkin davalar malvarlığına ilişkin davalar olduklarından istinaf ve temyiz parasal sınırın üzerinde kalanları için kanun yoluna başvurulabilecektir.

#### **IV. CEBRİ İCRA YOLUYLA TAKİP BOYUTU BAKIMINDAN KRİPTO PARALAR**

##### **A. Kripto Paraların Hukuki Mahiyetine Göre Hacze Konu Olması**

###### **1. Kripto Paraların Haczedilmesi**

###### **a. Kripto Paraların İlamız ve İlamlı İcra Yoluyla Takibi**

Kripto paraları para kabul edersek, ilamsız icra yoluyla takip yapılabilecektir. İlamsız icra yoluyla takip yapılabilmesi için tarafların alacağı hangi para birimi üzerinden karşılaştırdığının önemi bulunmamaktadır<sup>133</sup>. Yabancı para alacaklarının takibinin yapılabilmesi için İİK m.58/1-3'e göre; *"...alacak veya teminat yabancı para ise alacağın hangi tarihteki kur üzerinden talep edildiği ve faizi..."* takip talebinde gösterilmelidir. Kripto paralar yabancı para kabul edilirse bahsi geçen maddeye dayanarak kur üzerindeki karşılığını belirterek ilamsız icra yoluyla takip yapmak mümkündür<sup>134</sup>. Ancak, biz kripto paraların yabancı para olduğu görüşüne katılmadığımızdan, ilamsız icra yoluyla takiplerinin mümkün olmadığını düşünmekteyiz. Kripto paraların giderek yaygınlaşması, değişim aracı olma özelliklerinin artması ve borsa karşılıklarının da bulunması nedeniyle değişim kuruna sahip

<sup>130</sup> 2021 yılı için istinaf sınırı HMK'ya göre 5.580 Türk lirası, İİK'na göre 13.740 Türk lirasıdır.

<sup>131</sup> İlk derece mahkemesinin bozma kararına uyması durumunda (HMK m. 373/1 ve 4) temyize gidilebilecektir.

<sup>132</sup> 2021 yılı için temyiz sınırı HMK'ya göre ve İİK'na göre 78.630 Türk lirasıdır.

<sup>133</sup> Yardımcı, s.106.

<sup>134</sup> Yardımcı, s.107; Bilgili ve Cengil, s.102.

olduğundan söz edebiliriz<sup>135</sup>. Bu nedenle, kripto paralar yabancı para kabul edilmeyip, diğer para türlerinden birini olduğu kabul edilse dahi ilamsız icra yoluyla takip gerçekleştirilebilecektir. Çünkü takip talebinde bulunurken, kripto paraların Türk lirası karşılığını belirlemek mümkündür. Bu belirleme yapılırsa ilamsız icra yolu ile takip yapılabilecektir. Borçlunun, borcunu ifa etmemesi üzerine, itiraz etmemesi veya itirazın, itirazın iptali davası veya itirazın kaldırılması yollarıyla bertaraf edilmesi ile takip kesinleştikten sonra haciz aşamasına geçilir.

Kambiyo senedine özgü haciz yolu ile takip yapılması için senedin kambiyo senedi vasfı taşıması gerekir. Kambiyo senetlerinde ülke parası veya yabancı para bedel olarak gösterilmelidir. Kripto paraları, ülke parası ya da yabancı para kabul etmek doğru olmaz. Bu nedenle, kripto paraların kambiyo senetlerine özgü haciz yolu ile takibi de söz konusu olmayacaktır<sup>136</sup>. Çünkü, bedel kısmına kripto para yazılması senedi kambiyo senedi olmaktan çıkaracaktır<sup>137</sup>. Yardımcı' ya göre; belirli bir kripto paranın transfer edileceğini öngören kambiyo senedi geçersiz görülmelidir<sup>138</sup>.

Kripto paraların taşınır eşya kabul edilmesi veya aynen ifasının talep edilmesi durumunda ilamlı icra yoluyla takip edilebilir. Bunun için öncelikle mahkemeye başvurulup ilam alınmış olması gerekir. Daha sonra ilamlı icraya başvurarak takip yapılmalıdır. Borçlu, kendisine gönderilen icra emrinden sonra borcunu ifa edebileceği gibi, ifa etmez ise haciz aşamasına geçilir.

## **b. Kripto Paraların Haczedilmesi**

Haciz, konusu para alacağı olan kesinleşmiş takipte alacaklının talebi ile borçlunun borcuna yetecek kadar malı ve hakkına cebri icra

---

<sup>135</sup> Bilgili ve Cengil, s.102; Bilgili ve Cengil, *Blockchain*, s.206.

<sup>136</sup> Yardımcı, s.108.

<sup>137</sup> Hasan Pulaşlı, *Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları*, 7.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s.118.

<sup>138</sup> Yardımcı, s.108.

yolu ile el konulmasıdır<sup>139</sup>. Kripto paraların değeri para ile ölçülebildiğinden haczedilebilecek malvarlığı değerleri arasındadır<sup>140</sup>. İİK 82 ve 83. maddelerinde haczi mümkün olmayan mal ve alacaklar belirtilmiştir. Kripto paralarla ilgili bu konuda bir düzenleme olmaması ve İİK m.82 ve 83'te sayılanlar arasında kripto paraların bulunmaması nedeniyle kripto paraların haczi mümkündür.

Soğuk cüzdanda saklanan kripto paraların varlığını tespit etmek hukuki açıdan zordur. Bir borçlunun cüzdanında kripto para bulunduğunu anlamanın yolu mal beyanıdır<sup>141</sup>. İİK m.74'e göre, "*Mal beyanı, borçlunun gerek kendisinde ve gerek üçüncü şahıslar yedinde bulunan mal ve alacak ve haklarında borcuna yetecek miktarın nevi ve mahiyet ve vasıflarını ve her türlü kazanç ve gelirlerini ve yaşayış tarzına göre geçim membalarını ve buna nazaran borcunu ne suretle ödeyebileceğini yazı ile veya şifahen icra dairesine bildirmesidir.*". İlgili hükme göre borçlu hem kendisinde hem de üçüncü kişide bulunan malvarlığını bildirmelidir. Bu durumda borçlu kendi cüzdanında ya da üçüncü bir kişide<sup>142</sup> bulunan kripto paraları mal beyanıyla bildirmelidir. Mal beyanında bulunmayan borçlu hakkında İİK m.76'ya göre tazyik hapsi uygulanabilir. Mal beyanında bulunup mal varlığında kripto para bulunduğunu bildirmeyen borçlunun daha sonra kripto varlığı bulunduğu öğrenilmesi hâlinde, hakkında İİK m.338'e göre işlem yapılması söz konusu olabilir.

---

<sup>139</sup> Murat Atalı ve İbrahim Ermenek, *İcra ve İflas Hukuku*, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2019, s.112; Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Meral Sungurtekin Özkan ve Muhammet Özokes, *İcra ve İflas Hukuku*, 6. Baskı, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s.153.

<sup>140</sup> Bilgili ve Cengil, s.103; Durmush, s.88; Özsoy, s.72-74.

<sup>141</sup> Yardımcı, s.115; Bilgili ve Cengil, s.104.

<sup>142</sup> Kripto para platformlarında tutulan kripto paralar üçüncü kişilerde bulunan mal varlığı olarak değerlendirilebilir. Nitekim bu platformlar tüzel kişiliğe sahiptir. Bunun dışında borçlu, başka gerçek kişilerde bulunan kripto paraların da kendisine ait olduğunu iddia ediyorsa mal beyanında bildirmelidir. Gerçek kişilerde bulunan bu kripto paraların borçluya ait olduğunun ispatı ise çok zordur. Çünkü kripto para platformları gizlilik esaslı çalışmaktadır ve hesaplar arası işlemleri görmek mümkün olsa da beyanlar dışında, bu hesapların kime ait olduğunu belirlemek mümkün değildir. Ancak, sadece banka kanalı ile kripto para alımı ve satımı yapılabileceğine ilişkin düzenleme ile kripto paraların takibi kolaylaşmıştır.

Ödeme emrine itiraz edilmemesi veya itirazın bertaraf edilmesi ile kesinleşen takibin devamı için alacaklının haciz talebinde bulunması gerekir (İİK m.78). Hacizde yetkili icra dairesi takibin yapıldığı yer icra dairesidir. Ancak haczedilecek mal icra dairesinin yetki alanı dışındaysa bu durumda haciz istinabe yolu ile gerçekleştirilir (İİK m.79/2). Kripto para, para veya eşya olarak kabul edilsin, sanal değerler olduğundan yetkili icra dairesini bu şekilde belirlemek mümkün olmayacaktır. Kripto paralar resmî bir sicilde tutulmadığı için İİK m.79/2 c.3' e göre kaydına işletilmek suretiyle haczi de mümkün değildir. Yasal bir düzenleme ile kripto para alacakları için bir icra dairesi yetkili kılınabilir. Fikrimizce, bu konuda yasal düzenleme bulunmadığından alacaklı genel kurallara göre icra dairesi aracılığıyla takip yapabilecektir.

Kripto paraların gizli anahtarlarının üçüncü kişilerce bilinmesi olası değildir. Kripto para cüzdanlarından sıcak cüzdan internete bağlıdır ve çevrimiçi saldırılara açıktır. Soğuk cüzdanlar ise internete bağlı olmadığından çevrimiçi saldırılara karşı daha güvenlidir. İİK m.80/3 gereğince borçlu kilitli yerleri açmaya mecburdur. İcra memuru kripto paraların sıcak cüzdanda bulunduğunu biliyorsa, borçludan gizli anahtarını girerek cüzdanını açmasını isteyebilir. Kripto paralar sıcak cüzdan tutulmuyor donanım şeklinde saklanıyorsa İİK m80/4 kapsamında kıymetli şey olarak değerlendirilip icra memuru tarafından bulunduğu yer zorla açtırılıp alınabilir.

İİK m.88/1'e göre icra dairesinin muhafaza etmesi gereken şeyler şu şekilde ifade edilmiştir; "*Haczolunan paraları, banknotları, hamiline ait senetleri, poliçeler ve sair cirosu kabil senetler ile altın, gümüş ve diğer kıymetli şeyleri icra dairesi muhafaza eder.*". Kripto paraları, İİK m.88/1 kapsamına giren kıymetli şeyler olarak değerlendirebiliriz<sup>143</sup>. Bu durumda, ilgili madde gereği kripto paraların haczi durumunda icra dairesinde muhafazası gerekecektir. Kripto paraların fiziki karşılığı bulunmadığından, icra dairelerinin muhafazayı nasıl gerçekleştireceği sorunu gündeme gelebilir. Borçlunun kripto para cüzdanında

---

<sup>143</sup> Yardımcı, s.119.

bulunan kripto paralar için icra dairelerine kripto paralar cüzdanı oluşturulup bu cüzdanda muhafaza edilmesi görüşü<sup>144</sup> kabul edilebilir<sup>145</sup>. Ancak bunun için yasal bir düzenlemenin mevcut olması gerektiği düşüncesindeyiz. Donanım cüzdanı şeklindeki kripto paralar ise; İİK m.88/2 c.1'e göre, masrafları alacaklıdan alınarak muhafaza altına alınabilir veya alacaklının muvafakati ile borçlu veya üçüncü kişi yanında bırakılabilir.

### **c. Kripto Paraların İhtiyati Haczi**

Alacaklının, alacağının zamanında ödenmesini garanti altına almak için mahkeme kararı ile borçlunun malvarlığına geçici olarak el konulmasına ihtiyati haciz denir<sup>146</sup>. İİK m.257/1'e göre, ihtiyati haciz talep edebilmek için alacağın rehinle temin edilmemiş ve vadesi gelmiş bir para borcu olması gerekir. İİK m.257/2'de vadesi gelmemiş para borçlarının hangi durumlarda ihtiyati haczinin mümkün olduğu düzenlenmiştir. Kripto paralar, para veya eşya kabul edilsin ihtiyati hacizleri mümkündür. Bilgili ve Cengil' e göre de kripto paraların giderek artan kullanımı ve paraya yaklaşması ve ihtiyati haczin amacı düşünüldüğünde, kripto paralara ihtiyati haczin uygulanması mümkündür<sup>147</sup>.

### **2. İİK m.89'un Kripto Paralara Uygulanabilirliği**

İİK m.89/1'e göre, borçlunun üçüncü kişideki alacağı, hamiline yazılı senet veya cirosu mümkün kıymetli evraka dayanıyorsa, taşınır-lara ilişkin hükümler uygulanmalıdır ve bu madde kapsamındaki muhafaza tedbirlerine başvurulamaz. Bu kapsam dışında kalan borçlunun üçüncü kişideki malvarlığı veya hakkı için İİK m. 89'a dayanarak haciz ihbarnamesi gönderilebilir.

Kripto paralara ilişkin ödemelerin banka kanalıyla yapılmasının zorunlu olması (ÖKVVDY m. 4/2) nedeniyle kripto para platformları-

<sup>144</sup> Yardımcı, s.120; Bilgili ve Cengil, s.104.

<sup>145</sup> Bu durumda ortaya çıkabilecek sakıncalı haller için bkz.: Durmush, s.100/101.

<sup>146</sup> Atalı ve Ermenek, s.239; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özekes, s.302.

<sup>147</sup> Bilgili ve Cengil, *Blockchain*, s.213.

na İİK m.89'a dayanarak yapılan haciz ihbarnamesi gönderilebilir. Borçlunun bir üçüncü kişide kripto para alacağını var olduğu beyanı haciz ihbarnamesi göndermek için yeterli olacaktır.

### **3. Kripto Paraların Paraya Çevrilmesi**

Hacizli mallar alacaklı satış talebinde bulunursa paraya çevrilir. Haczedilen malvarlığı para ise, paraya çevrilme söz konusu değildir<sup>148</sup>. Kripto paraların ülke parası kabul edilmesi durumunda paraya çevrilme aşaması söz konusu olmayacaktır. Kripto paralar yabancı para, sanal para veya elektronik para kabul edilirse bu durumda ülkenin resmi parası olmayacağından, ülkenin resmi parasına çevrilmesi söz konusu olacaktır. Bu durumda, belirlenen rayiç bedel üzerinden<sup>149</sup> Türk lirası karşılığının alınması ile paraya çevirme yapılabileceği gibi yasal olarak düzenlenir ise, icra daireleri kripto para borsalarında işlem yaparak paraya çevirebilir<sup>150</sup>. Kripto paraların taşınır eşya kabul edilmesi durumunda taşınırlara ilişkin paraya çevirme hükümleri uygulanmalıdır. Bilgili ve Cengil'e göre: *"...kripto paraların paraya çevrilmesi taşınır hükümlerinin (İİK m. 112 vd.) kıyasen uygulanmasıyla yapılabilir."*<sup>151</sup>. İİK m. 114'e göre; kural olarak, taşınırlar açık arttırma ile satılır. Bu durumda, taşınır kabul edilen kripto paralar açık arttırma yoluyla satılabilir<sup>152</sup>. İİK m.119'da sayılan hâllerde ise pazarlık yolu ile satış mümkün olabilir. Bilgili ve Cengil' e göre; *"Özellikle küçük miktartlı kripto paraların paraya çevrilmesinde bu yola başvurulabilir."*<sup>153</sup>. İİK m. 119/1-2'ye göre; borsa veya piyasa fiyatı bulunan şeylerin bu fiyatları teklif edilirse, pazarlık yolu ile satış mümkündür. Krip-

<sup>148</sup> Atalı ve Ermenek, s.150; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özkes, s.205.

<sup>149</sup> Kripto paranın değerindeki değişiklik, önceden kesin olarak belirlenemez. Nitekim paranın değer değişikliği dahi önceden kesin olarak tahmin edilemez. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bknz.: Albaş, s.29-32. Ancak, sözleşme ilişkisinde paranın değer değişimi için birtakım düzenlemeler yapılmıştır (TBK m.128 ve 130). Kripto paraya ilişkin yapılacak bir sözleşmeye dayanan dava ve takiplerde bu maddelerin uygulanabilirliği düşünülebilir. Sözleşmeye dayanmayan bir takip durumunda bu maddelerin uygulanması da mümkün gözükmemektedir.

<sup>150</sup> Durmush, s.101.

<sup>151</sup> Bilgili ve Cengil, s.105.

<sup>152</sup> Bilgili ve Cengil, *Blockchain*, s.212.

<sup>153</sup> Bilgili ve Cengil, s.105.



to paraların değerleri anlık olarak değişmekteyse de piyasa veya borsa fiyatlarının bulunduğu kabul edilebilir; bu durumda, fikrimizce kripto paraların pazarlık yolu ile satışı da mümkündür<sup>154</sup>.

### **B. Kripto Paraların İptal Davasına Konu Olması**

Takipten önce veya takip esnasında, borçlunun alacaklının alacağını ihlal edecek şekilde yaptığı tasarrufların iptali için başvuru yola tasarrufun iptali davası denir<sup>155</sup>. Tasarrufun iptali davası açabilmek için İİK m.277’de sayılan alacaklılardan olmak gerekmektedir. Ayrıca tasarrufun iptali davası İİK m.278’de düzenlenmiş olduğu şekilde mutat hediyeler dışındaki ivazsız tasarruflarda, İİK m.279’da düzenlenmiş olduğu şekilde aciz hâlinde yapılan tasarruflarda ve İİK m.280’de düzenlenmiş olduğu şekilde borçlunun alacaklıya zarar vermesi kastının bulunduğu hâllerde söz konusu olur. Tasarrufun iptali davasının kazanılması sonucunda mal üçüncü kişide kalmaya devam eder. Ancak, alacaklı malı haczettirip satma hakkına sahip olur (İİK m.283).

Kripto paraların kullandıkları blockchain teknolojisi ve anonim yapıları nedeniyle, her ne kadar işlemler kripto para platformlarından takip edilebilse de kimler tarafından gerçekleştirildikleri belirlenmemektedir. Borçlunun gerçekleştirdiği bir işlemle kripto paraları üçüncü kişiye aktarması durumunda alacaklının, borçlu beyan etmezse<sup>156</sup>, üçüncü kişiyi belirleme imkânı kalmamaktadır. Buna rağmen, her nasılsa iptal davasına konu olabilecek işlem tespit edilmişse; bu durumda alacaklı, diğer şartların da varlığı hâlinde, tasarrufun iptali davası açabilecektir.

---

<sup>154</sup> Bilgili ve Cengil, s.105

<sup>155</sup> Atalı ve Ermenek, s.246.

<sup>156</sup> Borçlunun üçüncü kişiyi beyan etmesi durumu sadece borçlunun üçüncü kişiden olan alacakları için söz konusu olabilecektir. Bu kapsamda İİK m. 89’un uygulanabilirliği için bkz.: IV/A-2.

## **V. SONUÇ**

Kripto paralar kriptoloji bilimi kullanılarak geliştirilmiştir. Kripto paraların temelinde blok zincir teknolojisi yatmaktadır. Bu teknoloji ile işlemler gizli şekilde gerçekleştirilir ve uçtan uca ulaşır. Veri madencileri ürettikleri blokları birbirine ekleyerek işlemi tamamlar ve onaylar. Yapılan işlemler herkes tarafından görülebilir, ancak bu işlemi kimin gerçekleştirildiği bilinemez. Blok zincir teknolojisinde güven duyulan üçüncü bir kurum bulunmadığından işlemler merkezi otoriteden bağımsızdır. Kripto paralar fiziki karşılığı olmayan sanal paralardır ve çoğunlukla sanal cüzdanlarda tutulurlar. Ancak, donanım cüzdanlarında tutulması da olasıdır. Bu cüzdanların gizli ve açık anahtarı vardır. Açık anahtar işlem yapmak için gereklidir. Gizli anahtar ise cüzdanın şifresidir.

Kripto paraların eşya olduğunu savunan görüşler bulunmakla birlikte fikrimizce maddi gerçekliği olmayan sanal şeylerin eşya olarak kabulü doğru değildir. Ancak, kripto paraların mülkiyet hakkının verdiği kullanma, yararlanma ve tasarruf yetkilerini verdiği şüphesizdir. Kripto paralar yatırım aracı olarak kullanılsalar da sürekli belirli bir meblağı temsil etmediklerinden, emtia olarak kabulü doğru olmayacaktır. Kripto paralar, sınırlı da olsa paranın değişim aracı olma, hesap birimi olma, saklama aracı olma fonksiyonlarına sahiptir. Kripto paraların merkezi olmama ve ülkenin resmi parası olmaması nedenleri ile yabancı para olduğunu kabulü doğru olmayacaktır. Elektronik paralar da fiziki paraların sanal hâli olduğundan kripto paraları elektronik para olarak adlandırmak doğru olmayacaktır. Fikrimizce, kripto paralar tıpkı sanal paralar gibi merkezi olmadıklarından, geliştiricileri tarafından kontrol edildiklerinden ve fiziki karşılıkları olmadıklarından, sanal para olduklarının kabulü daha doğru olacaktır. Ayrıca ÖKVKDY m.3/1'de kripto paralar tanımlanmıştır. Bu tanıma göre kripto para; itibari para, kaydi para, elektronik para, ödeme aracı, menkul kıymet veya diğer sermaye piyasası aracı olarak nitelendirilmeyen, dağıtık defter teknolojisi veya benzer bir teknoloji kullanılarak sanal olarak oluşturulup dijital ağlar üzerinden dağıtımı yapılan gayri maddi varlığı ifade eder. Bu tanımlamadan yola çıkarak kripto

paraların sanal para olduğu görüşünün daha kuvvetli olduğu düşüncesindeyiz.

Kripto paralar sanal para olduğundan dava konusu olacakları zaman görevli mahkeme HMK m.2'ye göre asliye hukuk mahkemesi olacaktır. Sanal para olan kripto paraların dava dilekçesinde dava konusunun değeri belirlenirken alacaklının aynen ödenmesini, vade ya da fiili ödeme günündeki rayiç üzerinden ülke parası ile ödenmesini isteyebileceği kabul edilmelidir. Kripto paraların sanal para olması nedeniyle niteliği bölünmesine müsait olduğu için kısmi davaya konu olması mümkündür. Kripto paraların borsa değeri olması sebebiyle dava zamanında dava değeri tam ve kesin olarak belirlenebilir. Bu nedenle de belirsiz alacak davasına konu olamayacaktır.

Kripto paralar dava konusu olduğunda dava açılırken ödenen maktu başvurma harcına tabi olacaktır. Kripto para dava konusu olduğunda bir ilam verilirse bu durumda nispi karar ve ilam harcına da tabi olacaktır.

Kripto paraların platformlar üzerinden takibinin mümkün olması nedeniyle ispat aracı olma özelliği zayıftır. Ancak, ÖKVKY m.4/2'deki düzenlemeye göre sadece bankalar aracılığı ile (banka kartı ve kredi kartı kullanarak) kripto para alımı satımı yapılabilecektir. Bu durumda banka kanalı ile kripto para edinildiğinin ispat edilme ihtimali oluşmaktadır.

Takip yapılırken kripto paraların Türk lirası karşılığı belirlenebilir. Bu nedenle kripto paraların yabancı para olduğu görüşünü kabul etmesek de sanal para olarak, Türk lirası karşılıkları gösterilerek ilamsız icra takibi mümkündür. Kripto paraların, haczedilemeyeceğine ilişkin bir düzenleme olmaması ve İİK m.82-83'te sayılanlar arasında yer almaması nedeniyle hacizleri mümkündür. Kıymetli şey olan kripto paralar borçlunun cüzdanında yer alıyorsa icra daireleri için oluşturulacak cüzdanlarda muhafaza edilebilir. Borçlunun üçüncü kişideki kripto paraları için borçlunun bir üçüncü kişide kripto para alacağının var olduğu beyanı, haciz ihbarnamesi göndermek için yeterli olacaktır. Bu beyan üzerine İİK m.89'a göre haciz ihbarnamesi

gönderilebilecektir. Kripto paralar sanal para olduğu için yasal düzenlemeler yapılarak icra dairleri tarafından kripto para platformlarında paraya çevirebilir.

## **KAYNAKÇA**

- Albaş, Hakan, *Paranın Değer Kaybından Doğan Zararın Tazmin Edilebilirliği*, Seçkin Yayıncılık, 2004.
- Alpago, Hasan, "Bitcoin'den Selfcoin'e Kripto Para", *Uluslararası Bilimsel Araştırmalar Dergisi*, 2018, C.3, S.2, s.411-428.
- Antalya, O. Gökhan ve Topuz Murat; *Eşya Hukuku Cilt IV/1*, 3.Baskı, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2019.
- Atalı, Murat ve Ermenek, İbrahim; *İcra ve İflas Hukuku*, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2019.
- Atalı, Murat, Ermenek İbrahim ve Erdoğan Ersin, *Medeni Usul Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.
- Bilgili, Fatih ve Cengil Fatih, "Bitcoin Özelinde Kripto Paraların Eşya Niteliği Sorunu", 2019. (Kripto Paraların Eşya Niteliği). ([https://www.academia.edu/40037816/BITCOIN\\_%C3%96ZEL% C4%BONDE\\_KR% C4%B0PTO\\_PARALARIN\\_E% C5%9EYA\\_N %C4%B0TEL% C4%B0% C4%9E% C4%B0\\_SORUNU\\_THE\\_QUESTION\\_OF\\_PROPERTY\\_QUALIFICATION\\_OF\\_CRYPTOCURRENCIES\\_SPECIFIC\\_TO\\_BITCOIN](https://www.academia.edu/40037816/BITCOIN_%C3%96ZEL% C4%BONDE_KR% C4%B0PTO_PARALARIN_E% C5%9EYA_N %C4%B0TEL% C4%B0% C4%9E% C4%B0_SORUNU_THE_QUESTION_OF_PROPERTY_QUALIFICATION_OF_CRYPTOCURRENCIES_SPECIFIC_TO_BITCOIN)])
- Bilgili, Fatih ve Cengil Fatih, "İcra ve İflas Hukuku Yönüyle Kripto Paralara İlişkin Bazı Meseleler", *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Haziran 2019, C.7, S.1, s.100.
- Bilgili, Fatih ve Cengil Fatih, *Blockchain ve Kripto Para Hukuku*, Dora Yayınları, 2019. (Blockchain).
- Bilgili, Fatih ve Cengil Fatih, "Medeni Usul Hukukunda İspat Aracı Olarak Blockchain Teknolojisi", (İspat Aracı). ([https://www.academia.edu/40090748/MEDEN% C4%B0\\_USU](https://www.academia.edu/40090748/MEDEN% C4%B0_USU))

L\_HUKUKUNDA\_%C4%B0SPAT\_ARACI\_OLARAK\_BLOCKCHAIN\_TKNO-  
LOJ\_%C4%B0S\_%C4%B0\_Prof\_Dr\_iur\_Fatih\_B\_%C4%B0LG\_%C4%B0L\_%C4%B0\_BLOCKCHAIN\_TECHNOLOGY\_AS\_A\_PROOF\_IN\_CIVIL\_PROCEDURE\_LAW?email\_work\_card=title)

Bozkurt Yüksel, Armağan Ebru, “Elektronik Para, Sanal Para, Bitcoin ve Linden Doları’na Hukuki Bir Bakış”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2015, C.73, S.2, s.173-220.

Budak, Ali Cem ve Karaarslan Varol, *Medeni Usul Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara 2020.

Çarkacıoğlu, Abdurrahman, “Kripto-Para Bitcoin”, *Sermaye Piyasası Kurulu Araştırma Dergisi*, 2016.

Dinler, Zeynel, *İktisat*, 6.Basım, Ekin Yayıncılık, Bursa 2014.

Dizkırırcı, Ahmet Selçuk ve Gököz Ahmet, “Kripto Para Birimleri ve Türkiye’de Bitcoin Muhasebesi”, *Journal Of Accounting, Finance and Auditing Studies*, 2018, C.4, S.2, s.92-105.

Durmush, Gulnara, “Kripto Para ve İcra Hukuku Yönünden Düşündükleri”, Marmara Üniversitesi SBE, İstanbul 2019 (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi).

Dülger, Murat Volkan, “Dijital Çağda Dijital Ödeme Aracı: Bitcoin ve Dijital Para”, *Hukuk ve Daha Fazlası Dergisi*, 2019, S.7, s.4-9.

Esener, Turhan ve Güven Kudret, *Eşya Hukuku*, 7.Baskı, yetkin Yayıncılık, Ankara 2017.

European Central Bank, *Virtual Currency Schemes*, 2012 (<https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/virtualcurrencyschemes201210en.pdf>).

Güçlütürk, Osman Gazi “Türk Hukukunda Kripto Varlıkların Para ve Elektronik Para Niteliğinin İncelenmesi”, *Regesta*, 2019, C.4, S.3, s.383-408.

Hiç, Mükerrerem, *Para Teorisi*, Ar Yayın Dağıtım, İstanbul 1982.

[https://acikders.tuba.gov.tr/pluginfile.php/4392/mod\\_resource/content/2/hafta01-para-%28s1%2C1%29.pdf](https://acikders.tuba.gov.tr/pluginfile.php/4392/mod_resource/content/2/hafta01-para-%28s1%2C1%29.pdf)

<https://coinatmradar.com/bitcoin-atm-near-me/>

[https://www.bddk.org.tr/ContentBddk/dokuman/duyuru\\_0512\\_01.pdf](https://www.bddk.org.tr/ContentBddk/dokuman/duyuru_0512_01.pdf)

<https://www.coinkolik.com/turkiyedeki-kripto-para-borsalarinin-komisyon-ucretleri-ve-diger-ucretler/>

<https://www.tcmb.gov.tr/wps/wcm/connect/TR/TCMB+TR/Main+Menu/Banknotlar/Banknotlarla+ilgili+Genel+Bilgiler/Para+Basma+Yetkisi>

<https://www.tcmb.gov.tr/wps/wcm/connect/TR/TCMB+TR/Main+Menu/Temel+Faaliyetler/Odeme+Hizmetleri/>

İçeloğlu, Cansu Şarkaya ve Öztürk Merve Büşra Engin, “Bitcoin ile Seçili Döviz Kurları Arasındaki İlişkinin Araştırılması: 2013-2017 Dönemi İçin Johansen Testi Ve Granger Nedensellik Testi”, *Maliye Ve Finans Yazıları*, 2018, C.1, S.109, s.51-70.

Kaplanhan, Fatih, “Kripto Paranın Türk Mevzuatı açısından Değerlendirilmesi ‘Bitcoin Örneği’ ”, *Vergi Sorunları Dergisi*, Şubat 2018, S.353, s.105-123.

Karaoğlu, Serhat, Arar Tayfun ve Bilgin Onur, “Türkiye’de Kripto Para Farkındalığı ve Kripto Para Kabul Eden İşletmelerin Motivasyonları”, *İşletme ve İktisat Çalışmaları Dergisi*, 2018, C.6, S.2, s.15-28.

Kayral, Güçlü, “Cumhuriyet Kağıt Paraları”, *Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası*, Ankara 2011.

Kuru, Baki, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku*, Legal Yayınevi, 2016.

- Nakamoto, Satoshi, "Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System" (<https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>).
- Nebil, Füsün Sarp, *Bitcoin Ve Kripto Paralar: Sistemi Yıkan Bir Araç Olabilecek Mi?*, Pusula Yayıncılık, İstanbul 2018.
- Oğuzman, M. Kemal, Seliçi Özer ve Oktay-Özdemir Saibe, *Eşya Hukuku*, Filiz Kitapevi, İstanbul 2015.
- Özdemir, Gençer, "Kripto Paraların Eşya Niteliği", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, C.11, S.1, s.289-306.
- Özsoy, İlker Mete, "Kripto Para Varlıklarının Cebrî İcra Yolu ile Haczi", Başkent Üniversitesi SBE, Ankara 2019, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi).
- Parasız, İlker, *Paranın Tanımı, İşlevleri, Fiyatı ve Ekonomideki Yeri*, 4.Bası, Ezgi Kitapevi, Bursa 2016.
- Paya, Merih, *Para Teorisi ve Para Politikası*, 6. Baskı, Türkmen Kitabevi, İstanbul 2013.
- Pekcanitez, Hakan, Atalay Oğuz ve Özkes Muhammet, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, 7.Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.
- Pekcanitez, Hakan, Özkes Muhammet, Akkan Mine ve Taş Korkmaz Hülya, *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku Cilt III*, 15.Baskı, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul 2017.
- Pekcanitez, Hakan, Atalay Oğuz, Sungurtekin Özkan Meral ve Özkes Muhammet, *İcra ve İflas Hukuku*, 6. Baskı, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- Pirinçi, Ayşe Esra, "Yeni Dünya Düzeninde Sanal Para Bitcoin'in Değerlendirilmesi", *International Journal of Economics Politics Humanities and Social Sciences*, Yaz 2018, C.1, S.1, s.45-52.
- Rotman, Sarah Catherine, "Bitcoin Versus Electronic Money (English)", *CGAP brief Washington, D.C. : World Bank Group*, 2014, s.1-4

(<https://documents.worldbank.org/en/publication/documents-reports/documentdetail/455961468152724527/bitcoin-versus-electronic-money>).

Pulaşlı, Hasan, *Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları*, 7.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.

Sönmez, Asuman, "Sanal Para Bitcoin", *The Turkish Online Journal of Design, Art and Communication*, 2014, C.4, S.3, s.1-14.

Şener, Oruç Hami, "Ecash Sisteminde Üretilen Elektronik Paranın (Nakdi) Para Kavramı Bakımından Değerlendirilmesi", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.9, Özel Sayı, 2007, s.455-490.

Tekin, Oğuz, "Lidya Krallığı'ndan Osmanlı İmparatorluğu'na Anadolu'da Sikke", *Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası*, Ankara 2011.

Tezçakın, Mehmet S., "Osmanlı Kağıt Paraları", *Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası*, Ankara 2011.

Turanboy, Asuman, "Kripto Paraların Ortaya Çıkmaları ve Hukuki Nitelikleri", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C.35, S.3, 2019, s.47-62.

Ülgen, Hüseyin, Helvacı Mehmet, Kaya Arslan ve Nomer Ertan N. Füsün, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 11.Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019

Üzer, Betül, "Sanal Para Birimleri", Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Ödeme Sistemleri Genel Müdürlüğü, Ankara 2017 (Yayınlanmamış Uzmanlık Yeterlilik Tezi).

Yano, Makoto, Chris Masuda Kenichi ve Kishimoto Yoshio, *Blockchain And Crypto Currency*, Springer, 2020.

Yardımcı, Taner Emre, "İcra Takibi Yoluyla Bitcoin Alacağıının İleri Sürülmesi ve Borçlunun Bitcoininin Haczedilmesi", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, C.23, S.3, s.97-128.



Yıldırım, Fatih, “Kripto Paralar, Blok Zinciri Teknolojisi ve Uluslararası İlişkilere Muhtemel Etkileri”, *Medeniyet Araştırmaları Dergisi*, 2018, C.2, S.4, s.81-97.

Yıldırım, Murat, “Blok Zincir Teknolojisi, Kripto Paralar ve Ülkelerin Kripto Paralara Yaklaşımları”, *Bartın Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 2019, C.10, s.20, s.265-277.

## **STRICT LIABILITY OF STATES FOR DEALING WITH TRANSBOUNDARY NUCLEAR DAMAGES**

*(Sınır Ötesi Nükleer Zararlarla Mücadelede  
Devletin Kusursuz Sorumluluğu)*

*Ahmet Sefa Dinleyici\**

### **Abstract**

It is undeniable that nuclear energy may cause very serious transboundary damages. In dealing with this problem, three different liability schemes have been put forward, namely state's strict liability, state responsibility and current regime in which operator is strict liability. Amongst them, operator's strict liability and some elements of state responsibility have been accepted in dealing with nuclear damages and states generally have absented themselves from strict liability discussions. But, after Fukushima, it is now very urgent that state's strict liability issue must be clarified given the fact that the current nuclear liability scheme is very deficient. As a result of deficiencies in current nuclear liability system, there may be some cases of uncompensated transboundary victims. Considering the urgent need of clarification of state's strict liability for transboundary nuclear da-

---

\* LLM International Energy Law and Policy, Hukuk Müşaviri, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı, E-posta: asafadinleyici@gmail.com, ORCID: 0000-0002-6538-4258

images, this article will try to answer if there is a firm ground for state's strict liability in international law and if so, how this concept could be incorporated into legal system. During the research, transnational environmental law, related cases and International Law Commission's works were used as main sources when analysing the legal status of state's strict liability. It can be briefly concluded that international law is not clear on the state's strict liability, but this ambiguity should not prevent states to create new mechanisms in which both current nuclear liability and state's strict liability elements are included.

**Keywords:** State's Strict Liability, Transboundary Damages, Nuclear Energy, State Responsibility, Strict Liability of Operator

## **Öz**

Nükleer enerjinin önemli derecede sınır aşan zararlara yol açabileceği kabul edilmektedir. Bu sorunla mücadelede devletin kusursuz sorumluluğu, devletin kusurlu sorumluluğu ve işletmecinin kusursuz sorumlu olduğu mevcut sorumluluk rejimi olmak üzere üç farklı sorumluluk sistemi ortaya konulmuştur. Bunların içinden ise işletmecinin kusursuz sorumluluğu ile devletin kusurlu sorumluluğunun bazı unsurları nükleer zararlarda sorumluluk konusunda kabul görmüş olsa da devletler devletin kusursuz sorumluluğu tartışmalarına çekince ile yaklaşmışlardır. Ancak Fukuşima sonrası, mevcut sorumluluk sisteminin eksikliği dikkate alınarak, devletin kusursuz sorumluluğu konusunun netleştirilmesi hususu âciliyet kazanmıştır. Zira mevcut sorumluluk sistemindeki eksiklikler dolayısıyla zaman zaman bazı sınır aşan nükleer zarar hallerinde tazmin edilememe durumları oluşabilmektedir. Bu hallerde kusursuz devlet sorumluluğuna olan ihtiyacı dikkate alarak makalede uluslararası hukuk çerçevesinde devletin kusursuz sorumluluğuna yer olup olmadığı ve eğer varsa bu sorumluluğun hukuk sistemine nasıl dâhil edilebileceği analiz edilecektir. Kusursuz devlet sorumluluğunun hukuki durumu analiz edilirken uluslararası çevre hukuku, emsal olaylar ve Uluslararası Hukuk Ko-

misyonu'nun çalışmalarından faydalanılmıştır. Sonuç olarak ise uluslararası hukukun devletin kusursuz sorumluluğu sistemi konusunda net olmadığı görülmektedir ancak bu belirsizlik devletleri mevcut sorumluluk rejimi ile devletin kusursuz sorumluluğu sistemlerini bir arada içeren yeni mekanizmalar oluşturmaktan uzak tutmamalıdır.

**Anahtar Kelimeler:** Devletin Kusursuz Sorumluluğu, Sınır Aşan Zararlar, Nükleer Enerji, Devletin Kusurlu Sorumluluğu, İşletmecinin Kusursuz Sorumluluğu

## 1. Introduction

Nuclear energy, as an ultra-hazardous activity, has been at the centre of the discussions of transboundary damage problem from the beginning of international environmental law. It is widely accepted that nuclear power plant in one country may cause very serious damages in other countries.<sup>1</sup> The core issue is to find the liable person for that significant damage. For dealing with this liability problem, three different liability schemes have been put forward, namely state responsibility, state's strict liability and strict liability of operator.<sup>2</sup> According to the state responsibility concept, state is held responsible if breaches its international obligations, for example if state does not fulfil its notification obligation in nuclear emergency, it will make state responsible.<sup>3</sup> But for the 'state's strict liability', the only condition is the occurring of damage regardless of any breach of international

---

<sup>1</sup> Norbert Pelzer, 'Nuclear Accidents: Models for Reparation' in Jonathan L. Black-Branch and Dieter Fleck (eds), *Nuclear Non-Proliferation in International Law - Volume III* (T.M.C. Asser Press the Hague 2016) 355.

<sup>2</sup> S. M. M. Zeidan, *State Responsibility and Liability for Environmental Damage Caused by Nuclear Accidents* (Tilburg University, 2012) 505.

<sup>3</sup> Fazil Jamal, 'Responsibility and Liability for Transboundary Environmental Harm: A Legal Analysis' (2014) 2(7) *Journal of International Academic Research for Multidisciplinary*, 60 <<https://www.jiarm.com/Aug2014/paper14232.pdf>> accessed 30.05.2020

obligation.<sup>4</sup> In other words, state's strict liability is a type of risk liability in which state will be held liable for merely allowing that kind of ultra-hazardous activity in its territory.<sup>5</sup> The third liability scheme is operator's strict liability in which private person (generally nuclear power plant operator) would be liable according to international liability treaties signed by states.<sup>6</sup>

For dealing with nuclear damages, operator's strict liability system was accepted as a best alternative and has been in force to date. In this liability regime, operator of nuclear power plant is strictly liable for transboundary damages. However, after Chernobyl nuclear disaster which had caused significant transboundary damages, it has been understood that this liability regime is not well-equipped for dealing with such huge calamities.<sup>7</sup> For this, in order to solve the shortcomings of liability regime, state responsibility concept was proposed and accordingly different international environmental law obligations regarding nuclear energy were incorporated into different treaties.<sup>8</sup> For example, early notification of nuclear damage incorporated into Convention of 1986 on Early Notification of a Nuclear Accident.<sup>9</sup> With all these obligations, states accepted to be held liable if they breach their obligations.

While state responsibility elements were added next to operator's strict liability, it is undeniable that most of the nuclear damages were not related to the breach of any international environmental law

---

<sup>4</sup> Zeidan (n 2) 499.

<sup>5</sup> Zeidan (n 2) 499.

<sup>6</sup> Meher Nigar, 'Revisiting the International Civil Liability Regimes for Transboundary Pollution by Nuclear, Oil and Hazardous Waste' (2018) 26 Sri Lanka J Int'l L 53, 54.

<sup>7</sup> Norbert Pelzer, 'Main Features of the Revised International Regime Governing Nuclear Liability – Progress and Standstill' in Nuclear Energy Agency, *International Nuclear Law: History, Evolution and Outlook* (OECD 2010) 365.

<sup>8</sup> Gabor Kecskes, 'The Concepts of State Responsibility and Liability in Nuclear Law' (2008) 49 Acta Jur Hng 221, 229.

<sup>9</sup> Convention of 1986 on Early Notification of a Nuclear Accident, 18 November 1986, INFCIRC/335 <https://www.iaea.org/sites/default/files/infcirc335.pdf>, accessed 5.06.2021.

obligation.<sup>10</sup> In other words, even though states fulfilled their obligations, nuclear power plants are still very prone to cause transboundary damages due to its highly risky nature. It, therefore, brought state's strict liability issue to the discussion table, especially after Chernobyl. It was argued that states must be liable and compensate transboundary damages according to state's strict liability concept even if that state were not party to any nuclear liability treaty or operator's fund became insufficient to compensate all damages.<sup>11</sup> Because, at that time, Soviet Union was not party to any civil liability treaty and even if it were, liability amounts of then treaties would be insufficient for compensation. However, important nuclear states rejected any state's strict liability concept.<sup>12</sup> Rather, current liability regime was confirmed and improved only for some aspects. Within these improvements, as a second tier after operator's fund became insufficient, limited state compensation fund was accepted instead of accepting any unlimited state liability<sup>13</sup>. States explicitly asserted that these state compensation funds, or public funds were not related with state's strict liability, instead, they were merely tools of 'state solidarity'.<sup>14</sup>

All the improvements as to nuclear liability regime and new added elements of state responsibility through different international treaties explicitly proved in Fukushima disaster that even this improved liability regime cannot still cope with such huge transboundary damages<sup>15</sup>. Fortunately, there was not significant transboundary environmental damage in Fukushima, but it is understood that liability amounts for damages only within Japan were not even comparable

---

<sup>10</sup> Kecskes, (n 8) 227.

<sup>11</sup> Tom Vanden Borre, 'Shifts in Governance in Compensation for Nuclear Damage, 20 Years after Chernobyl' in Michael Faure and Albert Verheij (eds), *Shifts in Compensation for Environmental Damage* (Springer Verlag-Wien 2007) 282.

<sup>12</sup> Marianna Novotna and Peter Varga, 'International and Supranational Aspects of Nuclear Liability' (2017) 15 *Teises Apzvalga L Rev* 38, 52.

<sup>13</sup> Koray Güven, *Karşılaştırmalı Hukukta Nükleer Zararlardan Doğan Hukuki Sorumluluk* (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2017) 49.

<sup>14</sup> Borre (n 11) 295.

<sup>15</sup> Güven (n 13) 110-111.

with liability amounts provided in liability treaties.<sup>16</sup> However, as there was not any transboundary environmental damage issue in Fukushima, state' strict liability discussion has not been discussed as much as happened after Chernobyl. Nonetheless, the problem at stake is so serious that anyone can disregard. While any state may compensate their victim citizens, there is not any clarity as to transboundary damages.<sup>17</sup>

Taking all these into consideration, this article will try to answer two questions. First one is to verify if state' strict liability exists by analysing treaties, case law, customary law, and International Law Commission (ILC) Draft Principles. If so, then it will be further discussed what could be the role of state' strict liability in dealing with transboundary nuclear damages problem. Before doing that, current nuclear liability regime and its deficiencies will be assessed in order to demonstrate the urgency of clarification for the state' strict liability. This article will be concluded with saying very briefly that international law is not clear-cut at this issue, and this hesitate states to bring their claims based on state's strict liability, obliging them to content with deficient nuclear liability regime. However, states should keep pursuing as they did after Chernobyl to design a new mechanism which would include both operator's strict liability and state's strict liability elements in it.

## **2. Nuclear Liability Regime**

### **2.1. Background**

For nuclear energy, states decided to hold nuclear power plant operators liable via concluding international treaties.<sup>18</sup> Then, they

---

<sup>16</sup> Jeremy Suttenger, 'Who Pays: The Consequences of State versus Operator Liability within the Context of Transboundary Environmental Nuclear Damage' (2016) 24 NYU Envtl LJ 201, 213.

<sup>17</sup> Suttenger (n 16) 215.

<sup>18</sup> Ağah Kürşat Karauz, 'Nükleer Santral İşletenin Hukuki Sorumluluğu' (2011) 1(1) Nevşehir Barosu Dergisi, 15.

incorporated the terms of treaties into their national laws.<sup>19</sup> The idea of this liability regime can be traced back to late 1950's when nuclear industry was burgeoning.<sup>20</sup> At that time, the need of new liability regime appeared so as to both encourage nuclear industry and ensure adequate compensation in case of any damage.<sup>21</sup> It was explicit that new developing nuclear sector needed special liability regime rather than depending on ordinary tort law based on fault.<sup>22</sup> The need of special liability regime for nuclear had several reasons. First, nuclear damages may appear decades later after an accident and time-limits in tort laws does not allow that much period.<sup>23</sup> Secondly, as nuclear process is too complex, proving any fault of operator according to tort law rules in nuclear accident could be very burdensome for claimants.<sup>24</sup> In addition, the scale of possible nuclear damage is so high that rules of tort law, which could hold liable anyone involved who made a mistake instead of holding solely operator of plant liable as in civil liability system, may discourage any party from getting involved in nuclear process.<sup>25</sup> For all above reasons, new special civil liability regime was established instead of adhering to fault-based tort law.

The first international treaty of nuclear liability regime was the 1960 Paris Convention on Third Party Liability in the Field of Nuclear Energy.<sup>26</sup> With this convention, states adopted the basic principles of

---

<sup>19</sup> Güven (n 13) 55-62.

<sup>20</sup> Nuclear Energy Agency, *Liability and Compensation for Nuclear Damage: An International Overview* (OECD, 1994) 15.

<sup>21</sup> Nuclear Energy Agency Secretariat, 'Progress towards a global nuclear liability regime' (2014) 93(1) *Nuclear Law Bulletin* 9, 9.

<sup>22</sup> Pelzer, 'Nuclear Accidents: Models for Reparation' (n 1) 357.

<sup>23</sup> Güven (n 13) 134.

<sup>24</sup> International Atomic Energy Agency, *The 1997 Vienna Convention on Civil Liability for Nuclear Damage and the 1997 Convention on Supplementary Compensation for Nuclear Damage — Explanatory Texts, International Law Series No. 3* (IAEA 2017) 5.

<sup>25</sup> International Atomic Energy Agency (n 24) 5.

<sup>26</sup> Convention on Third Party Liability in the Field of Nuclear Energy, July 29, 1960, 956 U.N.T.S. 263, [https://www.oecd-nea.org/jcms/pl\\_31788/paris-convention-full-text](https://www.oecd-nea.org/jcms/pl_31788/paris-convention-full-text) accessed 22.03.2021 [hereinafter 1960 Paris



nuclear law. These principles consisted of strict liability of operator but limited in terms of time and amount, legal channelling of all liability claims to operator, insurance or financial security obligation of operator in order to cover its liability amounts and lastly the exclusive jurisdiction of state courts where nuclear incident occurred.<sup>27</sup> In order to increase compensation amount, most of the Paris Convention states adopted the Brussels Convention Supplementary to the Paris Convention in which they required new funds from both installation state and convention states.<sup>28</sup> As the Paris Convention was mainly signed by Western Europe countries, there was also need of more international nuclear civil liability treaty which brought the Vienna Convention on Civil Liability for Nuclear Damage in 1963.<sup>29</sup> This convention adopted nearly similar principles of Paris Convention.

The special nuclear liability regime had helped nuclear industry to thrive until Chernobyl happened. After Chernobyl, it came out that the special liability regime was unsatisfactory.<sup>30</sup> Because, the liability regime was not offering any solution to nuclear damages occurred in the territory of non-signatory parties. For instance, then special nuclear liability regime did nothing as to transboundary nuclear damages as Soviet Union was not party to any nuclear liability conventions.<sup>31</sup> More striking reality was that even if Soviet Union were party to any nuclear liability conventions, liability amounts of operator would be incomparable to actual transboundary damage.<sup>32</sup> In order to make up

---

Convention]. (Paris Convention was amended in 1964, 1982 and 2004, 2004 protocol is not in force yet)

<sup>27</sup> IAEA (n 24) 5.

<sup>28</sup> Convention of 31 January 1963 Supplementary to the Paris Convention of 29 July 1960 (Brussels Supplementary Convention), OECD/LEGAL/0053,  
<https://legalinstruments.oecd.org/public/doc/197/197.en.pdf>, accessed  
22.03.2021

<sup>29</sup> Nuclear Energy Agency Secretariat (n 21) 10.

<sup>30</sup> Nuclear Energy Agency (n 20) 12.

<sup>31</sup> Pelzer, 'Nuclear Accidents: Models for Reparation' (n 1) 390.

<sup>32</sup> Ayşe Aslıhan Erbaşı Çuhadar, 'Uluslararası Nükleer Sorumluluk Rejimi Çerçevesinde Sivil Amaçlı Nükleer Santral İşletenin Hukuki Sorumluluğu' (2015) Özel Sayı Cilt 1 İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 371.

the shortcomings of nuclear liability system, state's strict liability was offered.<sup>33</sup> But this offer was rejected, and states only agreed on to improve and revise current special nuclear liability system in some aspects.<sup>34</sup> To this end, 'Protocol to Amend the Vienna Convention',<sup>35</sup> 'The 1997 Convention on Supplementary Compensation for Nuclear Damage'<sup>36</sup> and '2004 Protocol to amend the Paris Convention'<sup>37</sup> were adopted.

The revisions of nuclear liability system made very important changes. While the definition of nuclear damage had narrowly defined in former conventions, it was altered to cover also environmental damages and losses in these revised protocols.<sup>38</sup> The extension of damage heads was very important because most of transboundary damages are related to environment in nuclear accidents. The second most notable improvement was related to the territorial scope of liability system which had only been covering the territories of signatory states in the past. However, with the new amendments, damages wherever occurred became be compensable.<sup>39</sup> For example, damages may now be compensated even if damages occurred in a state which is not party to any nuclear liability convention. The last but not least,

---

<sup>33</sup> IAEA (n 24) 17.

<sup>34</sup> Jon M. Van Dyke, 'Liability and Compensation for Harm Caused by Nuclear Activities' (2008) 35(1) *DENV. J. INT'L L. & POL'Y* 13, 30

<sup>35</sup> Protocol to Amend the 1963 Vienna Convention on Civil Liability for Nuclear Damage, 12 September 1997, United Nations, Treaty Series, vol. 1063, I-16197, <https://www.iaea.org/sites/default/files/infcirc566.pdf>, accessed 22.03.2021.

<sup>36</sup> The 1997 Convention on Supplementary Compensation for Nuclear Damage, 22 July 1998 INFCIRC/567, <https://www.iaea.org/sites/default/files/infcirc567.pdf>, 4.06.2021 accessed

<sup>37</sup> Protocol to Amend the Paris Convention on Nuclear Third Party Liability (2004 Protocol to the PC) (Not yet in force) [https://www.oecd-nea.org/jcms/pl\\_20361/2004-protocol-to-amend-the-paris-convention](https://www.oecd-nea.org/jcms/pl_20361/2004-protocol-to-amend-the-paris-convention), accessed 4.06.2021

<sup>38</sup> *Protocol to Amend the 1963 Vienna Convention on Civil Liability for Nuclear Damage, 12 September 1997*, United Nations, Treaty Series, vol. 1063, I-16197, <https://www.iaea.org/sites/default/files/infcirc566.pdf> accessed 22.03.2021 (hereafter 1997 Vienna Convention) art.2

<sup>39</sup> Vienna Convention art. 1a

with the revision, states became able to introduce unlimited liability for operators for nuclear damages.<sup>40</sup>

When looking at all improvements, it is undeniable that current nuclear liability system is now highly predictable and offers easy access to victims compared to former regime. It cannot be even compared to ordinary tort law procedures in dealing with such huge nuclear damages. Besides, repeated argument of insufficient liability amounts has now been highly increased, and states now commit themselves to provide public funds in case operator's fund becomes insufficient. While these advancements in nuclear liability system are very positive, this special liability regime still has many drawbacks and more importantly, some drawbacks of this liability regime are related with the very nature of regime and thus cannot be solved by any improvements.

## **2.2. The Deficiencies of Nuclear Civil Liability Regime**

The most apparent deficiency of current nuclear liability regime is not having enough state participation to nuclear liability conventions.<sup>41</sup> Various nuclear states still abstain from adhering to any nuclear liability convention. This scarce participation keeps other non-nuclear states away from adhering to nuclear liability regime. The improvements as to extension of territorial scope of nuclear liability regime could not solve this less participation problem because according to nuclear liability conventions states still have discretion regarding the application of nuclear liability regime to damages occurred in

---

<sup>40</sup> Vienna Convention has always allowed to introduce unlimited liability for operators; see: Convention on Third Party Liability in the Field of Nuclear Energy of 29 July 1960, as amended by the Additional Protocol of 28 January 1964, by the Protocol of 16 November 1982 and by the Protocol of 12 February 2004, NEA/NLC/DOC (2017)5/FINA art.10.

<sup>41</sup> Louise De La Fayette, 'Towards a New Regime of State Responsibility for Nuclear Activities' (1992) 50 Nuclear Law Bulletin 7, 11.

non-contracting states.<sup>42</sup> Due to this discretion, a state, where incident occurred, may not compensate damages occurred in other state which does not provide reciprocal rights.

Another very significant deficiency of nuclear liability system is to have limited liability amounts.<sup>43</sup> Apart from a handful countries, which introduced unlimited liability of operator, most countries are applying limited liability.<sup>44</sup> It must be admitted that limited liability of operator has been grounded on several logical explanations. One is the 'congruence principle' which obliges states to adjust liability amount of operator according to current insurance capacity.<sup>45</sup> In other words, liability amounts of operator cannot be changed unless insurance capacity changed, in that, locking operators' liability into insurance sector's capacity. Another reason of setting limited liability amount was to encourage nuclear development at the beginning.<sup>46</sup> While that low limited liability of power plant operator adjustment helped to a great extent the burgeoning nuclear industry, this limited liability now seems very insufficient and inappropriate to deal with such huge possible nuclear damages. Looking at the estimates of possible nuclear damage in any nuclear incident, it is very clearly seen that liability amounts would not be sufficient.<sup>47</sup> Even though it could

---

<sup>42</sup> Norbert Pelzer, 'Learning the Hard Way: Did the Lessons Taught by the Chernobyl Nuclear Accident Contribute to Improving Nuclear Law?' in NEA and IAEA, *International Nuclear Law in the Post-Chernobyl Period* (OECD 2006) 103.

<sup>43</sup> Güven (n 13) 134.

<sup>44</sup> Pelzer, 'Main Features of the Revised International Regime Governing Nuclear Liability – Progress and Standstill' (n7) 367.

<sup>45</sup> Pelzer, 'Main Features of the Revised International Regime Governing Nuclear Liability – Progress and Standstill' (n7) 368.

<sup>46</sup> Pelzer, 'Main Features of the Revised International Regime Governing Nuclear Liability – Progress and Standstill' (n7) 368.

<sup>47</sup> Michael G. Faure and Tom Vanden Borre, 'Compensating Nuclear Damage: A Comparative Economic Analysis of the U.S. and International Liability Schemes' (2008) 33 *William & Mary Environmental Law and Policy Review* 219, 267.

be accepted for supporting the developing industry at the outset, these low liability amounts are now nothing but explicit subsidy to nuclear industry. , There is no logical explanation of any special treatment for nuclear industry as it is now highly developed. The argument of International Atomic Energy Agency (IAEA) which asserts that setting unlimited liability might be ruinous for nuclear sector cannot be accepted because otherwise it would become ruinous for victims.<sup>48</sup>

Due to those problems regarding the limited liability of nuclear power plant operators, unlimited liability for operator is now fiercely supported.<sup>49</sup> But some still argue that unlimited liability is false assertion as there would always be some upper limits which could be covered by operator. In addition, insurance would not be available to cover that unlimited liability, thus, making unlimited liability is a deception.<sup>50</sup> However, these should not prevent states from setting unlimited liability for operators. Because, even if there were not any available insurance to cover that unlimited liability, state can insure the operator against a determined fee as a second tier after private insures insured the operator as much as they could.<sup>51</sup>

The other group of deficiencies are more procedural, in other words they are originated from the very nature of the special liability system. First one is the concern of neutrality of national courts.<sup>52</sup> As the one single court where nuclear incident occurred would look at all liability claims, be it internal damages or transboundary damages,

---

<sup>48</sup> Duncan E.J. Currie, 'The Problems and Gaps in the Nuclear Liability Conventions and an Analysis of How an Actual Claim Would Be Brought Under the Current Existing Treaty Regime in the Event of a Nuclear Accident' (2008) 35(1) DENV. J. INT'L L. & POL'Y 85, 91.

<sup>49</sup> Nigar (n 6) 75.

<sup>50</sup> Pelzer, 'Main Features of the Revised International Regime Governing Nuclear Liability – Progress and Standstill' (n7) 368.

<sup>51</sup> Necip Kağan Kocaoğlu, 'Nükleer Tesis İşletenin Hukuki Sorumluluğu: Karşılaştırmalı ve Uluslararası Özel Hukuk Analizi' (2010) 68(2) Ankara Barosu Dergisi, 38.

<sup>52</sup> Nigar (n 6) 59.

transboundary victims may naturally be concerned with neutrality. This issue is more heightened with the introduction of more competence to national courts, in that, national courts now have very extensive discretion as to defining some damage heads.<sup>53</sup> It cannot be denied that these extensive competencies would cause lack of harmonisation between contracting states.

Having analysed all deficiencies of nuclear liability regime, it is important to admit that even most radical changes within this liability system cannot fix the problem of possible uncompensated transboundary damage on its own. Therefore, state' strict liability must be clarified and then should be used in cases of nuclear incidents.

### **3. Strict Liability of State**

#### **3.1. What is the Strict Liability of State?**

State's strict liability is not well-developed concept. The emergence of this term is very related to transboundary environmental damages resulting from the lawful activities of states. In other words, there may be some situations where transboundary damages occur even though source state has not done anything wrong. Its main difference from state responsibility is, thus, being not related to the lawfulness of the concerning activity. While state responsibility can only be invoked if state breaches its international law obligations, even if there were not any damage, state's strict liability appears only in case of damage.<sup>54</sup> The state's strict liability is therefore more about risk liability, making state liable as it allowed that hazardous activity within its territory.<sup>55</sup> Therefore, as opposed to state responsibility, state cannot evade its strict liability by doing due diligence. In particu-

---

<sup>53</sup> Anthony Adisiana, 'Different Compensation Systems Under Nuclear Liability Conventions' (2010-2011) 14 CEPLMP Car Review, University of Dundee, 7 <<https://uod.app.box.com/s/d22jtwgdytm9jdb8d6i3s2woec0yp9rp>> accessed 30.05.2020

<sup>54</sup> Kecskes (n 8) 233.

<sup>55</sup> Zeidan (n 2) 506.

lar, state's strict liability is essential instead of state responsibility system for transboundary nuclear damages. Because unlike other energy sources, nuclear incidents are not strictly related to the breaching of obligations.<sup>56</sup>

The importance of state's strict liability cannot be overstated. In case of nuclear catastrophe which is likely to cause significant transboundary damages, any operator in the world and any public fund determined in nuclear liability conventions would not be able to compensate all damages. At that case, states would most likely compensate damages only within their territory, but it is not as much clear that same state would compensate damages occurred outside.<sup>57</sup> Similarly, in case of nuclear incidents resulting from war or armed conflicts, operator will be exonerated according to nuclear liability regimes, and, thus, states would possibly intervene to compensate their nationals. However, it is again not that much clear as to transboundary damages. Therefore, strict liability of state must be established to make sure that any victim, be it national or not, would not be uncompensated.

### **3.2. The Current Situation of State's Strict Liability in International Law**

There is not any international treaty which accepts strict liability of states for transboundary nuclear damages.<sup>58</sup> The only international convention accepts state's strict liability is the 1972 Space Objects Liability Convention which makes the launching state strictly liable for damages caused by its space objects. For example, Cosmos 954 case was handled under this convention in which Soviet Union was held liable for transboundary damages caused by its space objects regardless of its fault.<sup>59</sup> For now, as there is no other treaty which adopts

---

<sup>56</sup> Kecskes (n 8) 227.

<sup>57</sup> Suttenger (n 16) 215-217.

<sup>58</sup> Suttenger (n 16) 223.

<sup>59</sup> Suttenger (n 16) 237.

strict liability of state, one must look at if customary law and case law provide firm ground for state's strict liability.

In customary law, the most prominent rule regarding state liability is so called 'no harm rule'. According to this rule, risky activities in one state must not have transboundary damages in another state.<sup>60</sup> The first case related to this rule was the famous Trail Smelter case<sup>61</sup> in which Canada was held liable for transboundary damages caused by private smelter in its territory.<sup>62</sup> After this case, no harm rule was further applied by International Court of Justice (ICJ) in Corfu Channel case.<sup>63</sup> The no harm rule then was reiterated in 'Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment' (Stockholm Declaration) Principle 21 and 'Rio Declaration on Environment and Development' (Rio Declaration) Principle 2.<sup>64</sup> In 1996, ICJ confirmed that the no harm rule has become customary law in its 'Advisory Opinion on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons'.<sup>65</sup>

Even though no harm rule is now accepted as a customary law, no harm rule and its applications in case law were only related to state responsibility, not in any way related to state's strict liability.<sup>66</sup>

---

<sup>60</sup> Pelzer, 'Main Features of the Revised International Regime Governing Nuclear Liability – Progress and Standstill' (n7) 376.

<sup>61</sup> Trail Smelter (U.S. v. Can.), 3 R.I.A.A. 1905 (1938 & 1941), [https://legal.un.org/riaa/cases/vol\\_III/1905-1982.pdf](https://legal.un.org/riaa/cases/vol_III/1905-1982.pdf), accessed 22.03.2021.

<sup>62</sup> Pelzer, 'Main Features of the Revised International Regime Governing Nuclear Liability – Progress and Standstill' (n7) 376.

<sup>63</sup> Suttner (n 16) 228-229; Corfu Channel (U.K. v. Alb.), Judgment, 1949 I.C.J. 4, 22 (April 9), <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/1/001-19480325-JUD-01-00-EN.pdf>, accessed 22.03.2021

<sup>64</sup> Suttner (n 16) 233.

<sup>65</sup> Ved P. Nanda, 'International Environmental Laws Applicable to Nuclear Activities with Particular Focus on Decisions of International Tribunals and International Settlements' (2008) 35(1) DENV. J. INT'L L. & POL'Y 47, 54.

<sup>66</sup> Alan E. Boyle, 'Nuclear Energy and International Law: An Environmental Perspective' (1989) 60(1) British Yearbook of International Law 257, 288.



In that, states were held liable according to no harm rule in above mentioned cases because they breached their international law obligations as in the case of Trail Smelter where Canada had not fulfilled its control obligation of the operation of private smelter. As state responsibility and state's strict liability was not explicitly distinguished clearly at that time, those cases are still open to different interpretations.

Beyond above mentioned different interpretations as to the relationship between no harm rule and state's strict liability, there remain more problems as to applicability of strict liability in various situations. Most importantly, it is not certain if state would be liable for acts of private operators or nor is it certain if liability of state would be limited in time or amount<sup>67</sup>. Regarding the acts of private operators, in Trail Smelter case, Canada was held liable for private smelter operator. This can be used as a supporting evidence for state's strict liability as to nuclear damages caused by private nuclear power plant operators. However, as there is no more clear evidence which explicitly holds state strictly liable for private operators acts regardless of fulfilling its obligations, it cannot be surely stated that state would always be liable for private acts.

Another customary law principle which supports, at least theoretically, the state' strict liability could be 'polluter pays' principle. This principle, according to Rio Declaration, ensures that polluter internalises its cost of pollution.<sup>68</sup> To date, this principle has only been used for holding private operators liable for its pollution. However, as a

---

<sup>67</sup> Dinah L. Shelton and Alex Kiss, 'Strict Liability in International Environmental Law' in Tafsir Malick Ndiaye and Rüdiger Wolfrum (eds), *LAW OF THE SEA, ENVIRONMENTAL LAW AND SETTLEMENT OF DISPUTES: LIBER AMICORUM JUDGE THOMAS A. MENSAH* (Brill Academic Publishers, 2007) 1140.

<sup>68</sup> The United Nations Conference on Environment and Development, Rio Declaration on Environment and Development 1992, [https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A\\_CONF.151\\_26\\_Vol.I\\_Declaration.pdf](https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_CONF.151_26_Vol.I_Declaration.pdf), accessed 22.03.2021, principle 16.

natural extension of the polluter pays principle, state should also be liable together with private operator because states are ultimate beneficiary of such activities. Therefore, it would be against the polluter pays principle if the only liable person were the private operator of nuclear power plant.

After having analysed treaties, case law and customary law for determining if there is any support for state's strict liability for transboundary nuclear damages, one should also look at the ILC Draft principles. ILC first worked on state responsibility and defined what would be the consequences for the breach of international law obligations in its 'Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts'<sup>69</sup> in 2001. After having worked on state responsibility, the Commission then also published 'Draft principles on the allocation of loss in the case of transboundary harm arising out of hazardous activities'<sup>70</sup> in 2006. The latter draft principles determine who will bear the cost in case transboundary damage occurs even if state has fulfilled its international obligations which is at the heart of the state's strict liability discussions. In the Draft principles of 2006, the principle of strict liability of nuclear operator was reaffirmed. According to principles, only duty of states is to ensure adequate compensation available for victims in case of transboundary damage.<sup>71</sup> While the principles require states to hold private operators strictly liable, strict liability of state is not envisaged even in case the funds of operators become insufficient.

After all, it could be inferred that international law does not provide a firm ground for state's strict liability. While it would be better off for victims if there were clearly defined state's strict liability con-

---

<sup>69</sup> International Law Commission, Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries 2001, [https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9\\_6\\_2001.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf), accessed 3.06.2021

<sup>70</sup> International Law Commission (ILC), Draft principles on the allocation of loss in the case of transboundary harm arising out of hazardous activities, with commentaries, Yearbook of the International Law Commission, 2006, vol. II.

<sup>71</sup> ILC, Draft Principles (n 70) Part Two, principle 4.

cept, there is unfortunately only too little grounds for it. Therefore, it is still very difficult and unpredictable to bring inter-state claims in case of transboundary damages originated from lawful activities of states by using state's strict liability as a basis. It is, thus, not surprising to see that strict liability of operator will be much more used in cases of transboundary nuclear damages as it provides easy access and predictable results even if compensation is too limited to cover all damages.

### **3.3. What Is the Future of Strict Liability of State?**

There is no obstacle before developing state's strict liability for transboundary nuclear damages. As it is explicitly stated, current special nuclear liability regime has never prevented state's strict liability.<sup>72</sup> Nuclear liability conventions clearly laid down that compensation claims according to conventions do not abrogate the public law rights. In addition to that, it cannot also be asserted that international law forbids introducing strict liability of state While international law is not clear-cut on state's strict liability and one may find that there is little evidence supporting it in treaties or in case law or in customary law, it cannot be concluded that international law is fully against state's strict liability.

The thing which needs to be done as soon as possible is to develop a new system which will include both strict liability of operator and strict liability of state elements in it even if there might be some states which could object the introducing of state's strict liability. This was indeed the target of some states after Chernobyl but ILC's then uncompleted working on Draft Principles was used as an excuse to not further develop strict liability of states.<sup>73</sup> However, the situation is now allowing to develop and proceed the strict liability. ILC Draft

---

<sup>72</sup> Article XVIII of 1997 Vienna Convention

<sup>73</sup> Nuclear Energy Agency (n 20) 99.

principles and other international environmental law principles are now clearer than 1980's.<sup>74</sup>

To sum up the needed reforms in nuclear liability regime, in this ideal system, strict liability of operator would be unlimited, in other words operator of nuclear power plant will no longer receive special treatment. For this, operator will first try to take an insurance from private sector and then for the rest, state will insure its operator against a fee, which can be called 'indemnity fee'.<sup>75</sup> If all assets of the operator are still insufficient to compensate damages, then state will have to compensate all transboundary nuclear damages, be it damages of its nationals or foreigners without any limitation in time or amount. In this new liability regime, all claims will be submitted to an ad hoc international tribunal. This ad hoc tribunal will look at both liability claims against operator and claims against state originated from state's strict liability. Thanks to this international tribunal, neutrality concerns of transboundary victims will also be alleviated.

#### **4. Conclusion**

Nuclear accidents have showed that damages will not be confined within nation borders. Accordingly, states have been dealing with the problem of how to compensate those transboundary damages and who will bear that liability. In doing so, special nuclear liability regime was first developed in which operator of power plant was held strictly liable. This liability system with its deficiencies was perceived as a best way to deal with nuclear damages. While the benefits of this liability system are undeniable, it was seen that this system could not cope with transboundary nuclear damage problem on its own. Therefore, state's strict liability became an issue to be urgently established. However, the only thing which done was the revising and improving the nuclear liability system in some aspects like increasing the state funds or expansion of damage heads. But with Fukushima, it became so clear that anyone can now disregard the urgent need for the clarifi-

---

<sup>74</sup> Suttentberg (n 16) 254.

<sup>75</sup> Kocaoğlu (n 51) 6.

cation of state's strict liability. Because it is widely acknowledged that one state will compensate its citizens at the end even if operator does not so, but there is no certainty as to transboundary damages. Seeing that urgency, all attention directed to investigate international law whether it provides clear basis for strict liability of liability.

It is seen that international law is not preventing to develop state's strict liability and there is no obstacle before basing compensation claims on it. But equally, it must also be said that international law does not give clear example as to how state's strict liability would be applied appropriately. There is no treaty or sufficient case law or customary law as to state's strict liability for transboundary nuclear damages. As a result of this unclear situation in international law, strict liability of state has not been preferred instead of current nuclear liability regime to date.

But this unclear situation of international law should not discourage anyone to develop new liability system considering the urgency of transboundary nuclear damage problem. To this end, a system which includes the elements of current nuclear liability regime and state's strict liability would be the best way to compensate transboundary damages. It is clear that this new system will balance and complement the shortcomings of current system. when current liability regime cannot cope with transboundary damages. Accordingly, transboundary nuclear damages will be no longer serious threat for victims. Because it must be understood that unless there is any clarified state's strict liability concept, nuclear energy will remain as a concern for transboundary damages.

## **REFERENCES**

Adisianya A, 'Different Compensation Systems Under Nuclear Liability Conventions' (2010-2011) 14 CEPLMP Car Review, University of Dundee.

- Borre V T, 'Shifts in Governance in Compensation for Nuclear Damage, 20 Years after Chernobyl' in Michael Faure and Albert Verheij (eds), *Shifts in Compensation for Environmental Damage* (Springer Verlag-Wien 2007).
- Boyle E A, 'Nuclear Energy and International Law: An Environmental Perspective' (1989) 60(1) *British Yearbook of International Law* 257.
- Currie J E D, 'The Problems and Gaps in the Nuclear Liability Conventions and an Analysis of How an Actual Claim Would Be Brought Under the Current Existing Treaty Regime in the Event of a Nuclear Accident' (2008) 35(1) *DENV. J. INT'L L. & POL'Y* 85.
- Çuhadar E A A, 'Uluslararası Nükleer Sorumluluk Rejimi Çerçevesinde Sivil Amaçlı Nükleer Santral İşletenin Hukuki Sorumluluğu' (2015) *Özel Sayı Cilt 1 İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*.
- Dyke V M J, 'Liability and Compensation for Harm Caused by Nuclear Activities' (2008) 35(1) *DENV. J. INT'L L. & POL'Y* 13.
- Faure G M and Borre V T, 'Compensating Nuclear Damage: a Comparative Economic Analysis of the U.S. and International Liability Schemes' (2008) 33 *William & Mary Environmental Law and Policy Review* 219.
- Fayette L D L, 'Towards a New Regime of State Responsibility for Nuclear Activities' (1992) 50 *Nuclear Law Bulletin* 7.
- Güven K, *Karşılaştırmalı Hukukta Nükleer Zararlardan Doğan Hukuki Sorumluluk* (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2017)
- Handl G, 'Towards a Global System of Compensation for Transboundary Nuclear Damage: Reflexions on the Interrelationship of Civil and International State Liability' in OECD and IAEA, *Nuclear Accidents: Liabilities and Guarantees Proceedings of the Helsinki Symposium 31 August - 3 September 1992* (OECD 1993).
- International Atomic Energy Agency, *The 1997 Vienna Convention on Civil Liability for Nuclear Damage and the 1997 Convention on*

*Supplementary Compensation for Nuclear Damage — Explanatory Texts, International Law Series No. 3 (IAEA 2017).*

- International Law Commission, 'Draft principles on the allocation of loss in the case of transboundary harm arising out of hazardous activities, with commentaries' (2006) Vol II Yearbook of the International Law Commission
- Jamal F, 'Responsibility and Liability for Transboundary Environmental Harm: A Legal Analysis' (2014) 2(7) Journal of International Academic Research for Multidisciplinary.
- Karauz K A, 'Nükleer Santral İşletenin Hukuki Sorumluluğu' (2011) 1(1) Nevşehir Barosu Dergisi
- Kecskes G, 'The Concepts of State Responsibility and Liability in Nuclear Law' (2008) 49 Acta Jur Hng 221.
- Kocaoğlu K N, 'Nükleer Tesis İşletenin Hukuki Sorumluluğu: Karşılaştırmalı ve Uluslararası Özel Hukuk Analizi' (2010) 68(2) Ankara Barosu Dergisi
- Nanda P V, 'International Environmental Laws Applicable to Nuclear Activities with Particular Focus on Decisions of International Tribunals and International Settlements' (2008) 35(1) DENV. J. INT'L L. & POL'Y 47.
- Nigar M, 'Revisiting the International Civil Liability Regimes for Transboundary Pollution by Nuclear, Oil and Hazardous Waste' (2018) 26 Sri Lanka J Int'l L 53.
- Novotna M and Varga P, 'International and Supranational Aspects of Nuclear Liability' (2017) 15 Teises Apzvalga L Rev 38.
- Nuclear Energy Agency, *Liability and Compensation for Nuclear Damage: An International Overview* (OECD, 1994).
- Nuclear Energy Agency Secretariat, 'Progress towards a global nuclear liability regime' (2014) 93(1) Nuclear Law Bulletin 9.
- Pelzer N, 'Learning the Hard Way: Did the Lessons Taught by the Chernobyl Nuclear Accident Contribute to Improving Nuclear Law?' in NEA and IAEA, *International Nuclear Law in the Post-Chernobyl Period* (OECD 2006).

— 'Main Features of the Revised International Regime Governing Nuclear Liability - Progress and Standstill' in Nuclear Energy Agency, *International Nuclear Law: History, Evolution and Outlook* (OECD 2010).

— 'Nuclear Accidents: Models for Reparation' in Jonathan L. Black-Branch and Dieter Fleck (eds), *Nuclear Non-Proliferation in International Law - Volume III* (T.M.C. Asser Press The Hague 2016).

Shelton L D and Kiss A, 'Strict Liability in International Environmental Law' in Tafsir Malick Ndiaye and Rüdiger Wolfrum (eds), *LAW OF THE SEA, ENVIRONMENTAL LAW AND SETTLEMENT OF DISPUTES: LIBER AMICORUM JUDGE THOMAS A. MENSAH* (Brill Academic Publishers, 2007)

Suttenberg J, 'Who Pays: The Consequences of State versus Operator Liability within the Context of Transboundary Environmental Nuclear Damage' (2016) 24 NYU Env'tl LJ 201.

The United Nations Conference on Environment and Development, Rio Declaration on Environment and Development 1992.

Zeidan M. M. S, *State Responsibility and Liability for Environmental Damage Caused by Nuclear Accidents* (Tilburg University, 2012).

Corfu Channel (U.K. v. Alb.), Judgment, 1949 I.C.J. 4, 22 (April 9), <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/1/001-19480325-JUD-01-00-EN.pdf>, accessed 22.03.2021.

Trail Smelter (U.S. v. Can.), 3 R.I.A.A. 1905 (1938 & 1941), <https://legal.un.org/riaa/cases/vol III/1905-1982.pdf>, accessed 22.03.2021.

Convention on Third Party Liability in the Field of Nuclear Energy, July 29, 1960, 956 U.N.T.S. 263, <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201041/volume-1041-I-13706-English.pdf>, accessed 22.03.2021.

Convention of 31 January 1963 Supplementary to the Paris Convention of 29 July 1960 (Brussels Supplementary Convention), OECD/LEGAL/0053, <https://www.oecd->



[nea.org/jcms/pl\\_20318/brussels-supplementary-convention-to-the-paris-convention-brussels-supplementary-convention-or-bsc#:~:text=The%201963%20Convention%20Supplementary%20to,funds%20proved%20to%20be%20insufficient,](https://www.oecd-nea.org/jcms/pl_20318/brussels-supplementary-convention-to-the-paris-convention-brussels-supplementary-convention-or-bsc#:~:text=The%201963%20Convention%20Supplementary%20to,funds%20proved%20to%20be%20insufficient,) accessed 22.03.2021.

Convention on Third Party Liability in the Field of Nuclear Energy of 29 July 1960, as amended by the Additional Protocol of 28 January 1964, by the Protocol of 16 November 1982 and by the Protocol of 12 February 2004, NEA/NLC/DOC (2017)5/FINA, [https://www.oecd-nea.org/jcms/pl\\_31788/paris-convention-full-text](https://www.oecd-nea.org/jcms/pl_31788/paris-convention-full-text), accessed 22.03.2021.

Protocol to Amend the 1963 Vienna Convention on Civil Liability for Nuclear Damage, 12 September 1997, United Nations, Treaty Series, vol. 1063, I-16197, <https://www.iaea.org/sites/default/files/infcirc566.pdf>, accessed 22.03.2021.

The 1997 Convention on Supplementary Compensation for Nuclear Damage, 22 July 1998 INFCIRC/567, <https://www.iaea.org/sites/default/files/infcirc567.pdf>, 4.06.2021 accessed

Protocol to Amend the Paris Convention on Nuclear Third-Party Liability (2004 Protocol to the PC) (Not yet in force) [https://www.oecd-nea.org/jcms/pl\\_20361/2004-protocol-to-amend-the-paris-convention](https://www.oecd-nea.org/jcms/pl_20361/2004-protocol-to-amend-the-paris-convention), accessed 4.06.2021

***Kamu Hukuku /  
Public Law***

---



## **ULUSLARARASI HUKUK ÇERÇEVESİNDE İNSANLIĞIN ORTAK MİRASI OLARAK ANTARKTİKA**

*Antarctica as a Common Heritage of Humanity*

*Within the Framework of International Law*

**Dr. Öğr. Üyesi Abdülkadir AKIL\***

### **ÖZET**

Antarktika uluslararası hukukta tüm insanlığa ait bir kıta olarak kabul edilmektedir. Buna rağmen bir kısım ülkelerin bu kıta üzerinde egemenlik iddiaları tartışmaları beraberinde getirmiştir. On dokuzuncu yüzyılın başından itibaren 1950'li yıllara kadar **Arjantin, Avustralya, Fransa, Şili, Norveç, İngiltere ve Yeni Zelanda** kıta üzerinde hak iddia etmişlerdir. Hiçbirinin kıta üzerinde vatandaşı yaşamamaktadır. Bu hak iddiaları coğrafi yakınlık ve keşif faaliyetlerine dayanmaktadır. 1959 yılında bu yedi devlet arasında **Antarktika Antlaşması** imzalanmıştır. Bu antlaşma, kıtanın silahsız hale getirilmesi, bilimsel çalışmaların desteklenmesi ve muhafazası doğrultusunda genişleyerek elliyi aşkın ülkenin dâhil olduğu **Antarktika Antlaşmalar** Sistemine dönüşmüştür. Antarktika Antlaşmalar Sistemi bugün elli dört ülkenin katılımıyla küresel bir boyuta ulaşmıştır. Fakat bu ülkelerden sadece yirmi dokuz tanesi kıta üzerinde bilimsel araştırma yapabilecek ekonomik güce sahip olmaları itibariyle karar mekaniz-

---

\* İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi, aka-kil@ticaret.edu.tr; abdulcadirakil@yahoo.com, Orcid ID: 0000-0002-6556-8006

ması olan Antarktika Antlaşması Danışma Tarafları arasındadır. Bu durum ise Antarktika'nın uluslararası ortak miras kavramına ters bir durumdur. Bu çalışmamızın amacı da bu durumun analiz edilmesidir. **Ayrıca** Biz bu çalışmamızda tüm insanlığın ortak mirası kabul edilen Antarktika'nın uluslararası hukukta konumunu bu antlaşmalar sistemi çerçevesinde incelemeye çalışacağız.

**Anahtar Kelimeler:** Uluslararası Hukuk, Antarktika, Ortak Miras, Egemenlik

### **ABSTRACT**

Antarctica is recognized as a continent belonging to all humanity in international law. Despite this, the claims of sovereignty of some countries on this continent have brought debates. From the beginning of the nineteenth century until the 1950s, Argentina, Australia, France, Chile, Norway, England and New Zealand have claimed the continent. None of them has a citizen on the continent. These claims are based on geographic proximity and exploration activities. The Antarctic Treaty was signed between these seven states in 1959. This treaty expanded in line with the disarmament of the continent, the support and preservation of scientific studies, and turned into the Antarctic Treaty System, which included more than fifty countries. The Antarctic Treaty System has reached a global dimension with the participation of fifty-four countries today. However, only twenty-nine of these countries are among the Consultative Parties of the Antarctic Treaty, which is the decision mechanism, as they have the economic power to conduct scientific research on the continent. This situation is contrary to the concept of international common heritage of Antarctica. The aim of this study is to analyze this situation. In addition in this study, we will try to examine the position of Antarctica, which is accepted as the common heritage of all humanity, in international law within the framework of the Antarctic Treaty System.

**Keywords:** International Law, Antarctica, Common Heritage of Mankind, Sovereignty.

## **GİRİŞ**

Antarktika iklim şartlarının oldukça sert olması nedeniyle insan yaşamının neredeyse imkânsız olduğu bir kıtadır. Buna rağmen üzerinde kendi milliyetinden insanlar yaşaması bile coğrafi yakınlık ve bilimsel araştırmalar bahanesiyle bir kısım ülkeler kıta üzerinde egemenlik iddiasında bulunmuşlardır. Bu kapsamda İngiltere, Norveç, Yeni Zelanda, Fransa, Şili, Avustralya ve Arjantin gibi ülkeler kendi iddialarına meşruluk kazandırmak amacıyla 1959 yılında **Antarktika Antlaşmasını** imzalamışlardır. Her ne kadar egemenlik sorunu netlik kazanmasa da siyaset dışı bazı ilkelere mutabık kalınabilmiştir. Bunları; kıtanın silahlardan ve güç çekişmelerinden arındırılması, bilimsel çalışmaların desteklenmesi ve bazı sivil lojistik imkânların geliştirilmesi olarak özetlemek mümkündür. Daha sonra bu antlaşma kıtanın ihtiyaçları doğrultusunda genişletilmiş ve **Antarktika Antlaşmalar Sistemi** olarak anılmaya başlanmıştır.

Antarktika Antlaşmalar Sistemi bugün elli dört ülkenin katılımıyla küresel bir boyuta ulaşmıştır. Fakat bu ülkelerden sadece yirmi dokuz tanesi kıta üzerinde bilimsel araştırma yapabilecek ekonomik güce sahip olmaları itibariyle karar mekanizması olan **Antarktika Antlaşması Danışma Tarafları** arasındadır. Bu durum ise Antarktika'nın uluslararası ortak miras kavramına ters bir durumdur. Bu çalışmamızın amacı da bu durumun analiz edilmesidir. Bu kapsamda öncelikle "**insanlığın ortak mirası**" kavramı açıklanmaya çalışılmıştır. Bu kavram; aynı zamanda ay, uzay cisimleri, okyanus dipleri gibi çok geniş bir yelpazeyi kapsamaktadır. Daha sonra da ortak miras kavramı Antarktika bağlamında ele alınmıştır. Bu noktada Antarktika Antlaşmalar Sistemi üzerinde daha fazla yoğunlaşma zarureti de hâsıl olmuştur. Zira bu sistem sürekli gelişen ve genişleyen bir yapıdadır.

Konu ile ilgili kapsamlı bir araştırma yapılarak yazılı akademik eserler ve tezler taranmıştır. Bu konuda ulusal bazda sınırlı sayıda çalışma olduğunu söylemek mümkündür. Uluslararası literatür açısından ise elden geldiğince yazılı kaynaklara erişilmeye çalışılmıştır. Bu noktada Antarktika'nın insanlığın ortak mirası olarak korunabil-

mesi için bir takım öneriler getirilmesi itibariyle çalışmanın özgün olduğu düşünülmektedir. Antarktika'nın korunması ve doğal kaynaklarının tüm insanlığın yararına kullanılması önem arz etmektedir. Bunun için de ulusal çıkarılardan ziyade insanlığın ortak çıkarını hedefleyen uluslararası işbirliği öne çıkarılmalıdır. Bunun sağlanması için de uluslararası bir sisteme ihtiyaç bulunduğu şüphe götürmez bir gerçektir.

### 1. Ortak Miras Tanımının Kapsamı ve Gelişimi

Ortak bir miras, geçmişten mevcut nesle aktarılan, yaşadığımız çağda halen var olan ve gelecek nesle aktarılması gereken kültürel ve bir doğal miras bütünüdür<sup>1</sup>. Çağımızda bütün ülkeler tarihi, kültürel ve doğal varlıklarını gelecek nesillere aktarabilme, bunları muhafaza edebilme ve uluslararası platformlarda tanıtabilmek için büyük çabalar harcamaktadırlar<sup>2</sup>. Gelecek kuşaklara karşı sorumluluk bunu gerektirir. Zira insanlık soyu eğer devam ederse ve hâlihazırda yaşayanların faaliyetleri gelecek kuşağın rahat ve refahını etkileyecek ise ancak o zaman gelecek nesle karşı bir sorumluluktan bahsedilebilir. Bu kapsamda gelecekte yaşayacak insanlığın zararına olan davranışlardan kaçınmak insanlığın ortak mirasını korumak zaruret arz etmektedir<sup>3</sup>.

Ortak miras kavramı dünya mirası kavramı ile özdeştir. Bu çerçevede kıtasal ve bölgesel anlamda doğal ve kültürel değerleri ortak miras kavramına dâhil etmek mümkündür<sup>4</sup>. İki dünya savaşının insanlığın doğal ve kültürel varlıklarına karşı korkunç etkilerinden sonra bu konuda uluslararası alanda farkındalık oluşmaya ve somut

<sup>1</sup> Torcu, Deniz, UNESCO Türkiye Milli Komisyonu 4. Türksöy Üye Devletleri UNESCO Milli Komisyonları Toplantısı, 2. Kültürel ve Doğal Miras Semineri. Birleşmiş Milletler Eğitim, Bilim ve Kültür Kurumu, UNESCO Türkiye Milli Komisyonu, 2013, s. 2.

<sup>2</sup> Akpınar, Erdal. (2007) "Türkiye'nin Dünya Mirası Listesi'ndeki Yeri ve Yeni Bir Aday Önerisi. Erzincan Eğitim Fakültesi Dergisi, 9(1), 2007, s. 82.

<sup>3</sup> Ünder, Hasan, Çevre Felsefesi, Ankara, Doruk Yayınları, 1996, s. 137.

<sup>4</sup> Kiper, Perihan, Küreselleşme Sürecinde Kentlerin Tarihsel-Kültürel Değerinin Korunması-Türkiye-Bodrum Örneği, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2004, s.118.

adımlar atılması yönünde çabalar sarf edilmeye başlanmıştır<sup>5</sup>. İlk defa 1907 yılında **Lahey Antlaşmasında** insanlığın kültürel mirasının korunması düzenlenmiş 1954 tarihinde **Silahlı Çatışmalarda Kültür Varlıklarının Korunmasına Dair Antlaşma** ile de somut bir düzeye taşınmıştır<sup>6</sup>. 1970'li yıllar sonrasında da uluslararası toplumun tarihi, kültürel ve doğal sit alanlarının korunmasına yönelik ilgisi de artmıştır<sup>7</sup>. UNESCO tarafından 1972 tarihli Stockholm Konferansı sonrasında da **Dünya Mirası Sözleşmesi** ülkelerin imzasına açılmıştır<sup>8</sup>. Bu sözleşme ile insanlık için ortak miras özelliği taşıyan değerlerin korunmasının tüm insanlığın ortak menfaatine olduğu vurgulanarak bunun için bilinç artırma ve koruma mekanizmaları oluşturulmaya çalışılmıştır<sup>9</sup>.

Bu tanımlamalara göre hiçbir devlet ya da aktörün uluslararası alanda insanlığın ortak mirası sayılan bir değere egemen olması düşünülemez. **Bu tür değerler uluslararası antlaşmalar ile uluslararası topluluklar tarafından idare edilmelidir**<sup>10</sup>. Bilhassa ulusal egemenlik alanı dışında kalan deniz ve okyanus dipleri sadece barışçıl nedenlerle ve tüm insanlığın çıkarı gözetilerek adil bir şekilde kullanılmalıdır<sup>11</sup>. Bu kapsamda 1968 yılında **Ulusal Egemenlik Alanı Haricindeki Deniz Yatakları ve Okyanus Tabanlarının Barışçıl Şekilde Kullanımı Kurulu** teşekkül etmiştir. 1970 yılında Birleşmiş

<sup>5</sup> Güneş, Ahmet, "Dünya Mirası Sözleşmesi'ne Kısa Bir Bakış" İstanbul Barosu Dergisi, 85(6), 2011, s. 141.

<sup>6</sup> Başlar, Kemal. (1998). The Concept of the common heritage of mankind in international law. Martinus Nijhoff Publishers.; Borgese, E.M., <http://www.gbv.de/dms/spk/sbb/recht/toc/293032459.pdf>, 1998, s. 25.

<sup>7</sup> Akipek, Serap, "Dünya Kültürel ve Doğal Mirasının Korunmasına Dair Sözleşme'nin Değerlendirilmesi" Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, 50(4), 2001, s.13.

<sup>8</sup> Ahunbay, Zeynep, "UNESCO Dünya Miras Listesi ve Miras Yönetimine Etkisi", D. Ü. Asu Aksoy içinde, Kültürel Miras Yönetimi, (s. 125-142). Eskişehir: T.C. Anadolu Üniversitesi Yayını, 2012, s.125.

<sup>9</sup> Ekinci, Yaşagül, "Dünya Mirası Nedir? Nasıl Girilir? Nasıl Kalınır?", <http://www.worldheritageturkey.com/tr/detail/20/dosyalar/258/yasagulekinci-br-dunya-mirasi-nedir-nasil-girilir-nasil-kalinir>, 2012, s. 3.

<sup>10</sup> Başlar, K., agm, s. 27-38

<sup>11</sup> BM Genel Kurul Kararları, A/RES/2340, s. 22. [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/2340\(XXII\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/2340(XXII)).



Milletlerin kararı ile de uluslararası sulardaki deniz yatakları insanlığın ortak mirası olarak kabul edilmiştir<sup>12</sup>.

İnsanlığın ortak mirasına dair kavram Birleşmiş Milletlerin yukarıda sayılan 1970 tarihli **8028 Sayılı Kurallar Bildirgesinden** sonra 1979 yılında **Ay Anlaşmasında** (Agreement Governing the Activities of States on the Moon and Other Celestial Bodies) kullanılmıştır. Ay ve Ay'da bulunan doğal kaynaklar insanlığın ortak mirası olarak kabul edilmiştir. 1982 yılında **Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi** gündeme gelmiştir<sup>13</sup>. Bu kavram Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi tarafından hâlihazırdaki ve gelecekteki nesillerin ortak çıkarları çerçevesinde değerlendirilerek çevrenin korunması kapsamında ele alınmıştır<sup>14</sup>. 1997 tarihli **İnsan Genomu ve Hakları Evrensel Bildirgesi** de bu kapsamda değerlendirilmesi gereken önemli bir uluslararası metindir<sup>15</sup>. Daha sonradan bu kavram her ne kadar Antarktika Antlaşmalarında belirtilmese bile Antarktika için de kullanılmaya başlanmıştır.

İnsanlığın ortak mirasına ilişkin yukarıda sayılan antlaşmalardan yapılan çıkarımlarla insanlığın **ortak mirasına ilişkin beş ana noktadan** bahsedilebilir. Bunlardan **birincisi** insanlığın ortak mirası çerçevesindeki değerlerin hiçbir kişi ya da devlete tahsis edilememesidir. Yani bunlar uluslararası topluma aittirler. **İkinci** nokta ise bunların uluslararası ortak bir yönetim ile uluslararası toplumun menfaati doğrultusunda idare edilmesidir. **Üçüncü** nokta insanlığın ortak mirasının barışçıl amaçlarla kullanılmasıdır. Yani buralar silahlandırılmaz ve askeri çatışmanın mahalli olamaz. **Dördüncü** nokta bunların

---

<sup>12</sup> U.N. General Assembly's 1970 Declaration of Principles Governing the Seabed and the Ocean Floor and the Subsoil Thereof, Beyond the Limits of National Jurisdiction, G.A. Res. 2749, UN GAOR, 25th Sess., Supp. No. 28, at 24, U.N. Doc. A/8028 (1970), 2749 (XXV) ve 2750 (XXV), United Nations Doc. A/8028 (1970), 2749 (XXV) ve 2750 (XXV).

<sup>13</sup> UNCLOS, Madde 136, United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS) (tamamlanma Aralık 10, 1982, Yürürlüğe Girme: 16 Kasım 1994) 1833 UNTS 397.

<sup>14</sup> Kiss, Alexandre. (1982). "The Common Heritage of Mankind: Utopia Or Reality?", International Journal, 40(3), s. 423.

<sup>15</sup> Universal Declaration on the Human Genome and Human Rights (UNESCO 29.Oturum Kasım 11, 1997) UN Doc. A/Res/51/122.

kullanımından elde edilen faydanın paylaşılmasıdır. Buradan, bu kaynaklardan faydalanan kurumların insanlık yararına bir servis sunmaları gereklidir. **Son olarak**, bunların insanlığın gelecek nesline kalacak şekilde korunmasıdır. Zira yeryüzü kaynakları hızla ve adil olmayan bir şekilde tüketilmektedir. Gelecek nesillerin düşünülmesi kritik bir noktaya varmıştır. Tüm bu prensiplerin Antarktika açısından da geçerli olduğuna dair bir şüphe yoktur.

Bir bölge ya da unsurun insanlığın ortak mirası olarak bir uluslararası antlaşmada belirlenmesinden sonra artık bu hususlar tüm taraf devletler için bağlayıcı olacaktır<sup>16</sup>. Bu durum Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi'ndeki uluslararası deniz yatakları ve Ay Sözleşmesi'ndeki ay varlıkları için geçerlidir. Hatta bu antlaşmadaki hükümler taraf devletler dışındaki devletler için de uluslararası anlamda bağlayıcı olabilmektedir. Bunun için insanlığın ortak mirası olan değerlerin hukuki içeriği açık ve net olmalıdır. Ayrıca ülke uygulamaları da ortak miras olgusunun gelişmesine elverişli olmalıdır. Bunun yanında yaygın olarak kabul görmeli ve diğer ülkelerin kabulüne açık olmalıdır. Joyner'e göre insanlığın ortak mirası olgusu uluslararası hukuk anlamında henüz evrensel bir ilke haline gelememiştir<sup>17</sup>. Bu tartışmalara rağmen insanlığın ortak mirası kavramının 1986 yılında gerçekleştirilen Uluslararası Hukuk Derneği Konferansında yayınlanan bildiriye uluslararası kamu hukuku terimi haline geldiği bildirilmiştir<sup>18</sup>.

## **2. Antarktika Antlaşması Sistemi**

Antarktika Antlaşmalar Sisteminin ilk antlaşması 1959 yılında Arjantin, Avustralya, Birleşik Krallık, Fransa, Norveç, Şili, Yeni Zelanda ABD, SSCB, Belçika, Japonya ve Güney Afrika tarafından imzalanan

<sup>16</sup> Arsava, Füsün, "Uluslararası Hukukta Güç ve Hukuk İlişkisi", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı: 10, 2012, s. 367.

<sup>17</sup> Joyner, Christopher, *Governing the Frozen Commons: the Antarctic Regime and Environmental Protection*, University of South Carolina Press, South Carolina, 1998, s. 234.

<sup>18</sup> Declaration on the Progressive Development of Principles of Public International Law relating to a New International Economic Order, *Rivista di Studi Politici Internazionali*, Yıl: 1987, Cilt: 54, Sayı: 2, s. 313.

Antarktika Antlaşmasıdır. Bu antlaşmanın en temel amacının kıtanın barışçıl bir şekilde korunması ve bilimsel araştırmaların özgürce yapılmasının teminidir. Zaman içerisinde kıtaya ilgili farklı uluslararası antlaşmalar imzalanarak Antarktika Antlaşmalar Sistemi oluşturulmuştur. Antarktika Antlaşması da bu sistemin temelini oluşturur. Antlaşmanın birinci maddesine göre kıtada her türlü askeri faaliyet ve yapılanma yasaklanmıştır. Antlaşmanın beşinci maddesi ile de nükleer denemeler yapılması ve nükleer atıkların atılması yasaklanmıştır. Ayrıca taraf devletler kıtanın ekosisteminin korunmasını da taahhüt altına almışlardır.

Antarktika Antlaşmasının dördüncü maddesi ise egemenlik iddiaları hakkındadır. Arjantin, Avustralya, Birleşik Krallık, Fransa, Norveç, Şili ve Yeni Zelanda kıtada egemenlik iddiasında bulunmuşlardır. ABD ve SSCB egemenlik haklarını saklı tutmuşlardır. Normal şartlarda bir ülke ancak kendi ülke sınırları içerisinde egemenlik yetkisini kullanır<sup>19</sup>. Fakat burada bu ülkeler kendi sınırlarını aşarak ve kıtada kendi insanları yaşamadığı halde coğrafi yakınlık, tarihi, siyasi ve bilimsel gerekçelerle egemenlik iddialarında bulunmuşlardır. Bundan dolayı da bu durumla ilgili dördüncü madde ihdas edilmiştir. Bu hükme göre daha önce egemenlik iddiasında bulunan ülkelerin bu iddialarından vazgeçtiği kabul edilmemekle birlikte yeni egemenlik iddialarının kabul edilmeyeceği ya da mevcut iddiaların genişletilemeyeceği öngörülmüştür.

Antarktika Antlaşması altıncı madde uygulama alanı ile ilgilidir. Bu maddeye göre Antlaşma kıtanın 60 derece güney enleminden sonra güneyde kalan bölge için geçerlidir. Bunun yanında bu maddenin uygulanmasının herhangi bir devletin uluslararası hukuktan kaynaklanan deniz ve kıta sahanlığı haklarına dokunmayacağını da hüküm altına almıştır.

Antarktika Antlaşmasının dokuzuncu maddesi karar alma mekanizmaları ile ilgilidir. Bu maddeye göre oy kullanma ve karar meka-

---

<sup>19</sup> Pazarıcı, Hüseyin, Uluslararası Hukuk, 19. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2020, s. 154

nizmalarında yer alma yetkisine sahip danışman taraflar ile bu yetkilere sahip olmayan taraflar şeklinde iki grup vardır. Danışman taraflar Antarktika Antlaşmasını imzalayan on iki devlet ile bilimsel faaliyetlerde bulunarak istasyon kuran yirmi dokuz devletten oluşmaktadır. Antarktika Antlaşması'na ilk imzayı atan devletler dışındaki devletler ise Brezilya, Bulgaristan, Çin, Çekya, Ekvator, Finlandiya, Fransa, Almanya, Hindistan, İtalya, Kore, Hollanda, Peru, Polonya, İspanya, İsveç ve Ukrayna'dır. Toplam üye sayısı ise elli dördtür.

Antarktika Antlaşmasının danışman tarafları uygun aralıklarla toplanarak kıtanın ortak menfaatleri doğrultusunda istişarelerde bulunmaktadır. Bu kapsamda kıta üzerinde yapılacak bilimsel araştırmaların kolaylaştırılması, gerekli koordinasyonun sağlanması, doğal yapının ve canlı türlerinin korunmasını sağlamak üzere alınacak tedbirler kararlaştırılmaktadır. **Danışman taraflarca alınan kararlar bağlayıcı niteliktedir.** Danışman taraf dışında bilimsel araştırmalar suretiyle adaya ilgisini kanıtlayamayan taraflar ise toplantılara katılmakla birlikte oy hakları bulunmamaktadır. Danışman olmayan taraflar ise Avusturya, Beyaz Rusya, Danimarka, Estonya, Kanada, Kolombiya, Küba, Guatemala, Macaristan, İsviçre, İzlanda, Kazakistan, Kore, Malezya, Monako, Moğolistan, Pakistan, Papua Yeni Gine, Portekiz, Romanya, Slovakya, Slovenya, Türkiye, Venezuela ve Yunanistan'dır. Türkiye 9 Şubat 2020 tarihinde bilimsel bir sefer düzenlemiş ve öncesinde 2019 yılında kıtada bir bilim üssü kurmuştur. Bu adım danışman taraf olma sürecinde kayda değer bir önem taşımaktadır.

Antarktika Antlaşması'nın yedinci maddesi danışman taraflarca atanacak gözlemciler ve onların denetim yetkileri ile ilgilidir. Gözlemcilerin Antarktika'nın her bölgesine erişim hakkı bulunmaktadır. Antlaşmanın sekizinci maddesi ise gözlemcilerin yetki ve görevleri ile ilgilidir.

Antarktika Antlaşmasının onuncu maddesi ise taraf devletlerin antlaşmaya aykırı faaliyetlerin denetlenmesi ve bu durumun Birleşmiş Milletlere taşınması süreci ile ilgilidir.

Antlaşmanın on birinci maddesi ise antlaşmanın yorumlanması ve uygulanması esnasında doğan uyuşmazlıkların müzakere, uzlaşma, tahkim, yargı yolu ya da barışçıl yollar ile çözümüne ilişkindir. Bu yollar ile çözülemeyen uyuşmazlıklar tarafların rızalarının bulunması halinde Uluslararası Adalet Divanına götürülecektir.

Antarktika Antlaşması dışında Antarktika Antlaşmalar Sistemi içinde yer alan antlaşmalara ve düzenlemelere sırasıyla göz atmak gerekirse, bu kapsamda ilk olarak Antarktik Flora ve Faunanın Korunması İçin Kararlaştırılan Önlemleri ele almak gerekir. Bu düzenleme 1964 tarihinde yapılmıştır. Bu kapsamda kıtada bulunan yerel memelilerin ve kuşların avlanması, yakalanması veya öldürülmesi yasaklanmıştır. Yerel bitkilerin toplanması yasak olduğu gibi yerel olmayan bitkilerin getirilmesi de yasaklanmıştır. Diğer bir düzenleme ise 1978 tarihli Antarktik Foklarının Korunması Sözleşmesi'dir. Bu kapsamda soyları tehlike altında olan Antarktika foklarının avlanması ve öldürülmesi yasaklanmıştır. Kıtada yaşayan insanlar ve köpekler için, bilimsel amaçlarla sınırlı sayıda avlanmaya izin verilmektedir. Antarktik Deniz Canlı Kaynaklarının Korunması Hakkında Sözleşme 1980 tarihinde imzalanarak Antarktika Antlaşmalar Sistemine dâhil olmuştur. Bu sözleşme ise kıtadaki canlı kaynakları korumayı amaçlamaktadır.

Antarktik Maden Kaynakları Faaliyetlerinin Düzenlenmesi Hakkında Sözleşme ise kıtadaki maden kaynaklarına ilişkin faaliyetlerle ilgilidir. Sözleşmede belirtilen ölçütlere aykırı olacak biçimde madencilik faaliyetleri yasaklanmıştır. Bunun temel amacı da doğal olarak kıtanın ekosistem ve çevresinin korunmasıdır. Hatta bu noktada daha da ileri gidilerek Antarktika'nın bir dünya parkı olması teklif edilmiştir. Antarktika Antlaşması Çevre Koruma Protokolü 1998 tarihinde imzalanarak yürürlüğe girmiştir.

Madrid protokolü olarak da bilinen bu Antlaşma Antarktika ve çevresinin kapsamlı bir şekilde korunmasını amaçlamaktadır. Protokole göre Antarktika barış ve bilime ayrılmış doğal bir kaynaktır. Bu anlamda dünyada eşi olmayan bir pozisyona sahip olmaktadır. Bu

protokolün üçüncü maddesinde kıtadaki tüm faaliyetlerde öncelik bilimsel araştırmalardır. Madrid protokolünün en önemli maddesi olan yedinci maddede ise bilimsel araştırmalar hariç maden kaynaklarına dair her türlü aktivite yasaklanmıştır. Bu yasak 25'inci madde uyarınca elli yıl ile sınırlanmıştır. Protokolün 8'inci maddesi kıtadaki her türlü faaliyet açısından çevresel etki değerlendirmesi yapılmasını öngörmektedir. Protokolün 11'inci maddesi ile de Çevre Koruma Komitesi ihdas edilmiştir. Bu komitenin temel görevi de protokolün uygulanması noktasında tavsiyelerde bulunmaktır.

Birleşmiş Milletler nezdinde Antarktika; Hindistan, Malezya ve diğer ülkeler tarafından gündeme getirilerek sorununun ele alındığı dönemler olmuştur. Malezya Başbakanının 1982 yılındaki Birleşmiş Milletler toplantısında yerli halkı olmamasına rağmen bir kısım ülkelerin Antarktika üzerinde hak iddia etmelerini eleştirmiş, bu bölgelerin tüm insanlığa ait olduğunu vurgulamış ve idaresinin Birleşmiş Milletlere ait olmasını istemiştir<sup>20</sup>. Singapur, Filipinler, Tayland, Nijerya, Zambiya, Şili, Pakistan, Cezayir, Sierra Leone ve Guyana gibi devletler öneriye destek vermişlerdir. Birleşmiş Milletlerin 1985 tarihli kararında Antarktika'nın barışçıl amaçlar doğrultusunda kullanılması ve uluslararası çekişmelere maruz kalmaması vurgulanmıştır<sup>21</sup>. Aynı tarihli diğer bir karara göre ise Antarktika'nın yönetiminde Birleşmiş Milletler ilkelerine uyulması, tüm insanlık için barışçıl yönetimin devamı, çevrenin korunması, kaynakların kimseye tahsis edilmemesi, faydaların adil paylaşımı ve uluslararası işbirliğinin teşvik edilmesi vurgulanmıştır. Bu kararda insanlığın ortak mirasına dair bir kısım unsurların olduğu görülmektedir<sup>22</sup>. Bundan sonraki dönemlerde aynı ilkeler doğrultusunda benzer kararlar alınması ve ilaveten kıtanın askeri amaçlardan ve nükleer denemelerden korunmasına yönelik çabalar görülmektedir.

<sup>20</sup> UN Doc. A/37/PV.10, 1982, s. 132 (<https://undocs.org/en/A/37/PV.10>.)

<sup>21</sup> UN Doc. A/41/688, 1986, <https://undocs.org/A/41/688>.

<sup>22</sup> UN Doc. 40/156, 1985: 106

### 3. Antarktika İçin Ortak Miras Sorunu

İnsanlığın ortak mirası konusundaki uluslararası antlaşmalardaki kriterlerin Antarktika'ya uyup uymadığı noktasında tartışmalar devam edegelmiştir. Kitadaki egemenlik sorunu bu tartışmaların başlıca nedenlerindedir. Çünkü egemenlik konusu hukuksal statüyle bağınılıdır. Antarktika mevcut haliyle Antarktika Antlaşmalar Sistemi vasıtasıyla idare edilmektedir. Antarktika üzerinde egemenlik iddia eden devletler insanlığın ortak miras kavramının Antarktika'ya uymadığını savunmaktadırlar. Antarktika Antlaşmasına taraf olmayan diğer devletler ise Birleşmiş Milletler nezdindeki girişimleri ile Antarktika'nın insanlığın ortak mirası içerisine alınmasını istemektedirler.

Hardin tarafından ortaya atılan bir **metafordan** bahsetmek konu açısından faydalı olacaktır. Bu metafor ortakların trajedisi olarak adlandırılmıştır. Bu metaforun unsurlarını şu şekilde özetlemek mümkündür: Öncelikle herkesin kullanımına açık bulunan bir alanda herkes kendi çıkarını en üst derecede tutmak isteyecektir. Bunun için herkes kendi kullanım alanını dolayısıyla gelirini arttırmak isteyecektir. Bu noktada herkesin aynı doğrultuda hareket ettiği anda da trajedi başlayacaktır. Buna göre insanlar sınırları olan bir dünyada sınırsız istek ve ihtiyaçları ile kendi alanlarını genişletmeye kendi çıkarlarına öncelik vermeye çalışmaktadırlar. Bu da sınırlı küresel müşterek kaynakların tükenmesi suretiyle dünyayı bir nevi kaosa sürüklemektedir<sup>23</sup>.

Bu noktada "**küresel müşterek**" tanımına değinmekte fayda vardır.<sup>24</sup>Birleşmiş Milletler bünyesinde yayınlanan Küresel Yönetişim ve Küresel Müştereklerin Yönetişimine dair 2015 tarihli raporunda küresel müşterekler, devletlerin ulusal sınırları dışında kalan tüm ulusların erişebildiği deniz, atmosfer, uzay ve Antarktika gibi alanlar olarak tanımlanmıştır<sup>25</sup>. Birleşmiş Milletler Çevre Programında da bu

<sup>23</sup> Hardin, Garrett, "The Tragedy of the Commons", Science, Cilt: 162, Sayı: 3859, 1968 s. 1244.

<sup>25</sup> Global Governance And Governance of The Global Commons in The Global Partnership for Development Beyond 2015, 2013, s. 5,

konuda bir bilgi bulunmaktadır. Buna göre bir devletin kendi siyasi hükümranlık alanı dışında kalan kaynak alanını ifade etmekte olup uluslararası hukuk çerçevesinde deniz, atmosfer, Antarktika ve uzay bu kapsamdadır<sup>26</sup>.

Antarktika'nın küresel bir müşterek olduğu noktasında pek çok görüş bulunmaktadır. Bunlardan Joyner'e göre Antarktika'nın uluslararası hukuk açısından benzersiz bir statüsü bulunmaktadır. Bunu için Antarktika Antlaşması çerçevesinde uygulanması gereken bir takım düsturlar önermiştir. Bunlardan ilkinde göre Antlaşma Antarktika'nın hiçbir kimseye münhasıran tahsis edilemeyeceğini öngörür. Bölge, danışman bir idare tarafından yönetilmelidir. Ülkelerin egemenlik iddiaları red edilmelidir. İkinci düstur ise her ülkenin ya da bireyin bölgeye erişimi mümkündür. Kişiler bölgede yerleşebilirler ve serbestçe hareket edebilirler. Üçüncü düstur ise kaynaklar açısından hiç kimsenin münhasır bir hakkı yoktur. Kaynakların kullanımı konusunda ortak yönetim sorumlu olmalıdır. Dördüncü düstur ise bölgeye ilişkin sorunlarda tüm tarafların karar alma mekanizmasına katılım hakkı bulunmaktadır. Beşinci konu ise her koşulda çevrenin korunması sağlanmalıdır. Son düstur ise bilimsel bulgular paylaşılacak ve bölge barış içinde idare edilecektir<sup>27</sup>.

Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesine göre uluslararası deniz yatakları ve bu bölgelerdeki madenler insanlığın ortak mirası olarak kabul edilmiştir. Ay antlaşmasında da benzer bir düzenleme ay ve aydaki kaynaklar için söz konusudur. Fakat Antarktika Antlaşması ve Antarktika Antlaşmalar Sisteminde bu şekilde bir düzenleme bulunmamaktadır. Zira Antarktika Antlaşması Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesinden ve bu sözleşme ile birlikte gelen değeren-

---

([https://www.un.org/en/development/desa/policy/untaskteam\\_undf/thinkpieces/24\\_thinkpiece\\_global\\_governance.pdf](https://www.un.org/en/development/desa/policy/untaskteam_undf/thinkpieces/24_thinkpiece_global_governance.pdf), erişim tarihi: 30.01.2021).

<sup>26</sup> IEG of the Global Commons, 2016, <https://cil.nus.edu.sg/wpcontent/uploads/2015/12/Ses4-7.-UNEP-Division-of-Environmental-Law-and-ConventionsGlobal-Commons.pdf> 2016 (erişim tarihi: 30.01.2021).

<sup>27</sup> Joyner, Christopher, *Governing the Frozen Commons: The Antarctic Regime and Environmental Protection*, University of South Carolina Press, South Carolina, 1998, S. 261.



dirmelerden çok önce imzalanmıştır. Fakat Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi imzalandıktan sonra insanlığın ortak mirasına dair kabullerin Antarktika için de uygulanması gerektiği dile getirilmiştir.

Uluslararası deniz yatakları ve ay hakkında insanlığın ortak mirası olduklarına dair ilgili Antlaşmalar ile yapılan kabuller öncesinde herhangi bir devletin egemenlik iddiası olmamıştır. Antarktika için ise durum farklıdır. Antarktika için insanlığın ortak mirası tartışmalarından önce bir kısım devletlerin bölge üzerinde egemenlik iddiaları olmuştur. Bu kapsamda bu devletler arasında Antarktika Antlaşması imzalanmış bir müddet sonra da Antarktika Antlaşmalar Sistemine geçilmiştir. Daha sonradan deniz yatakları ve ay için yapılan antlaşmalar neticesi insanlığın ortak mirası kavramının Antarktika için de geçerliliği konusunda tartışmalar çıkmıştır.

Olaya ilişkin farklı bakış açıları sergilemek mümkündür. Örneğin Antarktika'nın deniz yatakları ve uzay ile mukayese edilemeyeceği farklı bir bakış açısı olabilir. Zira bölgede daha öncesinde geçerli ve detaylı bir antlaşmalar sistemi mevcuttur. Bu antlaşmalar sistemi ile yetkilendirilen danışman tarafların uluslararası alanda sorumlulukları söz konusudur. Bölgede zaten kendine özgü bir hukuk sistemi mevcuttur ve yeni düzenlemelerin bunu dikkate alınarak yapılması gerekir. Yani Antarktika'nın insanlığın ortak mirası olduğuna dair düzenlemelerin Antarktika Antlaşmalar sistemi içerisinde yürütülmesi ve geliştirilmesi savunulmaktadır<sup>28</sup>.

Antarktika Antlaşmalar sistemi içerisinde Antarktika'nın insanlığın ortak mirası olduğuna dair bir madde bulunmamasına rağmen insanlığın ortak mirasına dair bir kısım özelliklerin mevcut olduğu da gözden kaçırılmamalıdır. Örneğin tahsis edilememe özelliği bir şekilde bu sisteme yansıtılmıştır. Antarktika Antlaşmasının dördüncü maddesi ile kıta üzerindeki egemenlik iddiaları dondurulmuştur. Bu

---

<sup>28</sup> Wolfrum, Rudiger. (2017). "Common interest and common heritage in Antarctica", Handbook on the politics of Antarctica, (ed. Klaus Doods, vd.), Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2017, s. 142.

husus, mevcut egemenlik iddialarını etkilememekle birlikte yeni egemenlik iddialarını engellemektedir. Taraf ülkelerin kendi aralarında yaptıkları bu sözleşme hükmünün diğer ülkeleri ne derece bağlayacağı da tartışma konusudur. Fakat yine de Antarktika Antlaşmalar Sistemi sayesinde üye sayısı giderek artmakta bu ise bölgenin giderek daha da uluslararası hale gelmesine yol açmaktadır. Bu da belirli devletlerin egemenlik iddialarını azaltmaktadır. Hatta belli devletlerin egemenlik iddialarının da zaman için de kaybolacağı değerlendirilmektedir<sup>29</sup>.

“İnsanlığın Ortak Mirası”nın ikinci özelliği ise -yukarıda sıralandığı üzere- bunların **uluslararası bir yönetime tabi olması gerektiği** ilkesidir. Zira bunlar tüm insanlığın malıdır ve insanlık adına özel bir mekanizma ile yönetilmelidir. Antarktika Antlaşmalar Sisteminde ise karar alma mekanizmasını oluşturan danışman taraflar ile bu mekanizma dışında kalan oy hakkı olmayan taraflar bulunmaktadır. Danışman taraf olabilmek için de bölgede **belirli bir seviyede bilimsel faaliyette bulunmak ve bilimsel tesis kurmak** gerekmektedir. Bu suretle devletlerin bölgeye olan ilgileri ile beraber katkılarını da ispat etmeleri beklenmektedir.

İnsanlığın ortak mirasına ilişkin diğer bir özellik olan **barışçıl amaçlarla kullanma** ilkesi Antarktika Antlaşmasında yer almıştır. Antlaşmanın önsözünde bu husus açıkça vurgulanmıştır. Yine Antarktika Antlaşmasının birinci maddesine göre kıtada askeri hiçbir faaliyet yapılamayacak ve askeri üs kurulamayacaktır. Antarktika Antlaşmasının beşinci maddesine göre kıtada hiçbir şekilde nükleer deneme yapılamayacaktır. 1991 tarihli Madrid Protokolüne göre kıta barış ve bilime tahsis edilmiştir. Bahse konu ilkeler daha sonra da Antarktika Antlaşmalar Sisteminin hükümlerinde de muhafaza edilmiştir.

Diğer bir konu ise **ortak faaliyetlerden elde edilecek yararın ne şekilde paylaşılacağı** hususudur. Bu bilimsel bulguların paylaşımı anlamına da gelmekte olup Antarktika Antlaşması'nın üçüncü madde-

---

<sup>29</sup> Keyuan, Zou, “The Common Heritage of Mankind and the Antarctic Treaty System”, Netherlands International Law Review, Cilt: 38, Sayı: 2, s, 1991, s. 193.

sinde düzenlenmiştir. Bu kapsamda bilimsel faaliyetlerin gerçekleştirilebilmesi için ülkeler arasında işbirliği ve bilgi paylaşımı yapılacaktır. Fayda paylaşımı anlamında bölgenin korunması için Madrid protokolünün yedinci maddesi uyarınca kıtada elli yıl boyunca madencilik faaliyetlerin yasaklanmış bulunmaktadır.

İnsanlığın ortak mirasının bir diğer özelliği olan **gelecek nesillere aktarma** unsurunun da çevreyi koruma ilkeleri çerçevesinde bir ölçüde Antarktika Antlaşmalar Sistemi içerisinde olduğunu kabul etmek gerekecektir. Antarktika Antlaşmalar Sistemi içerisinde çevrenin korunması amacıyla 1964 yılında Antarktik Flora ve Faunanın Korunması İçin Kararlaştırılan Önlemler, 1972 yılında da Antarktik Foklarının Korunması Sözleşmesi, 1980 yılında ise Antarktik Deniz Canlı Kaynaklarının Korunması Hakkında Sözleşme kabul edilmiştir. 1991 yılında imzalanan Madrid Protokolü ile de çevrenin korunması yeniden vurgulanmıştır. 2016 tarihli Santiago Bildirisiyle de bu tür çevre korunmasına dair çabaların artırılması hususu tekrar edilmiştir.

## **Sonuç**

Antarktika, hakkında birtakım ülkelerin egemenlik iddiaları olsa da, genel yaklaşım itibariyle tüm insanlığa ait bilime ve barışa adanmış bir kıta olarak kabul edilmektedir. Bir kısım ülkelerin coğrafi yakınlık, tarihi olaylar ve bilimsel araştırmalarını dayanak göstererek bu kıta üzerinde egemenlik iddialarında bulunmaları bu konuda bir takım tartışmaları beraberinde getirmiştir. On dokuzuncu yüzyılın başından itibaren 1950'li yıllara kadar Arjantin, Avustralya, Fransa, Şili, Norveç, İngiltere ve Yeni Zelanda kıta üzerinde hak iddia etmişlerdir. 1959 yılında bu yedi devlet arasında Antarktika Antlaşması imzalanmıştır. Bu antlaşma, kıtanın silahsız hale getirilmesi, bilimsel çalışmaların desteklenmesi ve muhafazası doğrultusunda genişleyerek elli aşkın ülkenin dâhil olduğu Antarktika Antlaşmalar Sistemine dönüşmüştür. Antarktika Antlaşmalar Sistemi bugün elli dört ülkenin katılımıyla küresel bir boyuta ulaşmıştır. Fakat bu ülkelerden sadece yir-

mi dokuz tanesi kıta üzerinde bilimsel araştırma yapabilecek ekonomik güce sahip olmaları itibarıyla karar mekanizması olan Antarktika Antlaşması Danışma Tarafları arasındadır.

Antarktika Antlaşmalar Sisteminin en temel amacının kıtanın barışçıl bir şekilde korunması ve bilimsel araştırmaların özgürce yapılmasının teminidir. Zaman içerisinde kıtaya ilgili farklı uluslararası antlaşmalar imzalanarak Antarktika Antlaşmalar Sistemi oluşturulmuştur. Antarktika Antlaşması ise bu sistemin temelini oluşturur. Antlaşmanın birinci maddesine göre kıtada her türlü askeri faaliyet ve yapılanma yasaklanmıştır. Antlaşmanın beşinci maddesi ile de nükleer denemeler yapılması ve nükleer atıkların atılması yasaklanmıştır. Ayrıca taraf devletler kıtanın ekosisteminin korunmasını da taahhüt altına almışlardır.

Ortak miras, geçmişten mevcut nesle aktarılan, yaşadığımız çağda halen var olan ve gelecek nesle aktarılması gereken kültürel ve doğal mirasın bir bütünüdür. Günümüzde neredeyse bütün ülkeler tarihsel, kültürel ve doğal varlıklarını sonraki nesillere taşıyabilme ve uluslararası alanda bunları tanıtabilmek için büyük masraflar yapmaktadırlar. İnsanlığın ortak mirasına dair kavram ilk defa Birleşmiş Milletlerin 1970 tarihli 8028 sayılı Kurallar Bildirgesinden sonra 1979 tarihli Ay Antlaşmasında kullanılmıştır. Ayın ve ayda bulunan doğal kaynaklar insanlığın ortak mirası olarak kabul edilmiştir. 1982 yılında Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesinde uluslararası deniz yatakları ve okyanus dipleri de bu kapsama alınmıştır. 1997 tarihli İnsan Genomu ve Hakları Evrensel Bildirgesi bu kapsamda değerlendirilmesi gereken önemli diğer bir uluslararası metindir.

Bir kısım yazarlar Antarktika'nın küresel bir müşterek olmadığını iddia etmektedirler. Bu görüşe göre böyle bir kabulün yasal dayanağı yoktur. Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesine göre uluslararası deniz yatakları ve bu bölgelerdeki madenler insanlığın ortak mirası olarak kabul edilmiştir. Ay antlaşmasında da benzer bir düzenleme ay ve aydaki kaynaklar için söz konusudur. Fakat Antarktika Antlaşması ve Antarktika Antlaşmalar Sisteminde bu şekilde bir düzen-

leme bulunmamaktadır. Zira Antarktika Antlaşması Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesinden ve bu sözleşme ile birlikte gelen değerlendirmelerden çok önce imzalanmıştır. Bu görüşe antitez olarak ileri sürülen karşı görüş ise uluslararası deniz yatakları ve ay hakkında insanlığın ortak mirası olduklarına dair ilgili Antlaşmalar ile yapılan kabuller öncesinde herhangi bir devletin egemenlik iddiası olmamıştır. Antarktika için ise durum farklıdır. Antarktika için insanlığın ortak mirası tartışmalarından önce bir kısım devletlerin bölge üzerinde egemenlik iddiaları olmuştur. Bu kapsamda bu devletler arasında Antarktika Antlaşması imzalanmış bir müddet sonra da Antarktika Antlaşmalar Sistemine geçilmiştir. Deniz yatakları ve ay için yapılan antlaşmalar neticesi insanlığın ortak mirası kavramı ortaya çıkmıştır. Ve aynı statüde olan Antarktika ortak miras kavramına dâhil edilmelidir.

Antarktika Antlaşmalar sistemi içerisinde Antarktika'nın insanlığın ortak mirası olduğuna dair bir madde bulunmamasına rağmen insanlığın ortak mirasına dair bir kısım özelliklerin bir ölçüde mevcut olduğu da gözden kaçırılmamalıdır. Örneğin tahsis edilememe özelliği bir şekilde bu sisteme yansıtılmıştır. Antarktika Antlaşmasının dördüncü maddesi ile kıta üzerindeki egemenlik iddiaları dondurulmuştur. Bu mevcut egemenlik iddialarını etkilememekle birlikte yeni egemenlik iddialarını engellemektedir. Taraf ülkelerin kendi aralarında yaptıkları bu sözleşme hükmünün diğer ülkeleri ne derece bağlayacağı da tartışma konusudur. Fakat yine de Antarktika Antlaşmalar Sistemi sayesinde üye sayısı giderek artmakta bu da bölgenin giderek daha da uluslararası hale gelmesine yol açmaktadır. Bu da belirli devletlerin egemenlik iddialarını azaltmaktadır. Hatta belli devletlerin egemenlik iddialarının da zaman için de kaybolacağı değerlendirilmektedir.

Çalışmada belirttiğimiz kriterler çerçevesine küresel bir yönetim modeli olması gereken Antarktika Antlaşmalar sisteminin sadece bazı devletlerin söz sahibi olabildiği yönetim modeli insanlığın ortak mirası kavramı ile uyumsuzdur. Antarktika Antlaşmasında danışman taraflara ayrıcalıklı idare yetkileri verilmesi, ortak alan ve kaynaklar

üzerinde tüm devletlerin söz hakkı bulunması anlamına gelen ortak miras olgusuyla çelişmektedir. Bu durum sistemin ne derece adil olduğu noktasında bir kısım eleştirileri de beraberinde getirmektedir. Antarktika Antlaşması uyarınca sadece bilimsel ilgisini kanıtlayan ve bunun için bilimsel faaliyette bulunan ve bilimsel üs kuran devletlere söz hakkı tanınmaktadır. Bunu gerçekleştirecek mali güce sahip olmayan devletlerin bu durumda hakları kısıtlanmaktadır. Bundan dolayı bir kısım akademisyenler Antarktika'nın insanlığın ortak mirası kapsamına girmediğini fakat aday olduğunu değerlendirmektedirler. Bazı yazarlar ise bunun zamana vabeste olduğunu dile getirmekte ve Antarktika'nın insanlığın ortak mirası olma sürecinde olduğunu bu noktada devam eden bir gelişim ve ilerleme olduğunu ifade etmektedirler.

İnsanlığın ortak mirasına dair özelliklerin her ne kadar Antarktika Antlaşmalar Sistemiyle belli konularda uyum sağlamakta olduğu görülse de çelişen hususlar da olduğu aşikârdır. Bunların başında da bir kısım devletlerin egemenlik iddiaları bulunmaktadır. Ortak miras olgusunda ülkesel egemenlik yoktur. Antarktika açısından ülkesel egemenlik reddedilmemekte lakin dondurulmaktadır. Bu da uluslararası hukuk anlamında bir boşluğa yol açmaktadır. Diğer yandan küresel bir yönetim modelinden ziyade bazı devletlerin söz sahibi olabildiği yönetim modeli insanlığın ortak mirası kavramı ile uyuşmamaktadır. Ortak miras olgusunda ortak alan ve kaynaklar üzerinde tüm devletlerin söz hakkı bulunurken Antarktika Antlaşmasında danışman taraflara ayrıcalıklı idare yetkileri verilmiştir. Bu durum adil bir yönetim sistemi olmaması nedeniyle eleştirilmektedir<sup>30</sup>.

Yine Antarktika Antlaşması uyarınca sadece bilimsel ilgisini kanıtlayan ve bunun için bilimsel faaliyette bulunan ve bilimsel üs kuran devletlere söz hakkı tanınması bunu yapacak mali güce sahip olmayan devletlerin hakkını kısıtlaması nedeniyle de ortak miras olgusuyla çelişmektedir. Aynı şekilde ortak miras kavramında kaynakların adil-

---

<sup>30</sup> Guntrip, Edward, "The Common Heritage of Mankind: An Adequate Regime for Managing the Deep Seabed?", *Melbourne Journal of International Law*, Cilt: 4, Sayı: 2, 2003, s. 398.

ce kullanımı söz konusu iken madencilik faaliyetleri tamamen yasaklanmıştır. Bundan dolayı bazı yazarlar Antarktika'nın insanlığın ortak mirası kapsamına girmediğini fakat aday olduğunu değerlendirmektedirler (Lee ve Kim, 2018: 33). Bazı yazarlara göre ise Antarktika insanlığın ortak mirası olma yönünde sürekli bir gelişim ve ilerleme göstermektedir. Bu anlamda maden faaliyetlerinin yasaklanması da gelecek nesillerin faydasına olduğu için ortak miras kavramıyla uyumludur<sup>31</sup>.

Çevrenin korunması çerçevesinde yapılabilecek bir değerlendirmede Madrid Protokolü ile çevrenin korunabilmesi için sağlıklı bir sistem oluşturulması şeklindeki hükmün insanlığın ortak mirası ile uyum içinde olduğu söylenebilecektir.

Tüm bu değerlendirmeler çerçevesinde Antarktika Antlaşmalar Sistemi ile oluşturulan mekanizmanın belli noktalarda insanlığın ortak mirası ile uyduğu görülmektedir. Fakat pozitif hukuk yani yürürlükte bulunan uluslararası hukuk açısından tam bir nitelendirme yapılmadığı da ortadadır. Lakin zaman içerisinde uluslararası konjonktür ve ihtiyaçlar çerçevesinde hukukun değişmesi de mümkündür. Bu konuda uzlaşma ve işbirliği çabalarından vazgeçilmemesi en doğru bir yol olarak gözükmektedir.

Antarktika Antlaşmalar Sisteminin çalışmamızda ortaya konulan bir takım kıstaslar çerçevesinde insanlığın ortak mirası kavramına yaklaştığı görülmektedir. Lakin yürürlükte bulunan kurallar ve antlaşmalar bütününe bakıldığında bu noktada tatmin edici bir nitelendirme yapılmadığı da açıktır. Mevcut uluslararası düzenlemelerin bu bağlamda yeterli olduğunu söylemek çok iyimser bir yaklaşım olacaktır. Zaman içerisinde tüm ulus ve milletlerin bu konuda farkındalık ve bilinçlerinin artması ve buna bağlı olarak bir takım demokratik baskı unsurlarıyla daha objektif, adil ve dengeli bir sistemin kurulması mümkün olabilecektir. Pozitif hukukun ideal hukuka yaklaşması zaman alan bir süreçtir. Bu noktada uzlaşma ve işbirliği imkânlarının artırılması çabaları mutlaka devam etmelidir. Mevcut konjonktürde

---

<sup>31</sup> Keyuan, Z, agm, s.198.

egemenlik iddialarının askıya alınması ve sisteme dâhil olan ülkelerin gün geçtikçe sayılarının artması olumlu gelişmelerdir. Türkiye'nin de bu noktada bir takım gayretleri söz konusudur. Antarktika'da başlatılan bilimsel araştırmaların devamı gelmeli ve bu konuda akademisyenler maddi ve manevi anlamda desteklenmelidir. Türkiye bir an önce danışman ülkeler seviyesine gelmek için gereken her türlü çalışmayı tamamlamalıdır. Fakat ne yazık ki bu konudaki çalışmaların yeterli olduğunu söylemek de mümkün değildir.

Her ne kadar mevcut sistemin ve düzenlemelerin yeterli olmadığını söylemek doğru ise de zaman içerisinde uluslararası dengelerin ve ihtiyaçlar çerçevesinde uluslararası hukukun değişmesi de mümkündür. Bunun için bireylerin ve toplumların konu hakkındaki farkındalıkları arttırılmalı, uluslararası toplum nezdinde kamuoyu baskısı oluşturulmalıdır. Dünyamız kaynaklarının kirlenmeden ve daha fazla yağmalanmadan gelecek nesillere aktarılması noktasında bilinç düzeyi arttırılmalıdır. Bu yüzden bu konu her ülkenin eğitim müfredatına konulmalıdır. Maalesef Antarktika konusunda dünya halklarının Türkiye halkı dâhil yeterince bilinç ve bilgiye sahip olduğu söylenemez. Bu bilinç düzeyinin mutlaka arttırılması gerekmektedir. Bu noktada Türkiye'nin kıtaya olan ilgisini ve kıtadaki bilimsel faaliyetlerini arttırması elzemdir

Bu konu Birleşmiş Milletler ve diğer uluslararası platformlar nezdinde sıcak tutulmalı ve sık sık gündeme getirilmelidir. Devletler yanında bir baskı unsuru olan sivil toplum kuruluşlarının, akademisyen, bilim insanları ve sanatçıların konuya ilgileri arttırılmalıdır. Sosyal medya platformu üzerinde bu konuda kampanyalar düzenlenmelidir. Akademik dünya da kendi üzerine düşeni yapmalı, Antarktika'nın gerek doğal kaynaklarının keşfedilerek gelecek nesillere adilce aktarılması gerekse ortak miras kavramına dâhil edilmesi için akademik çalışmalara hız vermelidir. Antarktika'nın gerçekten de barışa ve bilime adanmış bir şekilde tüm insanlığın bilhassa gelecek nesillerin ortak mirası olabilmesi için siyasi, sosyal, toplumsal ve uluslararası düzeyde çabalar arttırılarak sürdürülmelidir. Bunun için de konunun ulusal çıkarlardan ziyade tüm insanlığı ilgilendiren evrensel bir



konu olduğu sürekli vurgulanmalı, kısır menfaat çatışmaları bir kenara bırakılarak tüm insanlık namına adil, şeffaf, tüm ülkeleri kapsayıcı ve kapsamlı bir uluslararası yönetim modeline geçilmelidir. Hatta kanaatimizce Antarktika'nın doğal kaynakları tamamen bilimsel araştırmalara hasredilmeli, buradan elde edilen gelir, açlık, kıtlık, salgınlarla mücadele ve küresel ısınma gibi insanlığın ortak sorunları için harcanmalıdır.

Tekrar vurgulamak gerekir ki, Antarktika'nın korunması ve doğal kaynaklarının tüm insanlığın yararına kullanılması önem arz etmektedir. Bunun için de ulusal çıkarlardan ziyade insanlığın ortak çıkarını hedefleyen uluslararası işbirliği öne çıkarılmalıdır. Bunun sağlanması için de uluslararası bir sisteme ihtiyaç bulunduğu şüphe götürmez bir gerçektir.

#### **KAYNAKÇA**

- Ahunbay, Zeynep, UNESCO Dünya Miras Listesi ve Miras Yönetimine Etkisi. D. Ü. Asu Aksoy içinde, Kültürel Miras Yönetimi, (Eskişehir: T.C. Anadolu Üniversitesi Yayını), 2012, s. 125-142.
- Akipek, Serap, Dünya Kültürel ve Doğal Mirasının Korunmasına Dair Sözleşme'nin Değerlendirilmesi. Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, (2001), 50(4), s. 11-34.
- Akpınar, Erdal. (2007) "Türkiye"nin Dünya Mirası Listesi'ndeki Yeri ve Yeni Bir Aday Önerisi. Erzincan Eğitim Fakültesi Dergisi, 9(1), 2007, s. 76-91.
- Arsava, Fusun, "Uluslararası Hukukta Güç ve Hukuk İlişkisi", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı: 10, **2012, s. 361-388.**
- Başlar, Kemal. (1998). The Concept of the common heritage of mankind in international law. Martinus Nijhoff Publishers.; Borgese, E.M., <http://www.gbv.de/dms/spk/sbb/recht/toc/293032459.pdf>, 1998, s. 22-38,
- Başlar, Kemal. (2011). Kırkıncı Yılında Dünya Mirası Sözleşmesi (1972-2012). Uluslararası Hukuk ve Politika, 7(27).

- Ekinci, Yaşagül. (2012). Dünya Mirası Nedir? Nasıl Girilir? Nasıl Kalınır?  
<http://www.worldheritageturkey.com/tr/detail/20/dosyalar/258/yasagulekincibr-dunya-mirasi-nedir-nasil-girilir-nasil-kalinir>
- Guntrip, Edward. (2003) "The Common Heritage of Mankind: An Adequate Regime for Managing the Deep Seabed?", Melbourne Journal of International Law, Cilt: 4, Sayı: 2.
- Güneş, Ahmet. (2011). Dünya Mirası Sözleşmesi'ne Kısa Bir Bakış. İstanbul Barosu Dergisi, 85(6).
- Hardin, Garrett, "The Tragedy of the Commons", Science, Cilt: 162, Sayı: 3859, 1968 s. 1238-1260.
- Joyner, Christopher, Governing the Frozen Commons: the Antarctic Regime and Environmental Protection, University of South Carolina Press, South Carolina, **1998, s. 230-252.**
- Keyuan, Zou, (1991) "The Common Heritage of Mankind and the Antarctic Treaty System", Netherlands International Law Review, Cilt: 38, Sayı: 2, (s. 173-198).
- Kiper, Perihan, (2004). Küreselleşme Sürecinde Kentlerin Tarihsel-Kültürel Değerinin Korunması-Türkiye-Bodrum Örneği, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Kiss, Alexandre. (1982). "The Common Heritage of Mankind: Utopia Or Reality?", International Journal, 40(3), s. 423-441.
- Lee, Seokwoo. / Kim, Jeong Woo. (2018) "Applying the Principle of the Common Heritage of Mankind: An East Asian Perspective", Global Commons and Law of the Sea (ed. Zou Keyuan), Koninklijke Brill NV, Leiden, 2018, s. 33
- Pazarıcı, Hüseyin, Uluslararası Hukuk, 19. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2020, s. 150-166,
- Torcu, Deniz, UNESCO Türkiye Milli Komisyonu 4. Türksoy Üye Devletleri UNESCO Milli Komisyonları Toplantısı, 2. Kültürel ve Do-

ğal Miras Semineri. Birleşmiş Milletler Eğitim, Bilim ve Kültür Kurumu, UNESCO Türkiye Milli Komisyonu, 2013, s.

Ünder, Hasan, Çevre Felsefesi, Ankara, Doruk Yayınları, 1996, s. 132-147.

Wolfrum, Rudiger. (2017). "Common interest and common heritage in Antarctica", Handbook on the politics of Antarctica, (ed. Klaus Doods, vd.), Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2017, s. 142-151.

### **ULUSAL VE ULUSLARARASI METİN VE KARARLAR**

BM Genel Kurul Kararları, A/RES/2340, s. 22.  
[http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/2340\(XXII\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/2340(XXII))

U.N. General Assembly's 1970 Declaration of Principles Governing the Seabed and the Ocean Floor and the Subsoil Thereof, Beyond the Limits of National Jurisdiction, G.A. Res. 2749, UN GAOR, 25th Sess., Supp. No. 28, at 24, U.N. Doc. A/8028 (1970), 2749 (XXV) ve 2750 (XXV).

UNCLOS, Madde 136, United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS) (tamamlanma Aralık 10, 1982, yürürlüğe girme Kasım 16, 1994) 1833 UNTS 397.

UN Doc. A/37/PV.10, 1982, s. 132,  
<https://undocs.org/en/A/37/PV.10>

Universal Declaration on the Human Genome and Human Rights (UNESCO 29.Oturuş Kasım 11, 1997) UN Doc. A/Res/51/122.

Global governance and governance of the global commons in the global partnership for development beyond 2015, 2013, s. 5,  
[https://www.un.org/en/development/desa/policy/untaskteam\\_undf/thinkpieces/24\\_thinkpiece\\_global\\_governance.pdf](https://www.un.org/en/development/desa/policy/untaskteam_undf/thinkpieces/24_thinkpiece_global_governance.pdf)  
(erişim tarihi: 30.01.2021)

EG of the Global Commons, 2016,  
<https://cil.nus.edu.sg/wpcontent/uploads/2015/12/Ses4-7->

UNEP-Division-of-Environmental-Law-and-ConventionsGlobal-Commons.pdf (erişim tarihi: 30.01.2021).

Santiago Declaration on the Twenty Fifth Anniversary of the signing of the Protocol on Environmental Protection to the Antarctic Treaty, 2016, s. 2, [https://documents.ats.aq/ATCM39/ad/atcm39\\_ad003\\_e.pdf](https://documents.ats.aq/ATCM39/ad/atcm39_ad003_e.pdf)

Declaration on the Progressive Development of Principles of Public International Law relating to a New International Economic Order, *Rivista di Studi Politici Internazionali*, Yıl: 1987, Cilt: 54, Sayı: 2, s. 313-319

5 UN Doc. A/C.1/48/SR.33, 1993, s. 5, <https://digitallibrary.un.org/record/180542> (erişim tarihi: 15.01.2021); UN Doc. A/C.1/48/SR.32, 1993.



## **DÜNYA TİCARET ÖRGÜTÜNÜN DENETİM SİSTEMİ VE KARARLARINA UYULMAMASININ MÜEYYİDELERİ**

*Consequences of Non-Compliance with the Audit System and Decisions  
of the World Trade Organization*

**Dr. Öğr. Üyesi Abdülkadir AKIL\***

### **ÖZET**

Uluslararası ticaret; küreselleşme ve gelişen teknolojiye paralel olarak gün geçtikçe gelişmektedir. Bu baş döndürücü gelişmeler uluslararası ticaretin ayrıntılı bir şekilde düzenlenmesini ve çağa ayak uydurmasını gerektirmektedir. Bilhassa ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözülmesi ve uluslararası ticaret kurallarına uyulup uyulmadığının denetlenmesi büyük önem arz etmektedir. Bu noktada Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ) uluslararası ticaretin kaide ve kurallarını ortaya koyan, işleyişini denetleyen ve müeyyideler uygulayan bir kurum olarak faaliyet göstermektedir. Bu çalışmamızda öncelikle GATT'ın yerini alan Dünya Ticaret Örgütü'nün kurulması, temel prensipleri ve kurumsal yapısı kısaca anlatıldıktan sonra esas olarak denetim mekanizmaları ve müeyyideleri incelenmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Uluslararası Hukuk, Uluslararası Ticaret, Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ), egemenlik, küreselleşme.

---

\* İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi, aka-kil@ticaret.edu.tr; abdulcadirakil@yahoo.com, Orcid ID: 0000-0002-6556-8006

## **ABSTRACT**

International trade is developing day by day in parallel with globalization and developing technology. These dizzying developments require detailed regulation of international trade and keeping up with the times. In particular, it is of great importance to resolve emerging disputes and to monitor whether international trade rules are complied with. At this point, the World Trade Organization (WTO) operates as an institution that sets out the rules and rules of international trade, supervises its operation and imposes sanctions. In this study, after briefly mentioning the establishment, basic principles and institutional structure of the WTO, which replaced the GATT, the control mechanisms and sanctions were mainly examined.

**Keywords:** International law, international trade, World Trade Organization (WTO), sovereignty, globalization.

## **GİRİŞ**

Küreselleşme ve gelişen teknoloji hayatımızın her alanını etkilemekte ve değiştirmektedir. Ticaretin bilhassa uluslararası ticaretin bundan etkilenmemesi düşünülemez. Zira ülkeler ve toplumlar arası etkileşim arttıkça uluslararası ticarete artmaktadır. Buna bağlı olarak uluslararası ticarete menfaat çatışmalarına bağlı olarak uyuşmazlıklarda artmaktadır. Ayrıca adil ve etkin bir uluslararası ticaret sistemi sağlamak üzere yapılan antlaşmalara uyulup uyulmadığının denetlenmesi ve bu noktada bir yaptırım mekanizmasının kurulması önem arz etmektedir. İkinci Dünya Savaşının akabinde bunu sağlamak üzere 23 devletin katılımı ile 1947 yılında Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması (GATT) yürürlüğe girmiştir. Uluslararası ticaretin önündeki engellerin kaldırılması suretiyle ülkeler arasındaki ticaret hacminin artırılmasını amaçlayan GATT anlaşmaları zaman içinde genişlemiş ve gelişmiştir.

GATT antlaşmalarının daha da genişletilmesi ve bir kısım boşlukların kapatılması için ülkeler arasında pek çok turlar yapılmıştır. Bu

turlar olumlu sonuçlar doğursa bile uluslararası ticareti arttırma, uluslararası ticarete engellerin kaldırılması ve korumacı politikaların önlenmesi noktasında pek de başarılı sayılmamışlardır Dünya Ticaret Örgütü'nün kurulması ile sonuçlanacak Uruguay turu ise 1986 ile 1993 yılları arasında 7 yıl sürmüştür. Uruguay turunun en önemli sonucu ise uluslararası ticaretin en üst karar organı olan ve bir takım uyuşmazlık çözüm mekanizmaları içeren Dünya Ticaret Örgütü'nün kurulması olmuştur. Dünya Ticaret Örgütü'nün kurulması uluslararası ticaretin gelişmesi anlamında çok önemli bir adım olmuştur. Zira Dünya Ticaret Örgütü uluslararası ticarete rol alan hükümetler, şirketler ve bireyler için bir takım kurallar koymakta ve bu kurallar uluslararası ticarete bir şeffaflık ve düzen getirmektedir.

Dünya Ticaret Örgütü uluslararası ticaret alanında geçerli en üst düzeyde bir denetim ve uyuşmazlık çözüm mekanizması sağlamaktadır. Bu mekanizmalar sayesinde Dünya Ticaret Örgütü anlaşmalarının uygulanması sağlanmaktadır. Dolayısıyla Dünya Ticaret Örgütü bünyesinde bağlayıcılığı olan bu şekilde kurumsallaşmış bir uyuşmazlıkların çözülmesi sistemi, Örgüt'ün diğer uluslararası kuruluşlardan farkını ortaya koymaktadır. Bu çalışmamızın amacı da Dünya Ticaret Örgütü bünyesindeki denetim mekanizmalarını ve yaptırım sistemlerini ortaya koyabilmektir. Bu kapsamda Dünya Ticaret Örgütü'nün temel ilkeleri ve kurumsal yapısı kısaca ortaya koyulduktan sonra denetim mekanizmaları ve kurallara uyulmamasının yaptırımları ve sistemin etkileri detaylı olarak incelenmiştir.

## **1. GATT ve Dünya Ticaret Örgütü'nün Kurulması**

Birinci Dünya Savaşı öncesinde mal, sermaye ve insanların serbest dolaşımı nedeniyle dünya ticaretinde görülen gelişme ve genişleme süreci savaşla ve ardından gelen ekonomik krizlerle büyük bir sekteye uğramıştır<sup>1</sup>. Ardından gelen İkinci Dünya Savaşı dünya ticaretini bir kez daha vurmuş ve akabindeki onarım sürecinde uluslararası ticaretin düzenlenmesi noktasında düşüncelerin oluşmasına neden

<sup>1</sup> Kaya, Talat, Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ) Anlaşmalarının İç Hukukta Uygulanması: ABD, AB ve Türkiye Örnekleri, Ankara: Legal Yayıncılık, 2015, s. 7.



olmuştur. Bu düşünceler daha sonra Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması'nın (GATT) kurulmasının ön aşamalarını oluşturmuştur<sup>2</sup>. Yarım asırlık bir uygulamadan sonra da GATT yerini şu an tüm uluslararası ticari işlemlerde uygulama alanı bulan Dünya Ticaret Örgütü anlaşmalarına bırakmıştır<sup>3</sup>.

Genel olarak uluslararası ticarete gümrük tarifelerini düzenleyen GATT anlaşmaları zaman içinden genişlemiş ve gelişmiştir. Zira GATT'ın en büyük amacı da uluslararası ticaretin önündeki engellerin kaldırılması suretiyle ülkeler arasındaki ticaret hacminin artırılmasıdır. Bu husus, ülkelerin ekonomik gelişimleri için de önem arz etmektedir. Uluslararası ticaretin geliştirilmesi noktasında şimdiye kadar pek çok tur gerçekleştirilmiştir. Bunlardan ilk beşi gümrük tarifeleri ile ilgilidir<sup>4</sup>. Daha sonraki turlarda anti-damping gibi tarife dışı önlemler de ele alınmıştır<sup>5</sup>. Fakat tüm bu turların uluslararası ticareti artırma noktasında tarifelerin düşürülmesi, uluslararası ticarete engellerin kaldırılması ve korumacı politikaların önlenmesi noktasında pek de başarılı olamamıştır<sup>6</sup>. Her ne kadar Tokyo turundan sonra bu konularda bilhassa gümrük tarifelerini indirme konusunda bir takım gelişmeler sağlanmış olsa da yetmişli ve seksenli yıllardaki krizleri önlemeye yeterli olmamıştır. Dolayısıyla Dünya Ticaret Örgütü'nün kurulması ile sonuçlanacak Uruguay turu başlamıştır.

Uruguay Turu 1986 yılında başlayıp, AB ile ABD arasındaki görüş ayrılıkları nedeniyle yedi yıl sürerek 1993 yılına kadar devam etmiş-

---

<sup>2</sup> Mavroidis, Petros. C., "The Genesis of GATT Summary", Henrik HORN and Petros C. Mavroidis (eds.), Legal and Economic Principles of World Trade Law (1-8), 1st Editon, New York: Cambridge University Press, 2013, s. 1.

<sup>3</sup> Skalar, Meltem, Sarıbeyoğlu, Uluslararası Ekonomi Hukuku Açısından Dünya Ticaret Örgütü Gümrük Birliği ve Türkiye, 1. Baskı, İstanbul: Türkmen Kitabevi, 2010, s. 35.

<sup>4</sup> Ulusoy, Ülkü, Dünya Ticaret Örgütü'nde Uyuşmazlıkların Çözüm Mekanizması, 1. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009, s. 36-38.

<sup>5</sup> Kaya, Talat, "Dünya Ticaret Örgütü Anlaşmalarındaki Yükümlülüklerden Kaçınmaya Olanak Sağlayan İstisna Hükümleri", Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 7 (2), 2017, s. 173.

<sup>6</sup> Altan, Mehmet, Uluslararası Ekonomi Politik, 1. Baskı, Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Yayınları, 2013, s. 123.

tir<sup>7</sup>. 123 ülkenin katılımıyla hazırlanan Uruguay Turu Nihai Senedi 15 Nisan 1994 tarihinde Marakeş'te imzalanmıştır. Anlaşma 1 Ocak 1995 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Müzakerelerin konusunu ise öncelikle tarifeler, tarife harici tedbirler, fikri ve mülkiyet hakları, tekstil ve tarım sektörüne ilişkin konular oluşturmuştur<sup>8</sup>. Uruguay turunun en önemli sonucu ise uluslararası ticaretin en üst karar organı olan ve bir takım uyuşmazlık çözüm mekanizmaları içeren Dünya Ticaret Örgütü'nün kurulması olmuştur<sup>9</sup> (Barton:1 ). Dünya Ticaret Örgütü'nün varlığı altında GATT da geçerliliğini sürdürmektedir. Hatta GATT'ın uygulama alanı Dünya Ticaret Örgütü ile birlikte daha da artmıştır (Kaya:39). Bunun yanında Hizmet Ticareti Genel Anlaşması (GATS), Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması (TRIPS) de aynı çatı altındadır<sup>10</sup>.

Dünya Ticaret Örgütüne taraf olan ülkeler bu örgütün çatısı altındaki tüm anlaşmalara uymakla yükümlüdürler. AYRICA, Dünya Ticaret Örgütü'nün ayrı bir hukuki tüzel kişiliği bulunup üçüncü ülkeler ile de anlaşma yapmaları mümkündür<sup>11</sup>. Dünya Ticaret Örgütü'nün kurulması uluslararası ticaretin gelişmesi anlamında çok önemli bir adım olmuştur. Zira Dünya Ticaret Örgütü uluslararası ticarete rol alan hükümetler, şirketler ve bireyler için bir takım kurallar koymakta ve bu kurallar uluslararası ticarete bir şeffaflık ve düzen getirmektedir. Uluslararası ticarete rol alan aktörler bu suretle bir sürprizle karşılaşmayacaklarını bilmektedirler. Bu durum uluslararası ticarete güven ortamının oluşmasına ve uluslararası ticaretin gelişimine yol açmaktadır<sup>12</sup>.

---

<sup>7</sup> Barton, John. H. & Others, *The Evolution of the Trade Regime: Politics, Law, and Economics of the GATT and the WTO*, New Jersey: Princeton University Press, 2006, s. 3.

<sup>8</sup> Kaya, Talat, *Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ) Anlaşmalarının İç Hukukta Uygulanması: ABD, AB ve Türkiye Örnekleri*, Ankara: Legal Yayıncılık, 2015, s. 41.

<sup>9</sup> Barton, J., age, s. 1.

<sup>10</sup> Hoekman, Bernard. M. & Kostecki, Michael. M., *The Political Economy of the World Trade System: The WTO and Beyond*, Third Edition, Oxford: Oxford University Press, 2009, s. 57.

<sup>11</sup> Hoekman ve Kostecki, age, s. 58.

<sup>12</sup> Ulusoy, Ü., age, s.77.

Dünya Ticaret Örgütü'nün en temel amacı uluslararası ticaretin önündeki engelleri kaldırmak, korumacı politikaları engellemek ve tariflere bir standart getirerek uluslararası ticaretin gelişmesini sağlamaktır. Bunun yanında üye ülkelerdeki vatandaşların yaşam standartlarını yükseltmek, istihdamı geliştirmek, ekonomik kalkınma ve büyümeyi desteklemek ve ticaret hacmini arttırmak gibi amaçlar da anlaşmanın önsözünde belirtilmektedir. Ayrıca yeryüzü kaynaklarının en uygun şekilde kullanılması, çevrenin korunması ve üye ülkelerin dünya ticaretinden dengeli bir şekilde pay almaları da sözleşme ve eklerinde belirtilen amaçlar arasındadır<sup>13</sup>.

## 2. Dünya Ticaret Örgütü'nün Temel ilkeleri

Dünya Ticaret Örgütü'nün ilkelerini aşağıda kısaca açıklayacağımız üzere ayrımcılık yasağı, şeffaflık, değişimde serbestlik, öngörülebilir olma, mütekelilik ve adil rekabet olarak sıralamak mümkündür. Dolayısıyla Dünya Ticaret Örgütü'nün en temel prensibinin uluslararası ticaret hacminin arttırılmasını sağlamak üzere koşullarda eşitlik olarak belirlemek mümkündür. Bu noktada rekabette eşitliğin sağlanması, gümrük vergilerinin karşılıklı olarak düşürülmesi ve sınırların açılması suretiyle ticaret engellerinin kaldırılması suretiyle uluslararası ticaretin arttırılması hedeflenmektedir<sup>14</sup>.

**Ayrımcılık yapma yasağı**, Dünya Ticaret Örgütü mekanizmasının en önemli ilkesidir. Bu kapsamda bir ülkeye tanınan ayrımcılık başka ülkelere de sağlanmak zorundadır. Bunun da dayanağı **En Çok Kayırılan Ülke** kuralı ile **Ulusal Muamele** kuralıdır<sup>15</sup>. En Çok Kayırılan Ülke kuralına göre bir ülkeye düşük bir gümrük vergisi uygulandığında diğer ülkelere de bu oranın uygulanması zorunludur. Bu durum hem GATT hem GATS hem de TRIPS için geçerlidir. Ulusal muamele kuralı ise üye ülkeler nezdinde yerli ve yabancı ayrımını kaldırılması-

<sup>13</sup> (WTO: <https://www.wto.org/index.htm>).

<sup>14</sup> Parasız, İlker, Uluslararası Mali ve Ekonomik Kuruluşlar, Genişletilmiş 3. Baskı, Ezgi Kitabevi, Bursa, 2012, s.116.

<sup>15</sup> Kaya, T., HHFD, 2017, s. 174.

na daırdır<sup>16</sup>. Bu ilkelerin istisnası ise gümrük birlikleri ve serbest ticari bölgelerdir. AB ise buna iyi bir misal teşkil etmektedir.

**Şeffaflık** ilkesi ise uluslararası ticarete kuralların şeffaf ve öngörülebilir olması anlamına gelmektedir. Bu sayede yatırımların teşviki, istihdamın artması, kuralların açık ve öngörülebilir olması ve bir ihtilaf halinde de uygulanacak yasa yolunun önceden belli olması temin edilir<sup>17</sup>. **Mütekabiliyet ve adil rekabet** ilkesi ise verilen tavizlerin karşılıklı olmasına bu suretle adil rekabetin sağlanmasına dayanır. **Değişimde serbestlik** üye ülkeler arasında pazara girişte kolaylığın sağlanması, gümrük vergilerinin düşürülmesi ve dumping uygulamalarının kaldırılması gibi ilkelere vurguda bulunur. Bu suretler uluslararası ticaretteki engeller kaldırılarak açık pazar oluşumuna katkı sağlanır<sup>18</sup>.

### **3. Dünya Ticaret Örgütü'nün Kurumsal Yapısı**

Ayrı bir tüzel kişiliğe sahip bulunan Dünya Ticaret Örgütü'nün merkezi İsviçre'nin **Cenevre** şehrindeyir. Dünya Ticaret Örgütü kendi başına üçüncü devletler ile anlaşma yapabileceği gibi üye ülkeler nezdinde de faaliyetlerde bulunabilir<sup>19</sup>. Dünya Ticaret Örgütü'nün organlarını Bakanlar Konferansı, Genel Konsey, Konseyler, Komiteler ve Sekretarya olarak sıralamak mümkündür.

**Bakanlar Konferansı** en üst düzey karar organı olarak üye ülkelerin temsilcilik veya ticaret bakanlarından oluşur<sup>20</sup>. İki yılda bir toplanan bu organ çok taraflı ticari anlaşmalar yapmaya yetkilidir. Her ülkenin bir oy hakkı olup kararlar **oy çokluğu** ile alınmaktadır<sup>21</sup>.

<sup>16</sup> Kaya, T., 2015, s. 23

<sup>17</sup> Skalar, M. S., age, s. 73.

<sup>18</sup> Parasız, İ., age, s. 117.

<sup>19</sup> Kayıhan Şaban ve Eski, Mehmet, Uluslararası Ekonomi Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2010, s. 37.

<sup>20</sup> Turhan, Ali, Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ) :GATT, Devlet planlama Teşkilatı Yayın ve Temsil Dairesi Başkanlığı Yayın ve Basım Şube Müdürlüğü, Ankara, 1997, s. 31.

<sup>21</sup> Büyüktaşkın, Şener, Dünya Ticaret Sistemi ( GATT, Dünya Ticaret Örgütü ve Türkiye ), Esbank Yayınları, Ankara, 1997, s. 46.

**Genel Konsey** ise örgütün yürütme organı olarak üye ülke temsilcilerinden oluşur. Bu organ üye devletlerin ticaret politikalarını gözden geçirmektedir. Bakanlar Konferansı toplanamadığı hallerde Onun adına çalışmaktadır<sup>22</sup>. Genel Konseyin altında ise **Mal Ticareti Konseyi, Hizmetler Ticareti Konseyi** ve **Ticaretle İlgili Fikri Mülkiyet Hakları Konseyi** adı altında üç ayrı konsey faaliyet göstermektedir. Bunlar Genel Konsey'in çalışmalarına yardımcı bulunurlar.

**Komiteler** ise konseylerin altında değişik alt başlıklarda çalışma yapan birimlerdir. Konularına göre ticaret ve kalkınma, ödemeler dengesi, kısıtlamalar, idari komite, maliye ve bütçe komiteleri mevcuttur. **Sekretarya** ise örgütün idari işlerini görmek üzere bir genel müdür, üç genel müdür yardımcısı ve yeteri kadar personelden oluşmaktadır<sup>23</sup>. Bunlar görevlerini icra ederken bağımsızdırlar. Görevleri ise yönetim toplantılarını organize etmek, gerekli raporları hazırlamak, üst komite ve konseylere lojistik ve teknik destek sağlamaktır<sup>24</sup>.

#### 4. Dünya Ticaret Örgütü'nün Denetim Mekanizmaları

Dünya Ticaret Örgütü uluslararası ticaretin en tepesindeki bir denetim ve uyuşmazlık çözüm mekanizmasıdır. Dünya Ticaret Örgütü'nün kurulmasına vesile olan Uruguay Turu'nun diğer bir önemli kazanımı da anlaşmazlıkların çözümü mekanizmasını oluşturmuş bulunmasıdır. Doğal olarak aynı zamanda bu bir denetim mekanizmasıdır. Zira bu sayede anlaşmaların uygulanması temin edilmektedir. Dolayısıyla Dünya Ticaret Örgütü bünyesinde bağlayıcılığı olan bu şekilde kurumsallaşmış bir uyuşmazlıkların çözümlenmesi sistemi, Örgüt'ün diğer uluslararası kuruluşlardan farkını ortaya koymaktadır.

Dünya Ticaret Örgütü bünyesindeki anlaşmalara riayet edilip edilmediğinin denetlenmesi noktasında, Anlaşmazlıkların Çözülmesi Mutabakat Düzenlemesi; esasa ve usule ilişkin pek çok kural ihdas etmiştir. Bu noktada Anlaşmaların Halli Organına kararlara uy-

---

<sup>22</sup> Turhan, A., age, s. 11.

<sup>23</sup> Büyüктаşkın, Ş., age, s. 46.

<sup>24</sup> Hoekman ve Kostecki, age, s. 66.

mayan ülkelere karşı bir denetim ve yaptırım yolu olarak taviz ve yükümlülüklerin askıya alınması imkânı getirilmiştir. Bu noktada Anlaşmazlıkların Halli Organını bir nevi denetimi gerçekleştiren ve müeyyide uygulayan bir mahkeme olarak değerlendirmek de mümkündür.

#### **4.1. Danışma Mekanizması**

Anlaşmazlıkların çözümü ve bu suretle anlaşmalara uyulmasının denetlenmesi bu kapsamında pek çok yöntem mevcuttur. Bunlardan ilkini de danışma metodu olarak ifade etmek mümkündür. Bir uyuşmazlık çıktığında davacı, sorunun çözümüne yönelik olarak panel kurulmasını sağlamadan önce bu uyuşmazlığın dostane bir yolla çözümlenmesi için danışma sürecine başvurmalıdır<sup>25</sup>.

Bu zorunluluğun kötüye kullanılmasını engellemek amacıyla da bu süreç bir süreye tabi tutulmuştur. Yani Anlaşmazlıkların Çözümüne Dair Kural ve Prosedürler Metninin 4/3'üncü maddesine göre bu konuda kendisinden talepte bulunulan ülke 10 gün içinde cevap vermek ve 30 gün içinde de danışma sürecini başlatmak zorundadır. Aksi durumda davacı taraf panel sürecini başlatabilecektir. Danışma süreci gizli tutulmaktadır ve ülkelerin haklarına zarar getirmeyeceği garanti edilmektedir. Bu sürece diğer ülkeler de eğer menfaatleri varsa katılabilmektedirler.

#### **4.2. Panel Mekanizması**

Dünya Ticaret Örgütü bünyesindeki anlaşmalara uyulup uyulmadığı noktasındaki diğer bir denetim mekanizması ise panel kurmadır. Danışma süreci olumsuzlukla sonuçlandığında bu yola başvurulabilmektedir. Davacı ülke danışma sürecinin olumsuzlukla sonuçlandığına dair bilgi ve belgeleri toparlayarak Uyuşmazlıkların Halli Organına iletir. Burada uyuşmazlık ile ilgili tüm veriler ve muhtemel önlemler de bildirilir. Daha sonra panel kurma süreci başlar.

---

<sup>25</sup> Kaya, T., 2015, s. 60.

Paneller olay temelli kurulur. Birden fazla ülkenin talebi üzerine tek bir panel de kurulabilir. Panelde görev alacak panelistler, konusunda uzman ve yeterince uluslararası ticaret birikimine sahip kişiler arasından ortak karar ile seçilir. Panel oturumları aksine bir karar olmadığı müddetçe gizli yapılır. Panelde bilgi ve belge sunumu yazılı olarak yapılır<sup>26</sup>.

Anlaşmazlıkların Çözümüne Dair Kural ve Prosedürler Metninin 6 ila 18 inci maddelerinde panel ile ilgili ayrıntılı düzenlemeler yer almaktadır<sup>27</sup>. Panel raporları ilgili ülkeler tarafından 60 gün içinde temyiz edilmediği takdirde Anlaşmazlıkların Halli Organınca onaylanır ve davalı tarafa uygulamalarını Dünya Ticaret Örgütü anlaşmalarına uygun hale getirmesi için tavsiye kararı çıkartılır<sup>28</sup>.

### 4.3. Temyiz Mekanizması

Diğer bir denetim mekanizması ise temyiz yoludur. Panel kararlarının hukuki açıdan denetlenmesi veya yorumlanması amacıyla öngörülen bir yasal mekanizmadır. Temyiz organı dört yıllık bir süre için hukukçular ve uluslararası ticaret uzmanları arasından seçilirler. Bunlar hiçbir ülkeye bağlı olmayacaklardır. Burada yedi üye ve yeterince destek personeli ile hukukçu bulunur. Ayrıca sekreteryaya da bulunur.

Panelin bir kararına temyiz yoluna götüren taraf ülke hukuki delillerini ve dayanak bilgi ve belgeleri de sunmak durumundadır<sup>29</sup>. Buna karşılık olarak karşı tarafın de kendi delillerini yazılı olarak sunmasından sonra sözlü oturuma geçilir. Temyiz yoluna ancak ilgili ülkeler veya menfaatini kanıtladığı takdirde üçüncü ülkeler gidebilecektir. Genel bir kural olarak, yargılamalar, anlaşmazlığın taraflarından birinin temyiz kararını resmen bildirdiği tarihten itibaren, Temyiz Organının raporunu dağıttığı tarihe kadar, 60 günü geçmeyecektir.

---

<sup>26</sup> Kaya, T., 2015, s. 62.

<sup>27</sup> ([https://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/28-dsu\\_e.htm](https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/28-dsu_e.htm)).

<sup>28</sup> Kaya, T., 2015, s. 67.

<sup>29</sup> Kaya, T., 2015, s. 64.

Temyiz Organı, raporunu 60 gün içinde sunamayacağını anladığında gecikmenin nedenlerini ve raporunu sunacağı süreye ilişkin bir tahmini yazılı olarak Anlaşmazlıkların Halli Organına bildirecektir. İşlemler hiçbir durumda 90 günü aşamaz. Temyiz, panel raporunda yer alan hukuki konular ve panel tarafından geliştirilen hukuki yorumlarla sınırlıdır. Temyiz Organına gerektiği şekilde uygun idari ve hukuki destek sağlanacaktır.

Temyiz Organında görev yapan kişilerin seyahat ve maişet ödeneği de dâhil olmak üzere giderleri, Bütçe, Finans ve Yönetim Komitesinin tavsiyelerine dayalı olarak Genel Konsey tarafından kabul edilecek kriterlere göre Dünya Ticaret Örgütü bütçesinden karşılanacaktır. Aksi kararlaştırılmadığı müddetçe temyiz süreci gizli tutulur. Temyiz merci kararı için **oy çokluğu** yeterlidir. Temyiz Organının raporları, uyuşmazlığın tarafları olmadan ve verilen bilgiler ve yapılan açıklamalar ışığında hazırlanacaktır.

Temyiz Organı, panelin yasal bulgularını ve sonuçlarını onaylayabilir, değiştirebilir veya tersine çevirebilir. Panel ya da Temyiz Organının kararları, Anlaşmazlıkların Halli Organı tarafından onaylandığı zaman taraflar için **bağlayıcı** hale gelir<sup>30</sup>. Temyiz sonucu alınan kararın taraflara bildirilmesinden 30 gün içinde karar onanarak aleyhine hüküm verilmiş olan tarafa uygulamalarını Dünya Ticaret Örgütü anlaşmalarına uygun hale getirmesi iletilir. Bu kararlara Anlaşmazlıkların Çözümüne Dair Kural ve Prosedürler Metninin 21'inci maddesi uyarınca derhal uyulması zorunludur.

## **5. Dünya Ticaret Örgütü'nün Yaptırımları**

Panel veya Temyiz Organı, bir tedbirin Dünya Ticaret Örgütü bünyesindeki bir anlaşma ile tutarsız olduğu sonucuna varırsa, ilgili üyeye tedbiri bu anlaşmaya uygun hale getirmesini tavsiye eder. Panel veya Temyiz Organı, tavsiyelerine ek olarak, ilgili üyenin tavsiyeleri uygulayabileceği yollar da önerebilir. Anlaşmazlıkların Çözümüne Dair Kural ve Prosedürler Metninin 19'uncu maddesine

30

Kaya, T., 2015, s. 66.



göre ilgili Metnin 3. Maddenin 2. paragrafı uyarınca, Panel ve Temyiz Organı, bulgu ve tavsiyelerinde, ilgili anlaşmalarda sağlanan hak ve yükümlülükleri artıramaz veya azaltamaz. Ayrıca, anlaşmazlıkların çözümüne konu olan tedbirlerle ilgili olarak, gelişmekte olan üye ülkelerin çıkarlarını etkileyen konulara özel dikkat gösterilmelidir.

Anlaşmazlıkların Çözümüne Dair Kural ve Prosedürler Metninin 21'inci maddesine göre Panelin veya Temyiz Organı raporunun kabul edildiği tarihten itibaren 30 gün içinde yapılan bir Uyuşmazlıkların Halli Organı toplantısında, ilgili üye, Organın tavsiyeleri ve kararlarının uygulanmasına ilişkin niyetlerini bildirecektir. Tavsiyelere ve kararlara derhal uymak mümkün değilse, ilgili üyenin bunu yapmak için makul bir süresi olacaktır. Makul süre şöyle olacaktır: (a) Uyuşmazlıkların Halli Organı tarafından onaylanması şartıyla ilgili üye tarafından önerilen süre; (b) veya böyle bir onayın yokluğunda, tavsiye ve kararların kabul edildiği tarihten itibaren 45 gün içinde anlaşmazlığın tarafları tarafından karşılıklı olarak kararlaştırılan bir süre; (c) veya böyle bir anlaşmanın yokluğunda tavsiye ve kararların kabul edildiği tarihten itibaren 90 gün içinde bağlayıcı tahkim yoluyla belirlenen bir süre. Böyle bir tahkimde, Panel veya Temyiz Organı tavsiyelerini uygulamak için makul sürenin bir Panel veya Temyiz Organı raporunun kabul edildiği tarihten itibaren 15 ayı geçmemesi gerekir. Ancak, özel koşullara bağlı olarak bu süre daha kısa veya daha uzun olabilir.

Anlaşmazlıkların Çözümüne Dair Kural ve Prosedürler Metninin 21'inci maddesinin 6'ncı fıkrasına göre Uyuşmazlıkların Halli Organı, kabul edilen tavsiyelerin veya kararların uygulanmasını gözetim altında tutacaktır. Tavsiyelerin veya kararların uygulanması, kabul edildikten sonra herhangi bir zamanda herhangi bir üye tarafından gündeme getirilebilir. Uyuşmazlıkların Halli Organı aksini kararlaştırmadıkça, tavsiyelerin veya kararların uygulanması konusu, paragraf 3 uyarınca makul sürenin belirlendiği tarihten itibaren altı ay sonra Uyuşmazlıkların Halli Organı toplantısının gündemine alınacak ve gündeminde kalacaktır. Dava gelişmekte olan bir ülke üyesi tarafından getiriliyorsa, hangi uygun eylemin yapılabileceği göz önünde bulundurularak, Uyuşmazlıkların Halli Organı sadece şikâyet edilen önlemlerin ticari kapsamını değil, aynı za-

manda ilgili gelişmekte olan ülke üyelerinin ekonomisi üzerindeki etkilerini de dikkate alacaktır<sup>31</sup>.

Bazı durumlarda Uyuşmazlıkların Halli Organının tavsiye ve kararlarına uyulmadığı durumlar gözükmemektedir. Tavsiye ve kararlara uymayan üyeler için bir takım önlemler düşünülmüştür. Bunları tazminat ve imtiyazları askıya alma (misilleme) olarak sıralamak mümkündür. Bu durum, Anlaşmazlıkların Çözümüne Dair Kural ve Prosedürler Metninin 22'inci maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddenin birinci fıkrasına göre tazminat ve imtiyazların veya diğer yükümlülüklerin askıya alınması, tavsiye ve kararların makul bir süre içinde uygulanmaması durumunda mevcut geçici önlemlerdir. Bununla birlikte, her halde bir tedbirin kapsanan anlaşmalara uygun hale getirilmesi için verilen bir tavsiyenin tam olarak uygulanması; tazminat, imtiyazların veya diğer yükümlülüklerin askıya alınmasına tercih edilir. Tazminat gönüllüdür ve verilirse, kapsanan sözleşmelerle tutarlı olmak durumundadır. Uygulamada tazminat türüne çok az rastlanmakta, misilleme olarak da nitelendirilebilecek imtiyazları askıya alma yaptırımı adeta tek yaptırım türü olarak görülmektedir.

İlgili üye, Dünya Ticaret Örgütü kapsamındaki sözleşmeye aykırı olduğu tespit edilen tedbiri, Madde 21'in 3 üncü fıkrası uyarınca belirlenen makul süre içinde tavsiye ve kararlara uygun hale getirmezse, makul sürenin sona ermesinden sonra, karşılıklı olarak kabul edilebilir tazminat geliştirmek amacıyla, diğer tarafla karşılıklı olarak kabul edilebilir bir tazminat için müzakerelere girmek zorundadır. Makul sürenin sona erdiği tarihten itibaren 20 gün içinde tatmin edici bir tazminat kararlaştırılmamışsa, uyuşmazlık çözüm prosedürlerini başlatan herhangi bir taraf, Dünya Ticaret Örgütü kapsamındaki anlaşmalara göre **ilgili üye için imtiyazlar veya diğer yükümlülüklerin askıya alınmasını** Uyuşmazlıkların Halli Organından isteyebilir. Burada belirlenen tazminatın bir tarife indirimi içermesi halinde ise Dünya Ticaret Örgütü'nün en çok kayırılan ülke kuralı uyarınca diğer

---

<sup>31</sup> Kaya, T., 2015, s. 68-69.

üye ülkelere de uygulanması gerekecektir<sup>32</sup>. Burada yükümlülüklerin askıya alınması tedbirinin, ihlal ile orantılı olması aynı maddenin 4'üncü fıkrasında hüküm altına alınmıştır.

Hakkında tedbir uygulanan ülke askıya alma kararını tahkime götürebilir. Bu durumda daha önceden bu konuda inceleme yapan Panel veya Dünya Ticaret Örgütü müdürü tarafından konuyu incelemek üzere bir hakem atanacaktır. Hakem makul sürenin bitiminden itibaren 60 gün içinde bir karar vermelidir. **Verilen bu karar üye ülkeler tarafından kesin olarak uygulanmak zorundadır.** Tavizler veya diğer yükümlülüklerin askıya alınması olay kesin olarak çözülmünceye kadar geçici tedbir mahiyetindedir.

Tüm bu düzenlemelere baktığımızda Dünya Ticaret Örgütünde uyuşmazlıkların çözümüne dair denetim mekanizmalarının GATT'a göre daha kapsamlı ve detaylı olduğu anlaşılmaktadır<sup>33</sup>. Zira GATT'ın en büyük eleştirilen eksiği yaptırım gücünün yetersiz olmasıydı. Hâlbuki Dünya Ticaret Örgütü kapsamında kurulan **Panel Ve Temyiz Organının kararları bağlayıcı** olmaktadır<sup>34</sup>. Yine yapılan gözlemlerde Panel ve Temyiz Organı kararlarının uygulama oranının %80'leri aştığı görülmektedir. Dolayısıyla Dünya Ticaret Örgütü nezdindeki denetim mekanizmalarının başarılı olduğunu söylemek mümkündür<sup>35</sup>.

Dünya Ticaret Örgütü bünyesindeki danışma görüşmelerinin başarısızlıkla sonuçlanması halinde bir panelin kurulmasına yönelik konsensüs sağlanamadığı takdirde panel **otomatik olarak** kurulmaktadır. Panelde de raporun reddi için konsensüs olmadığı takdirde pa-

<sup>32</sup> Kaya, T., 2015, s. 69.

<sup>33</sup> Aydın, Mesut, "Dünya Ticaret Örgütü Anlaşmazlıkların Halli Mekanizması", Dış Ticaret Dergisi, S: 33, 2004, s. 2.

<sup>34</sup> Aerts, Özden Gülveren, Dünya Ticaret Örgütü ve Anlaşmazlıkların Çözümü, Türk Dış Ticaret Vakfı Yayını, Ankara, 2010, s. 40-41.

<sup>35</sup> Karlı, Mehmet, "Assessing The Development Friendliness of Dispute Settlement Mechanisms In The Economic Partnership Agreements & An Analytical And Comparative Guide To The Dispute Settlement Provisions In The EU's FTAs", European Studies Center, University of Oxford, 6 Ekim 2008, 2008, s. 11-12. [http://www.sant.ox.ac.uk/esc/docs/WTO\\_Memeth\\_EPADS.pdf](http://www.sant.ox.ac.uk/esc/docs/WTO_Memeth_EPADS.pdf).

nel raporları **otomatikman** kabul edilmektedir. GATT sisteminde daimi bir temyiz organı olmamasına rağmen Dünya Ticaret Örgütü bünyesinde **sürekli bir temyiz organı** bulunur. Panel ve Temyiz Organının kararları da bağlayıcıdır<sup>36</sup>. Bu sistemde her süreç ve aşama için bir süre getirilmiştir. GATT döneminde panel ve temyiz organları kararı için tam mutabakat/oybirliği şartı istenirken, Dünya Ticaret Örgütü sisteminde **oyçokluğu** sistemine geçilerek sorunların aşımında önemli bir adım atılmıştır<sup>37</sup>. Ayrıca yaptırımların getirilmesi de Dünya Ticaret Örgütü'ne ve uluslararası ticarete kuvvet vermiştir<sup>38</sup>.

## **6. Dünya Ticaret Örgütü Denetim Sisteminin Gelişmekte Olan Ülkeler Açısından Değerlendirilmesi**

Dünya Ticaret Örgütü bünyesinde ihdas edilen uyuşmazlık çözüm yolları ile birlikte denetim mekanizmalarının iyi yanları kadar eleştirilebilecek yönleri de bulunmaktadır. Bunların başında bu süreçlerin, gelişmekte olan devletler açısından ağır yük oluşturması gelmektedir. Bu süreçler gelişmekte olan devletler ve gelişmiş devletler açısından bir takım dengesizliklere yol açmaktadır. Nitekim Dünya Ticaret Örgütü bünyesinde bir müracaatın hazırlanması idari, mali ve siyasi boyutlarıyla zor bir süreçtir<sup>39</sup>. **Nihai kararın verilmesi çok uzun süre alabilmektedir. Bu da az gelişmiş ya da gelişmekte olan ülkelere zarar verebilmektedir.** Zira bu ülkelere zarar veren uygulamaların bertaraf edilmesi için geçen süre zaten zayıf olan ekonomilerini yıkıma uğratabilmektedir. Gelişmiş olan ülkeler 2-3 sene sürebilen bu süreçleri kendileri bakımından tolere edebilecek durumda

<sup>36</sup> Aerts, Ö. G., age, s. 40-44.

<sup>37</sup> Öztürk, Hüseyin, "Dünya Ticaret Örgütü Anlaşmazlıkların Halli Sisteminin Dampinge Karşı Önlemler ile Telafi Edici Önlemler Bağlamında Genel Bir Değerlendirilmesi", Dış Ticaret Dergisi, Sayı:19, 2000, s. 89.

<sup>38</sup> Aran, Bozkurt, "Doha Görüşme Turu'nun Neresindeyiz, Türkiye Ne Yapıyor?", TOBB Ekonomik Forum, Ankara, 2008, s. 89.

<sup>39</sup> Khan Haider ve Liu, Yibei, "Globalization And The WTO Dispute Settlement Mechanism: Making A Rule-Based Trading Regime Work", 6 Ekim 2008, [http://mpr.ub.uni-muenchen.de/7613/1/MPRA\\_paper\\_7613.pdf](http://mpr.ub.uni-muenchen.de/7613/1/MPRA_paper_7613.pdf), 2008, s. 3.

iken, gelişmekte olan ülkeler için ise telafisi imkânsız zararlar doğabilmektedir<sup>40</sup>.

Diğer bir konu ise Dünya Ticaret Örgütü bünyesindeki denetim mekanizmalarının siyasi baskılardan etkilenebilmesidir. Bu noktada ABD ve AB'nin kuralları belirlemede baskın oldukları görülmektedir. Örneğin ABD'nin kendi ülkesinde ticaretini engelleyen ülkelere karşı ABD ekonomik yaptırımlar uygulayabilmektedir. Bu durum bazen ekonomik konuları aşarak siyasi gerekçelerle de ortaya çıkmaktadır. Buna karşılık, gelişmekte olan ülkelerin ne böyle bir gücü ne de lüksü söz konusudur.

Görüldüğü gibi, Dünya Ticaret Örgütü'nün denetim ve yaptırım mekanizmaları gelişmiş devletleri olumsuz anlamda pek etkilemezken, gelişmekte olan devletler aksine bunlardan olumsuz etkilenebilmektedir. Hal böyleyken, burada **gelişmekte olan ülkeler açısından pozitif bir ayrımcılık da söz konusu değildir**. Üstelik çoğu zaman tazmin uygulaması yetersiz kalabilmektedir. Örneğin, uyuşmazlık çözüme kavuşsa bile, tazmin, panel raporundan sonraki dönemi kapsamakta, buna karşılık önceki uygulamalar ise tazmin edilememektedir. Bu da gelişmekte olan ülkeler için ekstra bir zarar anlamına gelmektedir.

Bazı konularda **Dünya Ticaret Örgütü'nün tarafsızlığı da sorgulanmaktadır**. Gelişmekte olan devletler açısından bazı konularda verilen ihlaller gelişmiş devletler açısından söz konusu olmayabilmektedir. Örneğin **Endonezya** kendi yerli otomobilleri için bir takım sübvansiyonlar getirmiş ve Panel bu durumda Endonezya aleyhine karar vermiştir. Buna karşılık, ulusal Ticaret Kanunu'nun 301'inci maddesine dayanarak kendi hak ve menfaatlerine aykırı davranan ülkelere ekonomik yaptırım uygulayan **ABD** için bir ihlal kararı çıkarılamamıştır.

**Türkiye** açısından Dünya Ticaret Örgütü'ne bakıldığında **3 Şubat 1995** tarihinde Bakanlar Kurulunun 4067 sayılı Kanun'u onaylaması

---

<sup>40</sup> Karlı, M., agm, s. 12.

ile örgüte üye olduğu görülmektedir. Bilindiği gibi, Anayasamızın 90'ıncı maddesine göre "usulüne uygun şekilde yürürlüğe girmiş uluslararası anlaşmalar kanun hükmündedir". Dolayısıyla Dünya Ticaret Örgütü anlaşmaları Türk hukukunda uygulama alanı bulacaktır. Türkiye şimdiye kadar davacı ve davalı olarak Dünya Ticaret Örgütü uyuşmazlıklarında yer almıştır (buna ilişkin bazı bilgiler Tablo -1 de sunulmuştur).

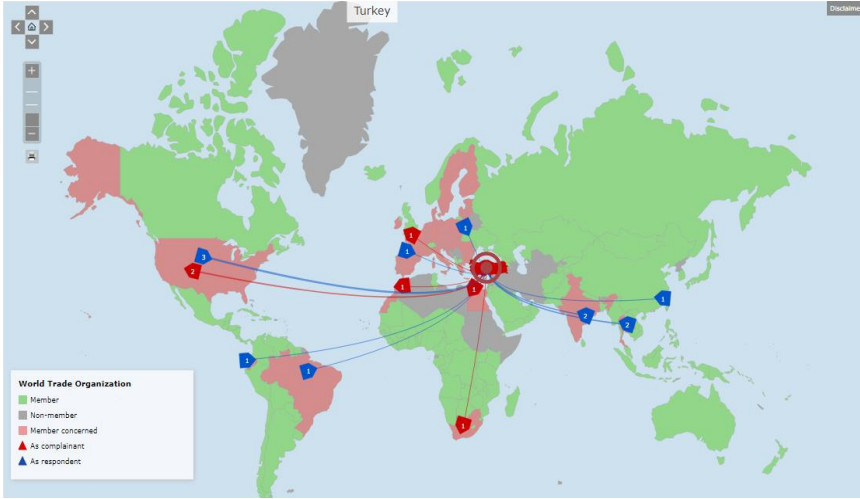
Bir kısım uyuşmazlıklar danışma aşamasında çözülmüş iken bir kısmı da panele kalmıştır. Hong Kong'un davacı olduğu Türkiye'nin tekstil ürünlerine uyguladığı kısıtlama, ABD'nin davacı olduğu Türkiye'nin yabancı film gelirlerinin vergilendirilmesi, Brezilya'nın davacı olduğu Türkiye'nin demir çelik ürünlerine uyguladığı dumping, Macaristan'ın davacı olduğu Türkiye'nin evcil hayvan mamasına uyguladığı ithalat yasağı ve Türkiye'nin davacı olduğu Güney Afrika'nın Türk menşeli battaniyelere uyguladığı vergi uyuşmazlıkları hep danışma aşamasında çözümlenmiştir.

Hindistan'ın Türkiye'nin tekstil ürünlerine uyguladığı kısıtlamalar, Mısır'ın Türk ürünlerine uyguladığı anti-dumping kısıtlamaları ve ABD'nin Türkiye'nin pirinç ithalatına uyguladığı kısıtlamalar ise panel aşamasına kalmıştır. Hindistan'la olan uyuşmazlık panel ve temyiz aşamalarında Türkiye aleyhine sonuçlanmıştır. ABD ile olan uyuşmazlık da panelde aleyhimize sonuçlanmış, Türkiye temyiz yoluna gitmemiştir. Mısır'la olan uyuşmazlık ise lehe sonuçlanmıştır. Türkiye'nin bu davalar yanında başka ülkelere ait uyuşmazlıkları da takip ederek menfaati olan durumlarda müdahil olması çok büyük önem arz etmektedir<sup>41</sup>.

---

<sup>41</sup> Bal, Kadir, "Dünya Ticaret Örgütü Anlaşmazlıklarının Halli Mekanizması", Dış Ticaret Dergisi, Sayı:4, 1997, s. 26.

TABLO -1



**Tablo 1:** Türkiye'nin Dünya Ticaret Örgütü nezdinde gerek davacı gerekse davalı olduğu uyuşmazlıklar ilgili tabloda yer almaktadır. (kaynak: Dünya Ticaret Örgütü: [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dispu\\_maps\\_e.htm?country\\_selected=TUR&sense=e](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_maps_e.htm?country_selected=TUR&sense=e))

## Sonuç

Kaçınılmaz bir gerçek olarak, hiç durmaksızın gelişen teknoloji, küreselleşmenin de etkisi ile hayatımızın her alanına dâhil olmakta; bireyler ile toplumlar arasındaki etkileşimi de arttırmakta ve ülkeler ve toplumlararası etkileşim arttıkça uluslararası ticaretin hacmi ve buna bağlı olarak ülkeler arası uyuşmazlıklar da artmaktadır. Bu noktada ülkeler arasında adaletli, hızlı ve etkili denetim ve yaptırım mekanizmaları önem arz etmektedir. Bu çerçevede 1947 yılından 1995 yılına kadar Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması (GATT) uygulama alanı bulmuştur. Daha sonra GATT antlaşmalarının daha da genişletilmesi ve bir kısım boşlukların kapatılması için ülkeler arasında pek çok turlar yapılmıştır. Bu doğrultuda yapılan turlardan en önemlisi olan Uruguay turu ile uluslararası ticaretin en üst karar or-

ganı olan ve bir takım uyuşmazlık çözüm mekanizmaları bünyesine barındıran Dünya Ticaret Örgütü kurulmuştur.

Dünya Ticaret Örgütü'nün en temel amacının; uluslararası ticaretin önündeki engelleri kaldırmak, korumacı politikaları engellemek ve tariflere bir standart getirerek uluslararası ticaretin gelişmesini sağlamak olarak sıralamak mümkündür. Bunun yanında yeryüzü kaynaklarının en uygun şekilde kullanılması, çevrenin korunması ve üye ülkelerin dünya ticaretinden dengeli bir şekilde pay almaları da hedefler arasındadır. Ayrıca Dünya Ticaret Örgütü, uluslararası ticaret alanında en üst düzeyde bir denetim ve uyuşmazlık çözüm mekanizması sağladığı da bir realitedir ve bu insanlık adına önemli bir gelişmedir. Dünya Ticaret Örgütü'nün kurulmasına vesile olan Uruguay Turunun en önemli kazanımı da böyle bir denetim ve yaptırım mekanizması kurmuş bulunmasıdır. Bu sayede Dünya Ticareti anlaşma ve kurallarının uygulanabilirliği artmış bulunmaktadır. Bu yönüyle bu tür denetim mekanizmalarının eksikleri bulunmasına rağmen geliştirilebileceği düşünülmektedir.

Dünya Ticaret Örgütü bünyesindeki denetleme mekanizmalarının danışma, panel ve temyiz organı olduğunu belirtmiştik. Bir panel veya Temyiz Organı, bir tedbirin Dünya Ticaret Örgütü bünyesindeki bir anlaşma ile tutarsız olduğu sonucuna varırsa, ilgili üyeye tedbiri bu anlaşmaya uygun hale getirmesini tavsiye eder. Bazı durumlarda Uyuşmazlıkların Halli Organının tavsiye ve kararlarına uyulmadığı durumlar da gözükmektedir. Tavsiye ve kararlara uymayan üyeler için bir takım önlemler düşünülmüştür. Bunların, tazminat ve imtiyazları askıya almak olduğunu da yukarıda belirtmiştik. Bununla birlikte, her halde bir tedbirin kapsanan anlaşmalara uygun hale getirilmesi için verilen bir tavsiyenin tam olarak uygulanması; tazminat, imtiyazların veya diğer yükümlülüklerin askıya alınmasına tercih edilir. Çok sık rastlanmayan tazminat ihtiyaridir ve verilirse, kapsanan sözleşmelerle tutarlı olmak durumundadır.

Dünya Ticaret Örgütü ile getirilen denetim mekanizmalarının anlaşmaların uygulanması noktasında faydalı olduğunu söylemek müm-



kündür. Bunun yanında gelişmekte olan devletler açısından bu denetim süreçlerinin uzun ve maliyetli olması nedeniyle dezavantajlar da bulunmaktadır. Dünya Ticaret Örgütü bünyesinde bir denetim mekanizmasının işletilmesi idari, mali ve siyasi boyutlarıyla zaman ve maliyet gerektirmektedir. Sonuca ulaşılması uzun süre alabilmektedir. Bu da az gelişmiş ya da gelişmekte olan ülkeler açısından olumsuz sonuçlar doğurmaktadır. Diğer bir eleştiri konusu olan husus ise Dünya Ticaret Örgütü'nün ABD ve AB gibi siyasi ağırlığı olan ülkeler karşısında pasif kalmasıdır. Aslında bu sorun Dünya Ticaret Örgütü hariçindeki diğer uluslararası örgütlerde de rastlanan bir durumdur. Örneğin Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyinde yaptırımlar konusunda bazı ülkelere tanınan veto yetkisi buna en güzel örnektir. Dolayısıyla bunun Dünya Ticaret Örgütü'ne has bir sorun olmadığı açıktır. Bu noktada tüm dünya uluslarının ve milletlerinin en üst düzeyde bir bilinç ve farkındalık seviyesine varması ve ortak hareket etmesi ile bu sorunun halli mümkündür. Fakat iç siyasette olduğu gibi dış siyasette görülen menfaat çatışmaları maalesef bu birlikteliğe engel olmaktadır.

Tüm artı ve eksilerine rağmen uluslararası ticaret alanında düzenleyici ve denetleyici bir üst uluslararası örgütün bulunması faydalıdır. Zira en kötü sistem bile sistemsizlikten iyi olabilmektedir. Kaldı ki 1947 yılında GATT ile başlayan bu sürecin Dünya Ticaret Örgütü'nün kurulmasına yol açan Uruguay turu ile devam ettiği ve sürekli bir gelişim içinde olduğu görülmektedir. Her ne kadar eleştiriler olsa bile Dünya Ticaret Örgütü şu an mevcut durumu itibariyle uluslararası ticarete ağırlığını ortaya koymuş durumdadır. Genel olarak da üye ülkeler nezdinde de denetim ve yaptırım mekanizmaları işlevselliğini sürdürmektedir. Zaman içinde sistemin daha da iyileşeceğini söylemek mümkündür. Bunun için de kamuoyunun konu hakkında bilinç ve farkındalığı artırılmalı, siyasi ve sosyal baskı grupları oluşturulmalıdır. Akademik dünyanın konuya olan ilgisi artırılarak bu konuda daha çok bilimsel araştırma ve çalışma yapılması sağlanmalıdır. Bunun dışında bir kısım sivil toplum platformları kurularak konu entelektüel düzeyde ele alınmalı ve takip edilmeli, konu ile ilgili kurultay

ve çalıştaylar yapılarak her seviyeden akademisyen, politikacı, ekonomist ve bilim insanlarının görüşleri toplanmalıdır.

Dünya Ticaret Örgütü bünyesindeki anlaşmalara uyulup uyulmadığı noktasında bir denetim mekanizması sağlayan danışma, panel ve temyiz gibi yollar uygulamada etkin bir şekilde kullanılmaktadır. Yapıtırım mekanizması ve kararların bağlayıcı olması Dünya Ticaret Örgütü'ne güç katmaktadır. Dünya Ticaret Örgütü'nün bundan sonraki süreçte etkinliğini daha da artıracığı görülmektedir. Dünya Ticaret Örgütü bünyesinde daha mükemmele erişmek adına reform önerileri ve çalışmaları da sürekli gündemdedir. Her ne kadar gelişmekte olan ülkeler açısından süreçlerin uzunluğu gibi dezavantajlı durumlar olsa da bunların zamanla azalacağı ve sistemin daha da iyi hale geleceği umulmaktadır. Türkiye'nin bu süreçte de Dünya Ticaret Örgütü denetim mekanizmalarını çok iyi takip etmesi ve kullanması gerektiğinde hiçbir şüphe bulunmamaktadır.

### **KAYNAKÇA**

- Aerts, Özden Gülveren, Dünya Ticaret Örgütü ve Anlaşmazlıkların Çözümü, Türk Dış Ticaret Vakfı Yayını, Ankara, 2010.
- Altan, Mehmet, Uluslararası Ekonomi Politik,1. Baskı, Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Yayınları, 2013.
- Aydın, Mesut. (2004), Dünya Ticaret Örgütü Anlaşmazlıkların Halli Mekanizması, Dış Ticaret Dergisi, S: 33, s. 2-26.
- Bal, Kadir, "Dünya Ticaret Örgütü Anlaşmazlıkların Halli Mekanizması", Dış Ticaret Dergisi, Sayı:4, 1997, s. 21-36.
- Barton, John. H. & Others, The Evolution of the Trade Regime: Politics, Law, and Economics of the GATT and the WTO, New Jersey: Princeton University Press, 2006.
- Aran, Bozkurt, "Doha Görüşme Turu'nun Neresindeyiz, Türkiye Ne Yapıyor?", TOBB Ekonomik Forum, Ankara, 2008, s. 80-96.

- Büyüктаşkın, Şener, Dünya Ticaret Sistemi ( GATT, Dünya Ticaret Örgütü ve Türkiye ), Esbank Yayınları, Ankara, 1997.
- Hoekman, Bernard. M. & Kostecki, Michael. M., The Political Economy of the World Trade System: The WTO and Beyond, Third Edition, Oxford: Oxford University Press, 2009.
- Karlı, Mehmet, "Assessing The Development Friendliness of Dispute Settlement Mechanisms In The Economic Partnership Agreements & An Analytical And Comparative Guide To The Dispute Settlement Provisions In The EU's FTAs", European Studies Center, University of Oxford, 6 Ekim 2008, s. 11-12. [http://www.sant.ox.ac.uk/esc/docs/WTO\\_Memeth\\_EPADS.pdf](http://www.sant.ox.ac.uk/esc/docs/WTO_Memeth_EPADS.pdf).
- Kaya, Talat, Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ) Anlaşmalarının İç Hukukta Uygulanması: ABD, AB ve Türkiye Örnekleri, Ankara: Legal Yayıncılık, 2015.
- Kaya, Talat, "Dünya Ticaret Örgütü Anlaşmalarındaki Yükümlülüklerden Kaçınmaya Olanak Sağlayan İstisna Hükümleri", Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 7 (2), 2017, s. 169-192.
- Kayıhan Şaban ve Eski, Mehmet, Uluslararası Ekonomi Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2010.
- Khan Haider ve Liu, Yibei, "Globalization And The WTO Dispute Settlement Mechanism: Making A Rule-Based Trading Regime Work", 6 Ekim 2008, [http://mpra.ub.uni-muenchen.de/7613/1/MPRA\\_paper\\_7613.pdf](http://mpra.ub.uni-muenchen.de/7613/1/MPRA_paper_7613.pdf).
- Mavroidis, Petros. C., "The Genesis of GATT Summary", Henrik HORN and Petros C. Mavroidis (eds.), Legal and Economic Principles of World Trade Law (1-8), 1 st Editon, New York: Cambridge University Press, 2013.
- Öztürk, Hüseyin, "Dünya Ticaret Örgütü Anlaşmazlıkların Halli Sisteminin Dampinge Karşı Önlemler ile Telafi Edici Önlemler Bağlamında Genel Bir Değerlendirmesi", Dış Ticaret Dergisi, Sayı:19, 2000, s. 81-97.

Parasız, İlker, Uluslararası Mali ve Ekonomik Kuruluşlar, Genişletilmiş  
3. Baskı, Ezgi Kitabevi, Bursa, 2012.

Skalar, Meltem, Sarıbeyoğlu, Uluslararası Ekonomi Hukuku Açısından  
Dünya Ticaret Örgütü Gümrük Birliği ve Türkiye, 1. Baskı, İstan-  
bul: Türkmen Kitabevi, 2010.

Turhan, Ali, Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ) :GATT, Devlet planlama  
Teşkilatı Yayın ve Temsil Dairesi Başkanlığı Yayın ve Basım Şu-  
be Müdürlüğü, Ankara, 1997.

Ulusoy, Ülkü, Dünya Ticaret Örgütü'nde Uyuşmazlıkların Çözüm Me-  
kanizması, 1. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009.



## **KOŞULLU SALIVERİLME KARARININ GERİ ALINMASI\***

*Withdrawal Of Conditional Release*

**Dr. Öğr. Üyesi Hakan Gündüz\*\***

### **ÖZET**

Ceza adalet sistemini tamamlayan, cezanın özel önleme amacına hizmet eden ve infaz sırasında cezanın bireyselleştirilmesini sağlayan bir infaz kurumu olan koşullu salıverilme, cezaevinde bulunduğu süreyi iyi halli geçirmesi nedeniyle ıslah olduğu düşünülen hükümlünün yeniden topluma kazandırılması aracıdır. Belirlenen denetim süresini yükümlülüklerine uygun ve iyi hâlli olarak geçiren hükümlünün cezası infaz edilmiş sayılır. Bunun aksine, koşullu salıverilen hükümlünün, denetim süresi içinde işlediği kasıtlı suçtan hapis cezasına mahkûm olması veya kendisine yüklenen yükümlülüklerle, infaz hâkiminin uyarısına rağmen, uymamakta ısrar etmesi hâlinde koşullu salıverilme kararı geri alınır. Bu durumda hükümlünün; sonraki suçu işlediği ta-

---

\* Bu makalede yer alan alt başlıklardan “(III) A. Hükümlünün Hapis Cezası Gerektiren Kasıtlı Bir Suç İşlemesi Durumunda” başlıklı kısım, Yazarın 27-29 Mayıs 2021 tarihleri arasında 7. Uluslararası Hukuk Sempozyumu’nda (Asoscongres) “Hapis Cezasını Gerektiren Kasıtlı Suç İşlenmesi Nedeniyle Koşullu Salıverilme Kararının Geri Alınması” başlığı ile yapılan sözlü bildiri metninin kapsamı ve içeriği genişletilmiş/geliştirilmiş, makale formuna getirilmiş halini ihtiva etmektedir.

\*\* Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, ORCID ID: 0000-0002-2437-8329, E-mail: hakan.gunduz@hku.edu.tr

rihten itibaren başlamak ve hak ederek tahliye tarihini geçmemek şartıyla, sonraki işlediği her bir suç için verilen hapis cezasının iki katı sürenin, yükümlülüklerine aykırı davranması hâlinde ise, yükümlülüklerine uymamakta ısrar ettiği tarih ile hak ederek salıverilme tarihi arasındaki süreyi geçmemek şartıyla ihlalin niteliğine göre infaz hakimince takdir edilecek bir sürenin, infaz kurumunda çektirilmesine karar verilecektir.

**Anahtar kelimeler:** Koşullu salıverilme, geri alma, hapis cezası, denetimli serbestlik, hak ederek salıverilme.

### **ABSTRACT**

Conditional release, which is a penitentiary institution that completes the criminal justice system, serves the purpose of special prevention and ensures the individualization of the sentence during execution, is a means of reintegrating the convict who is considered to have been reformed due to his good behavior in prison. The sentence of the convict who has passed the determined inspection period in accordance with his obligations and in good behavior is deemed to have been executed. On the contrary, if the convict who has been released on probation commits an intentional crime that requires a prison sentence during the probation period, or if he insists on not complying with the obligations imposed on him despite the warning of the execution judge, the decision for conditional release is withdrawn. In case the conditional release decision is withdrawn, the convict; Provided that starting from the date of committing the next offense and not exceeding the date of meritorious release, the term of imprisonment for each subsequent offense is doubled, in case of breach of obligations, a period to be determined according to the nature of the violation, provided that it does not exceed the period between the date of failure to comply with these obligations and the date of deserving release It is decided that the period of time is taken in the penitentiary institution.

**Key Words:** Conditional release, withdrawn, imprisonment, probation, deserving release

## GİRİŞ

Ceza adalet sistemini tamamlayan, cezanın özel önleme amacına hizmet eden ve infaz sırasında cezanın bireyselleştirilmesini sağlayan bir infaz kurumu olan koşullu salıverilme, cezaevinde bulunduğu süreyi iyi halli geçirmesi nedeniyle ıslah olduğu düşünülen hükümlünün ödüllendirilmesinin, bu kapsamda sosyalleşmesinin ve yeniden topluma kazandırılmasının aracıdır<sup>1</sup>. Hükümlünün, ceza süresi dolmadan serbest bırakılmasını ifade eden koşullu salıverilme kararı ile cezanın infazı tamamlanmış sayılmaz; iyi halli hükümlünün yeniden topluma kazandırılması için cezasının geri kalanını toplumsal hayata dahil olarak tamamlaması amaçlanır<sup>2</sup>. Böylece, hükümlünün iyi halli olmasına karşılık koşullu salıverilmesi suretiyle cezanın şiddetinin azaltılması sağlanmış olur<sup>3</sup>. Salıverilmenin koşullu olmasının nedeni; kalan ceza süresi içinde hükümlünün hapis cezasını gerektiren kasıtlı suç işlememesi ve bazı yükümlülöklere uyması şartıdır<sup>4</sup>. Hapis cezası infaz kurumunda infaz edilen hükümlü ile koşullu salıverilen hükümlü arasında hukuki durumları bakımından bir fark bulunmamaktadır<sup>5</sup>. Koşullu salıverilme, ceza süresinin değişmesi anlamına gelmemekte, aksine bir infaz yöntemi olarak cezanın infazını tamamlayan bir özellik arz etmektedir<sup>6</sup>. Koşullu salıverilme ile cezanın infaz kurumunda çektirilmesine ara verilmekte, hükümlü koşullara uyduğu takdirde

<sup>1</sup> ÖZBEK, Veli Özer, İnfaz Hukuku, 12. Baskı, Ankara, 2020, s. 352; AKBULUT, Berrin, Türk Ceza Hukuku, 6. Baskı, Ankara, 2019, s. 856; CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 9. Baskı, İstanbul, 2016, s. 660.

<sup>2</sup> AKBULUT, İlhan, "Şartla Tahliye", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LV, 1996, s. 174; ÖZBEK, s. 352; AKBULUT, Berrin, s. 856.

<sup>3</sup> KAFES, Veli, TCK Öntasarıları ve İçtihatlar Işığında Hukukumuzda Şartla Salıverme ve Uygulamada Sorunlar, 1. Baskı, Ankara, 1998, s. 8-9.

<sup>4</sup> ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Ankara, 2020, s. 761; ÖZBEK, s. 352.

<sup>5</sup> KAFES, s. 9.

<sup>6</sup> KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13 Baskı, Ankara, 2020, s. 608; AKBULUT, İlhan, s. 173.



ceza infaz edilmiş sayılmakta; aksi durumda ise cezanın infaz kurumunda çektirilmesine devam edilmektedir<sup>7</sup>.

Hapis cezasının bireyselleştirme araçlarından biri olan koşullu salıverilme kurumu sayesinde, hükümlü ceza süresi dolmadan hürriyetine kavuşacağı beklentisiyle infaz kurumunda uygulanan topluma yeniden kazandırma programının gereklerine uygun davranır; bu durum hükümlüyü iyi halli olmaya teşvik eder<sup>8</sup>.

Koşullu salıverilen hükümlü, cezasının geri kalanını toplumsal hayata dahil olarak çekerken, hapis cezası gerektiren kasıtlı bir suç işlemez ve kendisine yüklenen yükümlülüklerle uygun davranırsa, cezasının infazı tamamlanmış sayılacak ve hükümlü ile Devlet arasındaki cezalandırma ilişkisi sona erecektir<sup>9</sup>. Aksi durumda ise koşullu salıverilme kararı geri alınacak ve Kanun'da öngörülen şartlar dahilinde hükümlü yeniden infaz kurumuna konulacaktır.

14.4.2020 tarihli ve 7242 sayılı Kanunla 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'da (CGTİHK) önemli değişiklikler yapılmıştır. Bu değişikliklerden önemli bir kısmı da Kanun'un "Koşullu salıverilme" başlıklı 107. maddesindeki düzenlemelere ilişkindir. Özellikle, 107. maddenin 13. fıkrasında yer alan denetim süresi içerisinde hapis cezası gerektiren kasıtlı suç işlenmesi nedeniyle, koşullu salıverilme kararının geri alınması hâlinde, denetim süresinin kalan kısmına uygulanacak hükümlerde önemli bir değişiklik yapılmıştır. Bu nedenle, yapılan değişiklikler çerçevesinde koşullu salıverilme kararının geri alınması konusunu incelemenin teori ve uygulama açısından faydalı olacağını değerlendirerek bu çalışmayı kaleme aldık.

Çalışmamızda, koşullu salıverilmenin şartları, usulü ve koşullu salıverilen hükümlüye uygulanacak denetimli serbestlik tedbirinin genel hatlarıyla incelenmesinin ardından, koşullu salıverilme kararı-

<sup>7</sup> CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 660.

<sup>8</sup> ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Ankara, 2020, s. 796.

<sup>9</sup> DEMİRBAŞ, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Ankara, 2020, s. 717.

nın geri alınmasının şartları ile usulü incelenecek ve son olarak koşullu salıverilme kararı geri alınan hükümlünün kalan cezasının infazı konusu ele alınacaktır.

## **I. KOŞULLU SALIVERİLME KARARI VERİLMESİ**

### **A. Koşullu Salıverme Kararı Verilmesinin Şartları**

Koşullu salıvermenin biri objektif diğeri sübjektif olmak üzere iki koşulu bulunmaktadır. Objektif koşul, hükümlünün cezasının bir kısmının infaz kurumunda çektirilmiş olması; sübjektif koşul ise hükümlünün infaz kurumunda bulunduğu süreyi iyi halli olarak geçirmiş olmasıdır.

#### **1. Hükmedilen Cezanın Bir Kısmının İnfaz Kurumunda Çektirilmiş Olması**

Hükümlünün, koşullu salıverilmeden yararlanabilmesinin ilk koşulu hükmedilen cezanın belli bir miktarını infaz kurumunda geçirmiş olmasıdır. Hükümlünün cezasının ne kadar süre ile infaz kurumunda çektirilmiş olması gerektiği 5275 sayılı CGTİHK'nun 107. maddesinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre; ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına mahkûm edilmiş olanlar otuz yılını, müebbet hapis cezasına mahkûm edilmiş olanlar yirmidört yılını, diğere süreli hapis cezalarına mahkûm edilmiş olanlar cezalarının yarısını<sup>10</sup> infaz kurumunda çektikleri takdirde, kural olarak koşullu salıverilmeden yararlanabilirler. Bununla birlikte, birden fazla ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına veya ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile müebbet hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde otuzaltı, birden fazla müebbet hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde otuz, bir ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile süreli hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde en fazla otuzaltı, bir müebbet hapis cezası ile süreli hapis cezasına

<sup>10</sup> Süreli hapis cezaları açısından ceza infaz kurumunda geçirilmesi gereken süre hükmedilen hapis cezasının "üçte ikisi" iken 14.04.2020 tarihli 7242 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 48. maddesiyle yapılan değişiklikle bu süre "yarısına" indirilmiştir.

mahkûmiyet hâlinde en fazla otuz, birden fazla süreli hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde en fazla yirmisekiz yıl infaz kurumunda cezaları infaz edildikten sonra koşullu salıverilebilirler.

5275 sayılı CGTİHK'nun 107. maddesinin 2. ve 3. fıkralarında, koşullu salıvermede infaz kurumunda geçirilmesi gereken süre açısından genel kural konulduktan sonra, aynı maddede bazı suçlar açısından bu kurala istisna getirilmiş ve infaz kurumunda hükümlünün geçirmesi gereken süre daha uzun olarak belirlenmiştir<sup>11</sup>. 3713 sayılı

- <sup>11</sup> 5275 sayılı CGTİHK m. 107/2: "...Ancak, Türk Ceza Kanununun;
- Kasten öldürme suçlarından (madde 81, 82 ve 83) süreli hapis cezasına mahkûm olanlar,
  - Neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçundan (madde 87, fıkra iki, bent d) süreli hapis cezasına mahkûm olanlar,
  - İşkence suçundan (madde 94 ve 95) ve eziyet suçundan (madde 96) süreli hapis cezasına mahkûm olanlar,
  - Cinsel saldırı (madde 102, ikinci fıkra hariç), reşit olmayanla cinsel ilişki (madde 104, ikinci ve üçüncü fıkra hariç) ve cinsel taciz (madde 105) suçlarından süreli hapis cezasına mahkûm olanlar,
  - Cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlardan (madde 102, 103, 104 ve 105) hapis cezasına mahkûm olan çocuklar,
  - Özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlardan (madde 132, 133, 134, 135, 136, 137 ve 138) süreli hapis cezasına mahkûm olanlar,
  - Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçundan (madde 188) hapis cezasına mahkûm olan çocuklar,
  - Devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk suçlarından (madde 326 ilâ 339) süreli hapis cezasına mahkûm olanlar, cezalarının üçte ikisini infaz kurumunda çektikleri takdirde, koşullu salıverilmeden yararlanabilirler. Ayrıca, suç işlemek için örgüt kurmak veya yönetmek ya da örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar ile Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlardan mahkûm olan çocuklar ile 1/1/1983 tarihli ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu kapsamına giren suçlardan mahkûm olanlar hakkında koşullu salıverilme oranı üçte iki olarak uygulanır."
- 5275 sayılı CGTİHK m. 107/4: "(4) Suç işlemek için örgüt kurmak veya yönetmek ya da örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçtan dolayı mahkûmiyet hâlinde; ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına mahkûm edilmiş olanlar otuzaltı yılını, müebbet hapis cezasına mahkûm edilmiş olanlar otuz yılını, süreli hapis cezasına mahkûm edilmiş olanlar cezalarının üçte ikisini infaz kurumunda çektikleri takdirde, koşullu salıverilmeden yararlanabilirler. (Ek cümle:14/4/2020-7242/48 md.) Koşullu salıverilme oranı üçte ikiden fazla olan suçlar bakımından ise tabi oldukları koşullu salıverilme oranı uygulanır. Ancak, bu süreler:
- Birden fazla ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına veya ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile müebbet hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde kırk,
  - Birden fazla müebbet hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde otuzdört,
  - Bir ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile süreli hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde en fazla kırk,

Terörle Mücadele Kanunu'nun 17. maddesinde de 5275 sayılı Kanun'un 107. maddesinde infaz kurumunda çektirilecek süre açısından getirilen genel kurala istisna teşkil eden bir düzenleme yer almaktadır. Bu düzenlemeye göre; Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlardan mahkûm olanlar hakkında, koşullu salıverilme ve denetimli serbestlik tedbirinin uygulanması bakımından 5275 sayılı Kanunun 107. maddesinin dördüncü fıkrası ile 108. maddesi hükümleri uygulanacak; ancak, süreli hapis cezaları bakımından düzenlenen koşullu salıverilme oranı, dörtte üç olarak uygulanacaktır.

Hükmedilen hapis cezasının belirli bir kısmını infaz kurumunda iyi halli olarak geçiren hükümlülerin koşullu salıverilmeden yararlanması kural olmakla birlikte, bazı suçlardan hükümlü olanlar açısından Kanun Koyucu koşullu salıverme hükümlerinin uygulanmaması yönünde irade sergileyebilmektedir. Bu yöndeki düzenlemelerin ilki 5275 sayılı CGTİHK'nun 107. maddesinin 16. fıkrasında yer almaktadır. Söz konusu düzenlemeye göre; *"5237 sayılı Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap, Dördüncü Kısım, 'Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar' başlıklı Dördüncü Bölüm, 'Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar' başlıklı Beşinci Bölüm, 'Milli Savunmaya Karşı Suçlar' başlıklı Altıncı Bölüm altında yer alan suçlardan birinin bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi dolayısıyla ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde, koşullu salıverilme hükümleri uygulanmaz."* Bu yöndeki diğer bir düzenleme ise 5275 sayılı Kanun'un Geçici 2. maddesinde yer alan *"14.7.2004 tarihli ve 5218 sayılı Kanunun 1 inci maddesi ile değişik 3.8.2002 tarihli ve 4771 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanunla; ölüm cezaları, müebbet ağır hapis cezasına dönüştürülen terör suçluları ile ölüm cezaları ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezasına dönüştürülen veya ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezasına mahkûm olan terör suçluları, koşullu salıverilme hükümlerinden yararlanamaz. Bunlar hakkında, ağırlaştırılmış*

---

*d) Bir müebbet hapis cezası ile süreli hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde en fazla otuzdört,*

*e) Birden fazla süreli hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde en fazla otuziki, Yıldır."*

*müebbet ağır hapis cezası, hayatı boyunca devam eder.”* şeklindeki hükümdür. Belirtilen hususla ilgili son düzenleme ise, 3713 sayılı Kanun’un 17. maddesinin 3. ve 4. fıkralarında yer alan; *“Tutuklu veya hükümlü iken firar veya ayaklanma suçundan mahkûm edilmiş bulunanlar ile disiplin cezası olarak üç defa hücre hapsi cezası almış olanlar, bu disiplin cezaları kaldırılmış olsa bile şartla saliverilmeden yararlanamazlar. Bu Kanun kapsamına giren suçlardan mahkûm olanlar, hükümlerinin kesinleşme tarihinden sonra bu Kanunun kapsamına giren bir suçu işlemeleri halinde, şartla saliverilmeden yararlanamazlar.”* şeklindeki düzenlemedir.

## **2. Hükümlünün İyi Halli Olduğunun Tespit Edilmiş Olması**

Koşullu saliverilmeden yararlanabilmek için mahkûmun kurumdaki infaz süresini iyi hâlli olarak geçirmesi gerekir. Hükümlünün infaz kurumunda kaldığı süre zarfında iyi halli olması; serbest bırakıldığında tekrar suç işlemeyeceğinin karinesini teşkil etmektedir. Bu nedenle, iyi halin tespiti ile bağlantılı olarak hükümlünün işlediği suçtan dolayı pişmanlık duyup duymadığı, serbest bırakıldığında suç işlemeye meyil edip etmeyeceği hususları araştırılmalıdır<sup>12</sup>. Zira, belirtilen hususlar dikkate alınmaksızın Kanun’da öngörülen süreleri infaz kurumunda geçiren tüm hükümlülerin otomatik olarak koşullu saliverilmesi, bu kurumun öngörülüş amacıyla bağdaşmayacaktır.

Hükümlünün iyi halli olup olmadığının ne şekilde tespit edileceği 5275 sayılı CGTİHK’nun 89. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddenin 7242 sayılı Kanun’un 36. maddesi ile değiştirilmeden önceki hali<sup>13</sup> *“iyi halin tespiti”* açısından yüzeysel ifadeler içermekte iken, değişiklikten sonraki halinin ayrıntılı, objektif ve hükümlünün cezaevinde kaldığı süreyi kapsayacak şekilde süreklilik arz eden değerlendirme kriterleri içerdiğini söyleyebiliriz. Bu düzenlemeyle koşullu saliveril-

<sup>12</sup> ÖZGENÇ, s. 811.

<sup>13</sup> *“Hükümlünün, Kanunun 107 nci maddesinde öngörülen süreleri, ceza infaz kurumlarının düzen ve güvenliği amacıyla konulmuş kurallara içtenlikle uyarak, haklarını iyi niyetle kullanarak, yükümlülüklerini eksiksiz yerine getirerek geçirmiş ve uygulanan iyileştirme programlarına göre de toplumla bütünleşmeye hazır olduğunun disiplin kurulunun görüşü alınarak idare kurulunca saptanmış bulunması gerekir.”*

menin örtülü bir af olarak uygulanması önlenmek istenmiştir<sup>14</sup>. Oluşturulan sistem uygulamaya taşındığı takdirde koşullu salıverilme kurumu otomatik olarak uygulanan bir kurum olmaktan çıkıp Kanun'da öngörülme amacına uygun bir hale gelecektir<sup>15</sup>.

Düzenlemenin mevcut haline göre; hükümlü, ceza infaz kurumlarında bulunduğu tüm aşamalarda, ceza infaz kurumlarının düzen ve güvenliği amacıyla konulmuş kurallara uyup uymadığı, haklarını iyi niyetle kullanıp kullanmadığı, yükümlülüklerini eksiksiz yerine getirip getirmediği, uygulanan iyileştirme programlarına göre toplumla bütünleşmeye hazır olup olmadığı, tekrar suç işleme ve mağdura veya başkalarına zarar verme riskinin düşük olup olmadığı hususlarında idare ve gözlem kurulu tarafından iyi hâlin belirlenmesine esas olmak üzere en geç altı ayda bir değerlendirmeye tabi tutulur.

Bu değerlendirmede, infazın tüm aşamalarında hükümlülerin katıldığı iyileştirme ve eğitim-öğretim programları ile spor ve sosyal faaliyetler, kültür ve sanat programları, aldığı sertifikalar, kitap okuma alışkanlığı, diğer hükümlü ve tutuklular ile ceza infaz kurumu görevlileri ve dışarıyla olan ilişkileri, işlediği suçtan dolayı duyduğu pişmanlığı, ceza infaz kurumu kuralları ile kurum bünyesindeki çalışma kurallarına uyumu ve aldığı disiplin cezaları dikkate alınır.

Toplam on yıl ve daha fazla hapis cezasına mahkûm olanlar ile terör suçları, örgüt kurmak, yönetmek veya örgüte üye olmak suçları, örgüt faaliyeti kapsamında işlenen suçlar, kasten öldürme suçları, cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar ve uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçlarından mahkûm olanlar hakkında yapılacak koşullu salıverilmeye ilişkin değerlendirmelerde idare ve gözlem kuruluna Cumhuriyet başsavcısı veya belirleyeceği bir Cumhuriyet savcısı başkanlık eder. Ayrıca, idare ve gözlem kuruluna Cumhuriyet başsavcısı tarafından belirlenen bir izleme kurulu üyesi ile Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı ve Sağlık Bakanlığı il veya ilçe müdürlükleri tarafından belirlenen birer uzman kişi katılır.

<sup>14</sup> ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 764; ÖZBEK, s. 363.

<sup>15</sup> KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 620.

## B. Koşullu Salıverilme Kararı Verilmesinin Usulü

Koşullu salıverilme kararı infaz işlemlerinin yapıldığı yer infaz hâkimi tarafından verilecektir<sup>16</sup>.

Koşullu salıverilme kararı verilmesi için hükümlünün talebine ihtiyaç bulunmadığından, hükümlünün koşullu salıverilmesi hakkında ceza infaz kurumu idaresi tarafından hazırlanan iyi halin tespit ve değerlendirilmesine ilişkin gerekçeli rapor, infaz işlemlerinin yapıldığı yer infaz hâkimliğine verilir. İnfaz hâkimi, bu raporu uygun bulursa hükümlünün koşullu salıverilmesine dosya üzerinden karar verir; raporu uygun bulmadığı takdirde gerekçesini kararında gösterir. Bu kararlara karşı itiraz yoluna gidilebilir<sup>17</sup>.

İnfaz hâkiminin kararlarına karşı hükümlü veya ilgili Cumhuriyet savcısı tarafından, tebliğden itibaren yedi gün içinde Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre itiraz yoluna gidilebilir. İtiraz, infaz hakimliğinin yargı çevresinde bulunduğu ağır ceza mahkemesine yapılır<sup>18</sup>.

## C. Koşullu Salıverilen Hükümlüye Uygulanacak Denetimli Serbestlik Tedbiri

Koşullu salıverilen hükümlü, bu dönemde denetim süresine tabi tutulur. Denetim süresi infaz kurumunda geçirilmesi gereken süre kadardır. Ancak süreli hapislerde hak ederek tahliye tarihini geçemez<sup>19</sup>. Koşullu salıverilmesi için cezasının yarısını infaz kurumunda

<sup>16</sup> 5275 sayılı CGTİHK'nun 107/11. maddesinin 7242 sayılı Kanun'un 48. maddesiyle değiştirilmeden önceki haline göre, koşullu salıverilme kararını verme görevi hükmü veren mahkemeye ait iken, söz konusu Kanun değişikliği ile koşullu salıverilme kararını verme görevinin infaz işlemlerinin yapıldığı yer infaz hakimine ait olduğu düzenlenmiştir.

<sup>17</sup> 5275 sayılı CGTİHK'nun 107. maddesinin 11. fıkrası.

<sup>18</sup> 4675 sayılı İnfaz Hakimliği Kanunu m. 6.

<sup>19</sup> 5275 sayılı CGTİHK m. 107/6; bu fıkra yer alan "Denetim süresi infaz kurumunda geçirilmesi gereken sürenin yarısı kadardır." ifadesi 14.04.2020 tarihli 7242 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 48. maddesiyle yapılan değişiklikle "Denetim süresi infaz kurumunda geçirilmesi gereken süre kadardır." şeklinde değiştirilmiştir.

çekmesi gereken bir hükümlünün, örneğin dolandırıcılık suçundan 6 yıl hapis cezasına mahkûm edilen bir kişinin cezasının yarısı olan 3 yılı cezaevinde çekip koşullu salıverilmesi durumunda denetim süresi infaz kurumunda geçirdiği süre kadar, yani 3 yıl olacaktır. Ancak, koşullu salıverilmesi için cezasının 2/3 veya 3/4'ünü infaz kurumunda geçirmesi gereken bir suçtan hükümlü olarak bulunan bir kişi için denetim süresinin cezaevinde geçirdiği süre kadar belirlenmesi yasal olarak mümkün değildir<sup>20</sup>; zira, Kanun'da yer alan düzenlemeye göre denetim süresi, koşullu salıverilme tarihi ile hak ederek salıverilme tarihi arasında kalan süreden daha fazla olamayacaktır.

Koşullu salıverilen hükümlüye denetim süresinde uygulanacak denetimli serbestlik tedbirlerinin neler olduğu 5275 sayılı CGTİHK'nun 107. maddesinin 7 ilâ 9. fıkraları arasında düzenlenmiştir. Bu düzenlemelere göre; hükümlü, denetim süresinde, infaz kurumunda öğrendiği meslek veya sanatı icra etmek üzere, bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında, ücret karşılığında çalıştırılabilir. Onsekiz yaşından küçük olan hükümlüler, denetim süresinde eğitimlerine, gerektiğinde barınma imkânı da bulunan bir kurumda devam ederler. İnfaz hâkimi, denetim süresinde hükümlüye rehberlik edecek bir uzman kişiyi görevlendirebilir. Bu kişi, kötü alışkanlıklar edinebileceği çevrelerden uzak kalması ve sorumluluk bilinciyle iyi bir hayat sürmesini temin hususunda hükümlüye ögütte bulunur; eğitim gördüğü kurum yetkilileri veya yanında çalıştığı kişilerle görüşerek, istişarelerde bulunur; hükümlünün davranışları, sosyal uyumu ve sorumluluk bilincindeki gelişme hakkında üçer aylık sürelerle rapor düzenleyerek infaz hâkimine verir. İnfaz hâkimi ayrıca, iki yılı geçmemek üzere denetim süresi içinde hükümlünün denetimli serbestlik müdürlüğüne belirlenecek yükümlülöklere tabi tutulmasına karar verebilir.

<sup>20</sup> Örneğin; uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçundan verilen 24 yıl hapis cezasının 2/3'ü olan 16 yılı infaz kurumunda geçirip koşullu salıverilen hükümlü, cezaevinde 16 yıl geçirmiş olmakla birlikte, hak ederek tahliye tarihine 8 yıl kaldığı için, denetim süresi hak ederek tahliye tarihini geçemeyecektir.



Bu karar gereğince denetimli serbestlik müdürlüğü, risk ve ihtiyaçlarını dikkate alarak hükümlüyü;

a) Belirli bir bölgede denetim ve gözetim altında bulundurma,

b) Belirlenen yer veya bölgelere gitmeme,

c) Belirlenen programlara katılma, yükümlülüklerinden bir veya birden fazlasına tabi tutar. Denetimli serbestlik müdürlüğü hükümlünün risk ve ihtiyaçlarını dikkate alarak yükümlülükleri değiştirebilir.

Aynı maddenin 10. fıkrasına göre; infaz hâkimi, koşullu salıverilen hükümlünün kişiliğini ve topluma uyumdaki başarısını göz önünde bulundurarak; denetim süresinin, denetimli serbestlik tedbiri uygulanmadan veya herhangi bir yükümlülük belirlemeden geçirilmesine karar verebileceği gibi, denetimli serbestlik tedbiri uygulanmasına son verebilir veya belirlenen yükümlülükleri denetim süresi içinde kaldırabilir.

Denetim süresi içerisinde denetimli serbestlik tedbirine başvurulması ve bu süre zarfında hükümlüye bazı yükümlülükler yüklenmesinin, koşullu salıverilme kurumunun amacına uygun olduğu ve cezanın toplumsal hayata dahil olarak infaz edildiği denetim süresinde hükümlünün başıboş bırakılmaması açısından yerinde olduğu kanaatindeyiz.

## **II. KOŞULLU SALIVERİLME KARARININ GERİ ALINMASININ ŞARTLARI VE USULÜ**

### **A. Koşullu Salıverilme Kararının Geri Alınmasının Şartları**

Denetim süresini yükümlülüklerine uygun ve iyi hâlli olarak geçiren hükümlünün cezası infaz edilmiş sayılır. Bunun aksine, koşullu salıverilen hükümlünün, denetim süresinde hapis cezasını gerektiren kasıtlı bir suç işlemesi veya kendisine yüklenen yükümlülüklerle, infaz

hâkiminin uyarısına rağmen, uymamakta ısrar etmesi hâlinde koşullu salıverilme kararı geri alınır<sup>21</sup>.

## **1. Hükümlünün Hapis Cezası Gerektiren Kasıtlı Bir Suç İşlemesi**

5275 sayılı CGTİHK'nun 107. maddesinin 12. fıkrasında düzenlenen koşullu salıverilme kararının geri alınması hallerinden ilki; hükümlünün, denetim süresinde hapis cezasını gerektiren kasıtlı bir suç işlemesidir. Salt bu düzenlemenin kaleme alınış tarzından hareketle, hükümlünün denetim süresi içerisinde hapis cezasını gerektiren kasıtlı suç işlemesinin yeterli olduğu, mutlaka bu suçtan hapis cezasına mahkumiyetine ilişkin kesinleşmiş bir hükmün varlığının gerekmediği düşünülebilir<sup>22</sup>. Ancak, bu düzenlemeyi, aynı maddenin 15. fıkrasında yer alan *"Hükümlü, geri kalan süre içinde işlediği kasıtlı bir suçtan dolayı hapis cezasına mahkûm edilirse..."* şeklinde ifade ve ceza hukukunun temel ilkelerinden *"masumiyet karinesi"* ile birlikte değerlendirmek gerekir. Bir kişinin suç işlediğini söyleyebilmek için sadece hakkında soruşturma veya kovuşturma yapılması ve hatta ilk derece mahkemesince mahkûmiyet hükmü verilmesi yeterli değildir; bu kişi hakkında suç işlediğine dair verilecek hükmün olağan kanun yollarının tüketilmesi veya kanun yollarına başvurma sürelerinin sona ermesini müteakip kesinleşmesi gerekir. Aksine bir uygulama ile denetim süresinde hapis cezası gerektiren bir suç işlediği iddiasıyla yargılanan hükümlünün koşullu salıverilme kararının geri alınmasını müteakip tekrar infaz kurumuna konulduktan sonra, hükümlünün beraat etmesi veya davanın düşmesi yahut ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmesi gibi bir durum söz konusu olduğunda, Kanun'un koşullu salıverilme kararının geri alınması ile arzuladığı sonuçtan başka ve hükümlünün mağduriyeti ile sonuçlanan bir durum ortaya çıkacaktır.

<sup>21</sup> 5275 sayılı CGTİHK m. 107/12, 14.

<sup>22</sup> Bu yöndeki görüşler için bkz.: AKKAŞ, Ahmet Hulusi, Koşullu Salıverilme, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, S. 1-2, 2008, s. 327; GÜR, Gülberk, "Koşullu Salıverilme", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof.Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan, C. 21, 2019, s. 1474-1475.

Bununla birlikte, 5275 sayılı CGTİHK'nun 107. maddesinin 15. fıkrasında yer alan "*Hükümlü, geri kalan süre içinde işlediği kasıtlı bir suçtan dolayı hapis cezasına mahkûm edilirse...*" ifadesi de; Kanun Koyucunun koşullu salıverilme kararının geri alınması için, hükümlünün işlediği sonraki suçtan hapis cezasına mahkumiyetini aradığını göstermektedir. Kanun'un 107. maddesinin 12. ve 15. fıkraları arasında bir çelişki bulunmakla birlikte, bu noktada hükümlü lehine değerlendirme yaparak, koşullu salıverilme kararının geri alınması için hükümlünün sonraki işlediği suçtan hapis cezasına mahkûmiyetine dair kesin hükmü aramak gerekmektedir<sup>23</sup>.

Hükümlü denetim süresinde hapis cezası gerektiren kasıtlı suç işlemekle birlikte, hükmedilen kısa süreli hapis cezası, TCK'nın 50. maddesi uyarınca adli para cezasına veya tedbire çevrilmişse, uygulamada asıl mahkûmiyet, bu madde hükümlerine göre çevrilen adli para cezası veya tedbir olduğundan, koşullu salıverilme kararı geri alınmayacaktır<sup>24</sup>.

Yargıtay'ın konuya ilişkin bir kararında<sup>25</sup> da aynı yöndeki görüş şu şekilde ifade edilmiştir: "*5275 Sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin*

<sup>23</sup> ÖZGENÇ, s. 820; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 625; ÇAKIR, Kerim, "Hapis Cezasının Koşullu Salıverilme Uygulanarak İnfazı", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 26, S. 2, 2020, s. 685.

<sup>24</sup> ÖZBEK, s. 370; ÖZGENÇ, s. 820; AKBULUT, Berrin, 866; DEMİRBAŞ, Genel Hükümler, s. 734; DEMİRBAŞ, Timur, İnfaz Hukuku, 7. Baskı, Ankara, 2020, s. 544; aksi görüş CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 676.

<sup>25</sup> Yargıtay 20. CD'nin 11.9.2019 tarihli, E. 2018/6063 ve K. 2019/4450 sayılı kararı, www.kazanci.com.tr, (erişim tarihi: 8.6.2021).

Yargıtay'ın aynı yöndeki bazı kararları şu şekildedir:

"...hükümlünün deneme süresi içerisinde işlediği mala zarar verme suçundan dolayı adli para cezası ile cezalandırılmasına karar verildiği, dolayısıyla koşullu salıvermenin geri alınmayacağı gözetilmeden, yazılı şekilde karar verilmesinde isabet görülmemiş olduğundan bahisle 5271 sayılı CMK'nun 309. maddesi uyarınca anılan kararın bozulması Dairemizden istenilmiştir. ...Kanun yararına bozma istemine dayanan Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın gönderme yazısı, incelenen dosya içeriğine göre yerinde görüldüğünden, .. bozulmasına...", Yargıtay 6. CD'nin 20.11.2015 tarihli, E. 2015/8029 ve K. 2015/45143 sayılı kararı, www.kazanci.com.tr, (erişim tarihi: 8.6.2021);

"...Sanık hakkında sonuç ceza olarak 6000 TL adli para cezasına hükmedilmesi karşısında, 5275 Sayılı Cezaların ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 107. maddesinin 12. fıkrasında düzenlenen "Koşullu salıverilen hükümlünün, denetim süresinde hapis cezasını gerektiren kasıtlı bir suç işlemesi veya kendisine

*İnfazı Hakkında Kanun'un 107. maddesinin 12. fıkrasında yer alan 'Koşullu salıverilen hükümlünün, denetim süresinde hapis cezasını gerektiren kasıtlı bir suç işlemesi veya kendisine yüklenen yükümlülüklere, hakim uyarısına rağmen, uymamakta ısrar etmesi halinde koşullu salıverilme kararı geri alınır.' ve aynı Kanunun anılan maddesinin 15. fıkrasının ( a ) bendinde yer alan 'Koşullu salıverilme kararının geri alınmasına; Hükümlü geri kalan süre içinde işlediği kasıtlı bir suçtan dolayı hapis cezasına mahkum edilirse, hükmü veren ilk derece mahkemesi veya bölge adliye mahkemesi tarafından....dosya üzerinden karar verilir' şeklindeki düzenlemeler uyarınca koşullu salıverilme kararının geri alınabilmesi için denetim süresi içerisinde hükümlünün işlediği kasıtlı bir suçtan dolayı hapis cezasına mahkum olması gerektiği, somut dosya kapsamına göre hükümlünün deneme süresi içerisinde işlediği kasıtlı suçtan dolayı neticeten adli para cezası ile cezalandırılmasına karar verildiği, dolayısıyla koşullu salıverilme kararının geri alınmamasına karar verilmesi kanuna aykırı olup kanun yararına bozma istemi yerinde görülmiştir."*

Denetim süresinde işlediği kasıtlı suçtan verilen hapis cezası ertelenen hükümlünün koşullu salıverilme kararının geri alınmasına karar verilmesi gerektiği kanaatindeyiz<sup>26</sup>. Çünkü, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) getirdiği yeni sisteme göre erteleme bir infaz rejimidir ve mahkûm edildiği hapis cezası ertelenen hükümlünün cezasının infaz kurumunda çektirilmesinden sarfi nazar edilmekte, belirlenen denetim süresi içerisinde yüklenen yükümlülüklere uygun davranması ve kasıtlı suç işlememesi halinde cezası infaz edilmiş sa-

---

*yüklenen yükümlülükler, hâkimin uyarısına rağmen, uymamakta ısrar etmesi hâlinde koşullu salıverilme kararı geri alınır."* hükmüne aykırı olarak sanık hakkında şartla tahliye süresi içinde suç işlediği gerekçesiyle şartla tahliye kararının geri alınması için Cumhuriyet Başsavcılığı'na ihbar müzekkeresi yazılmasına karar verilmesi, ... Yasaya aykırı, Cumhuriyet savcısının temyiz itirazları bu sebeple yerinde olduğundan, hükmün bozulmasına...", Yargıtay 10. CD'nin 9.5.2017 tarihli, E. 2013/4426 ve K. 2017/1791 sayılı kararı, www.kazanci.com.tr, (erişim tarihi: 8.6.2021).

<sup>26</sup> Aynı yönde AKKAŞ, s. 327; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 676.

yılmaktadır<sup>27</sup>. Bununla birlikte, 5237 sayılı TCK'nın 51. maddesine göre; erteleme kararı verilebilmesi için aranan şartlardan biri; kişinin "daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı üç aydan fazla hapis cezasına mahkûm edilmemiş olması"dır. Hükümlünün koşullu salıverildiği suçtan verilen hüküm; kasıtlı bir suçtan üç ay veya daha az hapis cezasına ilişkinse yahut taksirli suçtan verilen hapis cezasına ilişkinse, denetim süresinde işlenen suçtan dolayı erteleme kararı verilebilecek, bunun dışında kalan durumlarda erteleme kararı verilemeyecektir. Bu nedenle, denetim süresinde işlenen suçtan dolayı ertelenen hapis cezası nedeniyle koşullu salıverilme kararının geri alınmasının uygulamada nadiren karşılaşılabilecek bir durum olduğuna işaret etmek gerekir.

Denetim süresinde işlediği kasıtlı suçtan verilen hapis cezasına ilişkin mahkûmiyet hükmünün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen hükümlünün koşullu salıverilme kararı geri alınamaz. Zira, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) 231. maddesinde düzenlenmiş olan ve sanık hakkında kurulan mahkûmiyet hükmünün hukuki bir sonuç doğurmamasını ifade eden hükmün açıklanmasının geri bırakılması, esas itibarıyla bünyesinde iki karar barındıran bir kurumdur. İlk karar teknik anlamda hüküm sayılan, ancak açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi nedeniyle hukuken varlık kazanamayan, bu nedenle hüküm ifade etmeyen, koşullara uyulması hâlinde düşme hükmüne dönüşecek, koşullara uyulmaması hâlinde ise varlık kazanacak olan mahkûmiyet hükmü; ikinci karar ise, bu mahkûmiyet hükmünün üzerine inşa edilen ve önceki hükmün varlık kazanmasını engelleyen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararıdır. Bu ikinci kararın en temel ve belirgin özelliği, varlığı devam ettiği sürece, mahkûmiyet hükmünün hukuken sonuç doğurma özelliği kazanamamasıdır<sup>28</sup>. Yapılan yargılama sonucunda

<sup>27</sup> KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 597.

<sup>28</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz.: YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Baskı, Ankara, 2017, s. 808-820; ŞAHİN, Cumhur/GÖKTÜRK, Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku II, 6. Baskı, Ankara, 2017, s. 192-203; CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku. 13. Baskı, İstanbul, 2016, s. 779-790; ÖZTÜRK, Bahri (Editör), Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku,

mahkeme sanığın yüklenen suçu işlediğini sabit görerek mahkûmiyet hükmü kurmakta, ancak, bu hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar vermektedir. Bu durumda, dava derdest olmaya ve hakkında hüküm verilmiş olan kişi, henüz hüküm kesinleşmediği için sanık sıfatını taşımaya devam etmektedir<sup>29</sup>. Bu nedenle denetim süresinde işlediği hapis cezası gerektiren kasıtlı suçtan dolayı hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen kişi hakkında koşullu salıverilme kararının geri alınmasına karar verilemeyecektir. Ancak, hükümlünün, denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlemesi veya dene-timli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülöklere aykırı davranması halinde, mahkeme hükmü açıklar ve bu hapis cezasına ilişkin hüküm kesinleşirse, koşullu salıverilme kararı geri alınabilecektir. Bununla birlikte, 5271 sayılı CMK'nın 231. maddesine göre; hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilmesi için aranan şartlardan biri; kişinin *"daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış bulunması"*dir. Hükümlünün koşullu salıverildiği hüküm; taksirli suçtan verilen hapis cezasına ilişkinse, denetim süresinde işlenen suçtan dolayı hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilecek - uzlaşma hükümleri saklı kalmak üzere<sup>30</sup>- bunun dışında kalan durumlarda hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilemeyecektir. Bu nedenle, koşullu salıverilmeye ilişkin denetim süresinde işlenen suçtan dolayı hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesinin uygulamada sık karşılaşılmayacak bir durum olduğuna işaret

---

10. Baskı, Ankara, 2016, s. 630-640; ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar/ TEPE, İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Baskı, Ankara, 2017, s. 796-806.

<sup>29</sup> ÖZGENÇ, s. 738.

<sup>30</sup> CMK'nın 254. maddesinin 2. fıkrasına göre: *"Uzlaşma gerçekleştiği takdirde, mahkeme, uzlaşma sonucunda sanığın edimini defaten yerine getirmesi halinde, davanın düşmesine karar verir. Edimin yerine getirilmesinin ileri tarihe bırakılması, takside bağlanması veya süreklilik arzetmesi halinde; sanık hakkında, 231 inci maddede ki şartlar aranmaksızın, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilir..."*

Söz konusu düzenlemeye göre, koşullu salıverilen hükümlünün denetim süresinde işlediği uzlaşma kapsamında kalan ve hapis cezası gerektiren kasıtlı bir suçtan dolayı tarafların vardıkları anlaşma çerçevesinde edimin yerine getirilmesinin ileri tarihe bırakılması, takside bağlanması veya süreklilik arzetmesi halinde hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilecek ve bu durumda da koşullu salıverilme kararı geri alınamayacaktır.

etmek gerekir. Ancak, mahkeme daha önce kasıtlı bir suç işlemiş kişi hakkında hatalı olarak, başka bir deyişle yasal şartları mevcut değilken hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı vermiş ve bu karar kesinleşmişse, koşullu salıverilme kararının geri alınıp alınamayacağı sorusu akla gelebilir. Kanaatimizce, bu durumda koşullu salıverilme kararının geri alınmaması gerekir. Zira, bu kararın hatalı verilmiş olması hukuk alemindeki varlığını ortadan kaldırmaz. Ancak, olağanüstü kanun yollarından “kanun yararına bozma”<sup>31</sup> yoluna başvuru olarak, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının kanun yararına bozulması durumunda, ilgili mahkemece yeniden yapılacak yargılama sonucunda verilecek hapis cezası kesinleştikten sonra koşullu salıverilme kararı geri alınabilecektir.

Denetim süresi içerisinde işlenen kasıtlı suçtan verilen hapis cezasına ilişkin mahkûmiyet hükmünün mutlaka denetim süresinde kesinleşmesi gerekmez; önemli olan hükümlünün denetim süresinde bu suçu işlemiş olmasıdır<sup>32</sup>. Bu husus, Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kurulunun 8.6.1970 tarihli, E. 1969/9 ve K. 1970/4 sayılı kararında; “...Şartla salıverilen hükümlülerin meşruten tahliye tarihi ile bihakkın tahliye edilmeleri icap eden tarih arasında şahsı hürriyeti bağlayıcı cezayımüstelzim kasıtlı bir cürüm işlemeleri halinde TCK.nun 17 nci maddesi gereğince meşruten tahliye kararının geri alınması gerektiğine, ikinci cürmün, birinci cürme ait ceza müddeti ( hükümde yazılı müddet ) dolmadan işlenmiş olması yeter olup, cezanın verilip kesinleşmesinin bu süre içinde gerçekleşmiş olmasının şart bulunmadığına..” şeklinde ifade edilmiştir<sup>33</sup>.

Kanun’un 107. maddenin 12. fıkrasındaki “Koşullu salıverilen hükümlünün, denetim süresinde hapis cezasını gerektiren kasıtlı bir suç

<sup>31</sup> CMK m. 309: “(1) Hâkim veya mahkeme tarafından verilen ve istinaf veya temyiz incelemesinden geçmeksizin kesinleşen karar veya hükümde hukuka aykırılık bulunduğu öğrenen Adalet Bakanlığı, o karar veya hükmün Yargıtayca bozulması istemini, yasal nedenlerini belirterek Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına yazılı olarak bildirir.”

<sup>32</sup> DEMİRBAŞ, İnfaz Hukuku, s. 544; DEMİRBAŞ, Genel Hükümler, s. 733; ÖZGENÇ, s. 821; AKBULUT, Berrin, 866; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 676; KAFES, s. 76.

<sup>33</sup> www.kazanci.com.tr, (erişim tarihi: 8.6.2021).

*işlemesi...*” ifadesinden de rahatlıkla aynı sonuca varmak mümkündür. Ülkemizde yargılamaların uzun sürede sonuçlanabildiği de göz önünde bulundurulduğunda, koşullu salıverilme kararının geri alınması için, işlenen kasıtlı suçtan verilen hükmün denetim süresinde kesinleşmesini aramak, koşullu salıverilme kararının geri alınmasını fiilen imkânsız hale getirecektir.

Hükümlünün denetim süresinde işlediği kasıtlı suç genel af kapsamına girmişse, hükmolunan ceza bütün neticeleri ile ortadan kalkacağından<sup>34</sup> koşullu salıverilme kararının geri alınmaması gerekir; ancak, özel af bu şekilde bir hukuki sonuç doğurmadığından<sup>35</sup>, denetim süresinde işlenen kasıtlı suç özel af kapsamına girse dahi koşullu salıverilme kararının geri alınması gerekir<sup>36</sup>.

## **2. Hükümlünün Denetim Süresinde Kendisine Yüklenen Yükümlülüklerle, İnfaz Hâkiminin Uyarısına Rağmen, Uymamakta Israr Etmesi**

Koşullu salıverilen hükümlüye denetim süresinde, denetimli serbestlik tedbiri uygulanmasına karar verilmiş ve bu çerçevede 5275 sayılı CGTİHK'nun 107. maddesinde öngörülen yükümlülüklerden bir veya birkaçı yüklenmiş ise, söz konusu yükümlülüklerin infazı Denetimli Serbestlik Hizmetleri Yönetmeliğine<sup>37</sup> göre yerine getirilecektir.

Bu Yönetmeliğe göre; hükümlülere yapılacak yazılı veya elektronik tebligatta, tebliğden itibaren on gün içerisinde denetimli serbestlik müdürlüğüne başvurulması gerektiği belirtilir. Düzenlenen tebligatta, yükümlünün haklı, geçerli ve gerektiğinde belgelendirilebilen bir mazereti olmadan denetimli serbestlik müdürlüğüne gelmemesi veya hakkında belirlenen yükümlülüklerin gereğini yerine getirme-

<sup>34</sup> TCK m. 65/1: “Genel af halinde, kamu davası düşer, hükmolunan cezalar bütün neticeleri ile birlikte ortadan kalkar.”

<sup>35</sup> TCK m. 65/2-3: “Özel af ile hapis cezasının infaz kurumunda çektirilmesine son verilebilir veya infaz kurumunda çektirilecek süresi kısaltılabilir ya da adli para cezasına çevrilebilir. (3) Cezaya bağlı olan veya hükümde belirtilen hak yoksunlukları, özel affa rağmen etkisini devam ettirir.”

<sup>36</sup> KAFES, s. 77.

<sup>37</sup> Resmi Gazete tarih ve sayısı: 5.3.2013-28578



mesi halinde, koşullu salıverilme kararının geri alınabileceği hükümlüye bildirilir (m. 40). Hükümlünün kendisine yüklenen yükümlülüklerine uymaması durumunda, infazı yapan Cumhuriyet savcılığı aracılığı ile bu durumun bildirildiği infaz hakiminin yükümlülüklerine uyması yönündeki uyarısı hükümlüye tebliğ edilmesi gerekir. Bu uyarıya rağmen hükümlünün yükümlülüklerine uymamakta ısrar etmesi hâlinde, Denetimli serbestlik müdürlüğünce durumun iletildiği Cumhuriyet savcılığınca koşullu salıverilme kararının geri alınması için infaz hakiminden talepte bulunulur (m. 92).

### B. Koşullu Salıverilme Kararının Geri Alınmasının Usulü

Hükümlü, denetim süresi içinde işlediği kasıtlı bir suçtan dolayı hapis cezasına mahkûm edilirse ya da bağlı tutulduğu yükümlülükleri yerine getirmezse hükmü veren ilk derece mahkemesinin bulunduğu yer infaz hâkimliği<sup>38</sup>, cezaların toplandığı hâller ile hükmün bölge adliye mahkemesi veya Yargıtay tarafından verilmiş olması hâlinde ise 101. maddenin ikinci fıkrasına<sup>39</sup> göre belirlenen infaz hâkimliği tarafından koşullu salıverilme kararının geri alınmasına dosya üzerinden karar verilir. Bu kararlara karşı itiraz yolu açıktır<sup>40</sup>.

İnfaz hâkiminin kararlarına karşı itiraz usulünün düzenlendiği 4675 sayılı İnfaz Hakimliği Kanunu'nun 6. maddesine göre; hükümlü

<sup>38</sup> 5275 sayılı CGTİHK'nun 107/15. maddesinin 7242 sayılı Kanun'un 48. maddesiyle değiştirilmeden önceki haline göre, koşullu salıverilme kararının geri alınmasına karar verme görevi hükmü veren mahkemeye ait iken, söz konusu Kanun değişikliği ile; koşullu salıverilme kararını geri alma görevinin hükmü veren ilk derece mahkemesinin bulunduğu yer infaz hâkimliğine ait olduğu düzenlenmiştir.

<sup>39</sup> CGTİHK m. 101/2: "99 uncu madde gereğince cezaların toplanması gerektiğinde bu hususta hüküm verme yetkisi, en fazla cezaya hükmetmiş bulunan mahkemenin bulunduğu yer infaz hâkimliğine, bu durumda birden çok infaz hâkimliği yetkili ise son hükmü vermiş olan mahkemenin bulunduğu yer infaz hâkimliğine aittir. En fazla cezanın;

a) Yargıtay tarafından ilk derece mahkemesi sıfatıyla verilmesi hâlinde Ankara infaz hâkimliğince,

b) Bölge adliye mahkemesi tarafından ilk derece mahkemesi sıfatıyla verilmesi hâlinde bölge adliye mahkemesinin bulunduğu il infaz hâkimliğince,

c) Bölge adliye mahkemesi tarafından duruşma açmak suretiyle verilmesi hâlinde ise hükmü kaldırılan ilk derece mahkemesinin bulunduğu yer infaz hâkimliğince, bu hususta karar verilir."

<sup>40</sup> 5275 sayılı CGTİHK m. 107/15.

veya ilgili Cumhuriyet savcısı tarafından, koşullu salıverilme kararının geri alınmasına ilişkin kararın tebliğinden itibaren yedi gün içinde CMK hükümlerine göre itiraz yoluna gidilebilir. İtiraz, infaz hakimliğinin yargı çevresinde bulunduğu ağır ceza mahkemesine yapılır.

CGTİHK'nun 107. maddesinin 11. fıkrasına göre; hükümlünün koşullu salıverilmesine infaz işlemlerinin yapıldığı yer infaz hâkimi yetkilidir. Yine 107. maddenin 10. fıkrasına göre; denetim süresinin, hükümlüye denetimli serbestlik tedbiri uygulanmadan veya herhangi bir yükümlülük belirlemeden geçirilmesine karar verebilecek olan, denetimli serbestlik tedbiri uygulanmasını veya belirlenen yükümlülükleri denetim süresi içinde kaldırabilecek olan da infaz işlemlerinin yapıldığı yer infaz hâkimidir. Ayrıca, aynı maddenin 12. fıkrasına göre, hükümlü kendisine yüklenen yükümlülüklere uymazsa onu uyaracak olan da infaz işlemlerinin yapıldığı yer infaz hâkimidir. Ancak, 15. fıkra göre; koşullu salıverilme kararının geri alınması kararını *"hükmü veren ilk derece mahkemesinin bulunduğu yer infaz hâkimi"* verebilecektir. Koşullu salıverilme kararının geri alınması kararını verme yetkisinin; infaz sürecinin başından itibaren sürecin içinde olan *"infaz işlemlerinin yapıldığı yer infaz hâkimi"* yerine, infaz sürecine katılımı olmayan *"hükmü veren ilk derece mahkemesinin bulunduğu yer infaz hâkimi"*nde olmasının yerinde olmadığı kanaatindeyiz<sup>41</sup>.

---

<sup>41</sup> Benzer bir görüş için bkz: ÖZGENÇ, İzzet/SÖZÜER, Adem/KOCA, Mahmut, "Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi'nin Değerlendirilmesi", [https://api.hacibayram.edu.tr/files/1/Hac%C4%B1bayram%20AHBV/turkceme r%28tr-TR%29/i%CC%87nfaz\\_kanunu-de%C4%9Fi%25%9Fiklik-teklifi-de%C4%9Ferlendirmesi-%282020.04.06%29.pdf](https://api.hacibayram.edu.tr/files/1/Hac%C4%B1bayram%20AHBV/turkceme r%28tr-TR%29/i%CC%87nfaz_kanunu-de%C4%9Fi%25%9Fiklik-teklifi-de%C4%9Ferlendirmesi-%282020.04.06%29.pdf), s. 8 (erişim tarihi: 6.6.2021).

### III. KOŞULLU SALIVERİLME KARARI GERİ ALINDIKTAN SONRA HÜKÜMLÜNÜN KALAN CEZASININ İNFAZI

#### A. Hükümlünün Hapis Cezası Gerektiren Kasıtlı Bir Suç İşlemesi Durumunda

##### 1. Genel Olarak

5275 sayılı CGTİHK'un 107. maddesinin 13. fıkrasının 7242 sayılı Kanun ile değiştirilmeden önceki haline göre, denetim süresi içerisinde hapis cezası gerektiren kasıtlı suç işlenmesi nedeniyle, koşullu salıverilme kararının geri alınması durumunda, hükümlünün sonraki suçu işlediği tarihten itibaren kalan cezasının infaz kurumunda aynen çektirilmesine karar verilmesi gerekir iken<sup>42</sup>; mevcut haline göre<sup>43</sup>, hükümlünün sonraki suçu işlediği tarihten itibaren başlamak ve hak ederek tahliye tarihini geçmemek koşuluyla sonraki işlediği her bir suç için verilen hapis cezasının iki katı sürenin ceza infaz kurumunda aynen çektirilmesine karar verilmesi gerekecektir. Kanun değişikliğine ilişkin madde gerekçesinde<sup>44</sup>; hükümlü denetim süresi içerisinde çok az hapis cezası olsa dahi sonraki suçu işlediği tarihten hak ederek tahliye tarihine kadar olan sürenin aynen infaz edilmesinin adaletsizliğe neden olması nedeniyle bu düzenlemenin yapıldığı dile getirilmektedir. Ancak, yapılan değişikliğin uygulamada karışıklığa<sup>45</sup> ve adaletsizliğe neden olabilecek nitelikte olduğunu değerlendiriyoruz<sup>46</sup>. Zira, koşullu salıverilme tarihi ile hak ederek tahliye tarihi arasında uzun bir sürenin bulunduğu ve ikinci suçtan verilen hapis cezasının

<sup>42</sup> 5275 sayılı CGTİHK'un 107. maddesinin 13. fıkrasının 7242 sayılı Kanun ile değiştirilmeden önceki haline göre, «Koşullu salıverilme kararının geri alınması hâlinde hükümlünün;

a) Sonraki suçu işlediği tarihten itibaren kalan cezasının aynen,...Ceza infaz kurumunda çektirilmesine karar verilir.»

<sup>43</sup> 5275 sayılı CGTİHK'un 107. maddesinin 13. fıkrasının mevcut haline göre, «Koşullu salıverilme kararının geri alınması hâlinde hükümlünün;

a) Sonraki suçu işlediği tarihten itibaren başlamak ve hak ederek tahliye tarihini geçmemek koşuluyla sonraki işlediği her bir suç için verilen hapis cezasının iki katı sürenin...Ceza infaz kurumunda aynen çektirilmesine karar verilir.»

<sup>44</sup> <https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-2762.pdf>, (erişim tarihi: 29.03.2021).

<sup>45</sup> DEMİRBAŞ, İnfaz Hukuku, s. 540.

<sup>46</sup> Aynı yönde KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 626.

kısa süreli olduğu durumlarda infazda karışıklığa, tereddüde ve adalatsiz sonuçlara neden olabilecek haller ortaya çıkabilecektir.

Örneğin; kasten öldürme suçundan 24 yıl hapis cezası alan hükümlü, cezasının 2/3'ünü iyi halli olarak çekmesini müteakip verilen koşullu salıverilme kararına istinaden serbest bırakıldıktan 1 yıl sonra hırsızlık suçunu işlese ve yapılan yargılama sonucunda 1 yıl hapis cezası verilse, işlediği bu suçtan dolayı verilen hapis cezası kesinleştiikten sonra koşullu salıverilme kararı geri alınacaktır. Hükümlü, denetim süresinin dolacağı hak ederek tahliye tarihine 7 yıl süre varken bu suçu işlemiştir. Sonradan işlediği suçtan verilen hapis cezasını 2 ile çarparsak toplam 2 yıl daha cezaevinde kalması ve sonrasında tahliyesi gerekir. Kasten öldürme suçundan kalan 5 yıl denetim süresinin ve dolayısı ile infaz edilmesi gereken 5 yıl hapis cezasının akibeti ne olacaktır? Hükümlünün ilk hükümden kalan 5 yıl hapis cezasına ilişkin denetim süresini tahliye edildikten sonra tekrar koşullu salıverilerek geçireceği ileri sürülebilirse de, 5275 sayılı CGTİHK'nun 107. maddesinin 13. fıkrasında yer alan *"Koşullu salıverilme kararının geri alınmasından sonra aynı hükmün infazı ile ilgili bir daha koşullu salıverilme kararı verilmez."* cümlesi buna engeldir. Denetim süresinde işlenen suçtan verilen hapis cezasının infazına başlanacak olması nedeniyle hükümlünün infaz kurumu dışına çıkamayacağı, bu nedenle hukuki bir problemle karşılaşılmayacağı düşünülebilirse de; hükümlü hakkında denetim süresinde işlediği suçtan verilen hapis cezasının TCK m. 51 kapsamında ertelenmesi veya 5275 sayılı CGTİHK m. 17'de düzenlenen *"hükümlünün istemiyle infazın ertelenmesi"* sebeplerine dayanarak cezanın infazının ertelenmesi yahut bu suçtan verilen cezanın özel affa uğraması gibi durumlarda hükümlüyü infaz kurumunda tutmanın hukuki zemini kalmayacaktır. Kaldı ki, hükümlünün denetim süresinde işlediği suçtan verilen hapis cezasının infazı nedeniyle infaz kurumunda tutulmaya devam edilmesi ile koşullu salıverildiği suçtan verilen cezanın infazının tamamlanması, birbirinin yerine ikame edilemeyecek farklı durumlardır.

Diğer bir örnek üzerinden tam tersi durumu inceleyelim; nitelikli dolandırıcılık suçundan 6 yıl hapis cezası alan hükümlü, cezasının

1/2'sini iyi halli olarak çekmesini müteakip verilen koşullu salıverilme kararına istinaden serbest bırakıldıktan 1 yıl sonra işlediği hırsızlık suçundan verilen 1 yıl hapis cezası kesinleştikten sonra koşullu salıverilme kararı geri alınacaktır. Hükümlü, hak ederek tahliye tarihine 2 yıl süre varken bu suçu işlemiştir. Sonradan işlediği suçtan verilen hapis cezasını 2 ile çarparsak toplam 2 yıl daha cezaevinde kalması ve hak ederek tahliye tarihine kadar olan 2 yıllık süreyi cezaevinde tamamlayan hükümlünün tahliyesi gerekir. Bu örnekte, hükümlünün infazı tamamlandı için, hukuki bir problem söz konusu değildir.

## 2. Sorun Alanları<sup>47</sup>

Yeni sistem, koşullu salıverilme ile hak ederek salıverilme tarihi arasında uzun süre bulunan hükümlülerin, denetim süresi içinde cezası hafif bir suç işlemeleri durumunda, eski sisteme göre çok daha lehlerine sonuç doğurmakta; bu durum koşullu salıverilme ile hak ederek salıverilme tarihi arasında kısa süre bulunan, başka bir deyişle koşullu salıverilmelerine neden olan suçun cezası daha hafif olan hükümlülerin aleyhine ve adaletsiz bir sonuç doğurmaktadır.

Koşullu salıverildikten sonra işlenen suçun hangi suç olacağı, koşullu salıverilme kararı geri alındıktan sonra hükümlünün ne kadar süreyle cezaevinde kalacağı tesadüflere bağlı olarak değişkenlik ve belirsizlik gösterecektir.

Koşullu salıverilme kararı geri alınıp sonradan işlediği hafif suçtan verilen hapis cezasının iki katı süreyi cezaevinde geçiren hükümlü tahliye edildikten sonra (varsa) hak ederek tahliye tarihine kadar olan denetim süresinin infaz hukuku açısından akıbeti meçhuldür. Zira, 5275 sayılı CGTİHK'un 107. maddesinin 13. fıkrasında yer alan *"Koşullu salıverilme kararının geri alınmasından sonra aynı hükmün infazı ile ilgili bir daha koşullu salıverilme kararı verilmez."* şeklindeki düzenle-

<sup>47</sup> Bu başlık altında yapılan tespit ve değerlendirmelere benzer görüş ve değerlendirmeler için bkz. ÜZÜLMEZ/KOCA, s. 627-628; YENİDÜNYA, Caner, "Yeni İnfaz Düzenlemeleri Işığında Koşullu Salıverme, Hükümlülerin Açık Cezaevine Ayrılması ve Denetimli Serbestlik", <https://www.yenidunyahukuk.com/dosyalar/yeni-infaz-duzenlemeleri.pdf>, (erişim tarihi: 29.3.2021).

me nedeniyle, hükümlü hakkında yeniden koşullu salıverilme kararının verilmemesi gerekir.

Koşullu salıverilme kararının “kısmen” geri alınması kararı verilmesi mümkün olmadığına ve tekrar koşullu salıverilme kararı verilemeyeceğine göre, hükümlü tahliye edildikten sonra (varsa) hak ederek tahliye tarihine kadar olan sürenin infaz edilememesi, hükümlünün fiilen bu cezanın infazından kurtulması sonucu doğacaktır. Bu da hükümlüler arasında cezanın infazı açısından eşitsizlik yaratması nedeniyle Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenen “eşitlik” ilkesine aykırılık teşkil edecektir.

Yukarıda açıklanan hususlarla bağlantılı olarak, hükümlünün infazının ne zaman tamamlanmış sayılacağı, cezanın infazı nedeniyle yoksun bırakılmış haklarına ne zaman kavuşacağı hususlarında da bir belirsizlik ve tereddüt ortaya çıkacaktır.

Hükümlü mükerrirse cezasının infazından sonra denetimli serbestlik tedbirinin uygulanması gerekecektir. Ancak, yukarıda izah edilen hususlar çerçevesinde hükümlünün cezasının hangi tarihte tamamlandığı noktasında ortaya çıkan muğlaklık nedeniyle, bu durum mükerrirlere infaz tamamlandıktan sonra uygulanacak denetimli serbestlik tedbirinin başlangıç tarihinde de tereddütler doğmasına neden olacaktır.

### **3. Değerlendirme ve Çözüm Önerileri**

Koşullu salıverilmenin, cezanın değişmesini ifade etmediği, aksine bir infaz yöntemi olarak cezanın infazını tamamlayan bir özellik arz ettiği göz önünde bulundurulduğunda, cezasının infazına cezaevi dışında devam eden hükümlünün, suç işlememesi şartına bağlı tanınan bu şansı kullanmayarak hapis cezası gerektiren kasıtlı suç işlemesi nedeniyle, ikinci suçu işlediği tarihten hak ederek salıverilme tarihine kadar olan süreyi cezaevinde geçirmesinin (eski sistemin) daha doğru, yerinde ve hakkaniyete uygun olduğunu değerlendiriyoruz.

Denetim süresi içerisinde işlediği suçtan çok az hapis cezası alan hükümlünün sonraki suçu işlediği tarihten hak ederek salıverilme

tarihine kadar olan sürenin aynen infaz edilmesinin adaletsizliğe yol açacağı ileri sürülerek yeni sistem muhafaza edilecekse, bu durum hükümlünün 2. suçtan verilen hapis cezasının 2 katı süreyle infaz kurumuna konulduktan sonra, denetim süresinin hak ederek salıverilme tarihine kadar kalan kısmına tekabül eden cezasının infazından kurtulması sonucunu da doğurmamalıdır. Bunun için en başta 5275 sayılı CGTİHK'un 107. maddesinin 13. fıkrasında yer alan *“Koşullu salıverilme kararının geri alınmasından sonra aynı hükmün infazı ile ilgili bir daha koşullu salıverilme kararı verilmez.”* şeklindeki düzenlemenin yeni sisteme uygun hale getirilmesi gerekir. Örneğin; *“Sonraki işlediği her bir suç için verilen hapis cezasının iki katı süre ceza infaz kurumunda aynen çektirilen hükümlünün, hak ederek tahliye tarihine kadar yeniden koşullu salıverilmesine karar verilir.”* şeklinde bir düzenleme yapılmasının, koşullu salıverilme kurumunun bünyesine daha uygun olacağını ve uygulamada oluşabilecek tereddütleri gidereceğini değerlendiriyoruz.

### **B. Yüklenen Yükümlülüklerle, İnfaz Hâkiminin Uyarısına Rağmen, Uymamakta Israr Etmesi Durumunda**

5275 sayılı CGTİHK'nun 107. maddesinin 13. fıkrasına göre, hükümlünün denetim süresinde yükümlülüklerine aykırı davranması nedeniyle koşullu salıverilme kararı geri alındıktan sonra, yükümlülüklerle uymama tarihi ile hak ederek salıverilme tarihi arasındaki süreyi geçmemek koşuluyla ihlalin niteliğine göre<sup>48</sup> infaz hakimince takdir edilecek bir sürenin, infaz kurumunda aynen çektirilmesine karar verilecektir.

Denetim süresinde işlenen kasıtlı suçtan hapis cezasına mahkûmiyet halinde koşullu salıverilme kararının geri alınması, koşullu salıverilen tüm hükümlüler açısından geçerlidir. Ancak, koşullu salıverilen bütün hükümlülere denetimli serbestlik tedbiri uygulanması ve bu kapsamda yükümlülük yüklenmesi söz konusu değildir. İnfaz hâkimi, koşullu salıverilen hükümlünün kişiliğini ve topluma

---

<sup>48</sup> Bu fıkraya *“ihlalin niteliğine göre”* ibaresi 7242 sayılı Kanun'un 48. maddesiyle eklenmiştir.

uyumdaki başarısını göz önünde bulundurarak; denetim süresinin, denetimli serbestlik tedbiri uygulanmadan veya herhangi bir yükümlülük belirlemeden geçirilmesine karar verebileceği gibi, denetimli serbestlik tedbiri uygulanmasını veya belirlenen yükümlülükleri denetim süresi içinde kaldırabilir<sup>49</sup>.

Bu koşullu salıverilme kararının geri alınmasının nedeni, toplumsal hayata uyumlarıyla bağlantılı olarak, sadece kendisine yükümlülük yüklenen hükümlüler açısından geçerli olduğundan, yukarıdaki başlık<sup>50</sup> altında yaptığımız -başta eşitlik ilkesine aykırılık olmak üzere-eleştiri ve önerilerin önemli bir kısmı bu başlık açısından geçerli değildir.

Denetim süresinde kendisine yükümlülük yüklenen hükümlü, bu yükümlülüklerle infaz hakiminin uyarısına rağmen uymamakta ısrar ederse, koşullu salıverilme kararı geri alınacak ve ihlalin ağırlığına göre infaz hakimince takdir edilecek bir süreyle hükümlü yeniden infaz kurumuna konulacaktır. Hükümlünün, yüklenen yükümlülüklerle uymama tarihi ile hak ederek tahliye tarihi arasındaki süre kadar infaz kurumunda kalmasında hukuki bir problem yoktur. Ancak, infaz hakimince takdir edilecek süre bundan kısa ise; ihlal tarihi ile hak ederek salıverilme tarihi arasında örneğin 6 yıllık bir süre var iken, infaz hâkimi koşullu salıverilme kararını geri aldıktan sonra ihlalin ağırlığına göre hükümlünün 2 yıl süreyle infaz kurumuna konulmasına karar verdiğinde, hükümlü bu 2 yılın ardından tahliye edilecektir. Bu durumda, yani henüz hak ederek salıverilme tarihi gelmeden (*örnekteki gibi hak ederek salıverilme tarihine 4 yıl varken*) hükümlünün cezasının infazı bitmiş mi olacaktır? Koşullu salıverme, cezanın süresinin değişmesi/kısalması anlamına gelmediğine göre, bunu söylemek hukuken mümkün değildir. Hükümlünün ilk hükümden kalan 4 yıl hapis cezasını tahliye edildikten sonra tekrar koşullu salıverilerek geçireceği ileri sürülebilirse de, 5275 sayılı CGTİHK'un 107. maddesinin 13. fıkrasında yer alan "*Koşullu salıverilme kararının geri alınmasından sonra aynı hükmün infazı ile ilgili bir daha koşullu salıverilme*

<sup>49</sup> 5275 sayılı CGTİHK m. 107/10.

<sup>50</sup> "A. Hükümlünün Hapis Cezası Gerektiren Kasıtlı Bir Suç İşlemesi Durumunda"



*kararı verilmez.”* şeklindeki düzenleme nedeniyle, hükümlü hakkında yeniden koşullu salıverilme kararı da verilemeyecektir.

Koşullu salıverilen hükümlünün -her hükümlüye yükümlülük yüklenmeyen infaz sistemimizde- basit bir yükümlülük ihlalinde dahi hak ederek tahliye tarihine kadar infaz kurumunda tutulması hakkaniyete aykırı görünmektedir. Ancak, özellikle süreli hapis cezaları açısından koşullu salıverilmenin mahkeme hükmündeki cezayı kısaltan veya değiştiren bir kurum olmadığı gözden uzak tutulmamalıdır. Bu nedenle, yükümlülük ihlalinde koşullu salıverilme kararı geri alınıp infaz hakimince takdir edilecek süre kadar infaz kurumuna konulan hükümlünün hak ederek salıverilme tarihine kadar olan ceza süresi dolmuyor ise, hak ederek salıverilme tarihine kadar yeniden koşullu salıverilmesine imkan tanıyan bir yasal düzenleme yapılmasının koşullu salıverilme kurumunun bünyesine daha uygun olacağı ve hükümlünün infazının hangi tarihte tamamlanacağı, bu kapsamda yasaklanmış haklarını kullanmaya hangi tarihte başlayacağı hususlarında oluşabilecek tereddütlerin de engellenmiş olacağı kanaatindeyiz.

## SONUÇ

5275 sayılı CGTİHK'nun 107. maddesinin 12. fıkrasında düzenlenen koşullu salıverilme kararının geri alınması hallerinden ilki olan; hükümlünün, denetim süresinde hapis cezasını gerektiren kasıtlı bir suç işlemesi halinde koşullu salıverilme kararının geri alınması için, aynı maddenin 15. fıkrasında yer alan *“Hükümlü, geri kalan süre içinde işlediği kasıtlı bir suçtan dolayı hapis cezasına mahkûm edilirse...”* ifadesini dikkate almak ve koşullu salıverilme kararının geri alınması için, hükümlünün işlediği sonraki suçtan hapis cezasına mahkumiyetine ilişkin kesinleşmiş hükmün varlığını aramak gerekir. Koşullu salıverilme kararının geri alınması açısından 5275 sayılı Kanun'un 107. maddesinin 12. ve 15. fıkraları arasında var olan çelişkinin ise, hükümlü lehine olan 15. fıkradaki düzenleme doğrultusunda yapılacak bir kanun değişikliği ile giderilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Hükümlü denetim süresinde hapis cezası gerektiren kasıtlı suç işlemekle birlikte, hükmedilen kısa süreli hapis cezası, TCK'nın 50. maddesi uyarınca adli para cezasına veya tedbire çevrilmişse, uygulamada asıl mahkûmiyet, bu madde hükümlerine göre çevrilen adli para cezası veya tedbir olduğundan, koşullu salıverilme kararının geri alınmaması gerekir.

5237 sayılı TCK'nın getirdiği yeni sisteme göre erteleme bir infaz rejimi olduğundan, denetim süresinde işlediği kasıtlı suçtan verilen hapis cezası ertelenen hükümlünün koşullu salıverilme kararının geri alınmasına karar verilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, sanık hakkında kurulan mahkûmiyet hükmünün hukuki bir sonuç doğurmamasını ifade ettiğinden, denetim süresinde işlediği kasıtlı suçtan verilen hapis cezasına ilişkin mahkûmiyet hükmünün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen hükümlünün koşullu salıverilme kararının geri alınmayacağı kanaatindeyiz.

Denetim süresi içerisinde işlenen kasıtlı suçtan verilen hapis cezasına ilişkin mahkûmiyet hükmünün mutlaka denetim süresinde kesinleşmesi gerekmez; önemli olan hükümlünün denetim süresinde bu suçu işlemiş olmasıdır.

Denetim süresinde işlenen kasıtlı suç genel af kapsamına girmişse, hükmolunan ceza bütün neticeleri ile ortadan kalkacağından koşullu salıverilme kararının geri alınmaması gerekir; ancak, özel af bu şekilde bir hukuki sonuç doğurmadığından, denetim süresinde işlenen kasıtlı suç özel af kapsamına girse dahi koşullu salıverilme kararının geri alınması gerekir.

5275 sayılı CGTİHK'un 107. maddesinin 13. fıkrasının 7242 sayılı Kanun ile değiştirilmeden önceki haline göre, denetim süresi içerisinde hapis cezası gerektiren kasıtlı suç işlenmesi nedeniyle, koşullu salıverilme kararının geri alınması durumunda, hükümlünün sonraki suçu işlediği tarihten itibaren kalan cezasının infaz kurumunda aynen çektirilmesine karar verilmesi gerekir iken; mevcut haline göre, hükümlünün sonraki suçu işlediği tarihten itibaren başlamak ve hak

ederek tahliye tarihini geçmemek koşuluyla sonraki işlediği her bir suç için verilen hapis cezasının iki katı sürenin ceza infaz kurumunda aynen çektirilmesine karar verilmesi gerekecektir. Koşullu salıverilme tarihi ile hak ederek salıverilme tarihi arasında uzun bir sürenin bulunduğu ve ikinci suçtan verilen hapis cezasının kısa süreli olduğu durumlarda, yapılan kanun değişikliği nedeniyle infazda karışıklık ve adaletsiz sonuçlar ortaya çıkabilecektir. Böyle bir durumda, koşullu salıverilme kararı geri alınıp sonradan işlediği hafif suçtan verilen hapis cezasının iki katı süreyi cezaevinde geçiren hükümlü tahliye edildikten sonra (varsa) hak ederek tahliye tarihine kadar olan denetim süresinin infaz hukuku açısından akıbeti meçhuldür. Zira, 5275 sayılı CGTİHK'un 107. maddesinin 13. fıkrasında yer alan *“Koşullu salıverilme kararının geri alınmasından sonra aynı hükmün infazı ile ilgili bir daha koşullu salıverilme kararı verilmez.”* şeklindeki düzenleme nedeniyle, hükümlü hakkında yeniden koşullu salıverilme kararının verilmemesi gerekir. Bununla birlikte, hükümlünün infazının ne zaman tamamlanmış sayılacağı, cezanın infazı nedeniyle yoksun bırakılmış haklarına ne zaman kavuşacağı hususlarında da bir belirsizlik ve tereddüt ortaya çıkacaktır. Ayrıca, hükümlü mükerrirse cezasının infazından sonra denetimli serbestlik tedbirinin uygulanması gerekecektir. Ancak, yukarıda izah edilen hususlar çerçevesinde hükümlünün cezasının hangi tarihte tamamlandığı noktasında ortaya çıkan muğlaklık nedeniyle, mükerrirlere infaz tamamlandıktan sonra uygulanacak denetimli serbestlik tedbirinin başlangıç tarihinde de tereddüt doğacaktır.

Denetim süresinde kendisine yükümlülük yüklenen hükümlü, bu yükümlülüklerle infaz hakiminin uyarısına rağmen uymamakta ısrar ederse, koşullu salıverilme kararı geri alınacak ve ihlalin ağırlığına göre infaz hâkimince takdir edilecek bir süreyle hükümlü yeniden infaz kurumuna konulacaktır. Koşullu salıverilen hükümlünün basit bir yükümlülük ihlalinde dahi hak ederek tahliye tarihine kadar infaz kurumunda tutulması hakkaniyete aykırı görünmektedir. Ancak, özellikle süreli hapis cezaları açısından koşullu salıverilmenin mahkeme hükmündeki cezaı kısaltan veya değiştiren bir kurum olmadığı göz-

den uzak tutulmamalıdır. Bu nedenle, yükümlülük ihlalinde koşullu salıverilme kararı geri alınıp infaz hâkimince takdir edilecek süre kadar infaz kurumuna konulan hükümlünün hak ederek tahliye tarihine kadar olan ceza süresi dolmuyor ise, hak ederek tahliye tarihine kadar yeniden koşullu salıverilmesine imkan tanıyan bir yasal düzenleme yapılmasının koşullu salıverilme kurumunun bünyesine daha uygun olacağı ve hükümlünün infazının hangi tarihte tamamlanacağı, bu kapsamda yasaklanmış haklarını kullanmaya hangi tarihte başlayacağı hususlarında oluşabilecek tereddütlerin de engellenmiş olacağı kanaatindeyiz.

### **KAYNAKÇA**

- AKBULUT, Berrin, Türk Ceza Hukuku, 6. Baskı, Ankara, 2019.
- AKBULUT, İlhan, “Şartla Tahliye”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LV, 1996, s. 174-182.
- AKKAŞ, Ahmet Hulusi, “Koşullu Salıverilme”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, S. 1-2, 2008, s. 305-335.
- CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 9. Baskı, İstanbul, 2016.
- CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. Baskı, İstanbul, 2016.
- ÇAKIR, Kerim, “Hapis Cezasının Koşullu Salıverilme Uygulanarak İnfazı”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 26, S. 2, 2020, s. 669-698.
- DEMİRBAŞ, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Ankara, 2020.
- DEMİRBAŞ, Timur, İnfaz Hukuku, 7. Baskı, Ankara, 2020.
- GÜR, Gülberk, “Koşullu Salıverilme”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof.Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan, C. 21, 2019, s. 1443-1489.

- KAFES, Veli, TCK Öntasarıları ve İçtihatlar Işığında Hukukumuzda Şartla Salıverme ve Uygulamada Sorunlar, 1. Baskı, Ankara, 1998.
- KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13 Baskı, Ankara, 2020.
- ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Ankara, 2020.
- ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar/ TEPE, İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Baskı, Ankara, 2017.
- ÖZBEK, Veli Özer, İnfaz Hukuku, 12. Baskı, Ankara, 2020.
- ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Ankara, 2020.
- ÖZGENÇ, İzzet/SÖZÜER, Adem/KOCA, Mahmut, “Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi”nin Değerlendirilmesi”, <https://api.hacibayram.edu.tr/files/1/Hac%C4%B1bayram%20AHBV/turkcemer%28tr-TR%29/i%CC%87nfazkanunu-de%C4%9Fi%C5%9Fiklik-teklifi-de%C4%9Ferlendirmesi-%282020.04.06%29.pdf>.
- ÖZTÜRK, Bahri (Editör), Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 10. Baskı, Ankara, 2016.
- ŞAHİN, Cumhur/GÖKTÜRK, Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku II, 6. Baskı, Ankara, 2017.
- YENİDÜNYA, Caner, “Yeni İnfaz Düzenlemeleri Işığında Koşullu Salıverme, Hükümlülerin Açık Cezaevine Ayrılması ve Denetimli Serbestlik”, <https://www.yenidunyahukuk.com/dosyalar/yeni-infaz-duzenlemeleri.pdf>.
- YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Baskı, Ankara, 2017.

**MIRJAN DAMAŞKA’NIN ‘AMAÇLAR VE BAŞARILAR  
ARASINDA ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİ’ ADLI  
MAKALESİ ÜZERİNE BİR ELEŞTİRİ: ULUSLARARASI CE-  
ZA MAHKEMESİNİN ÇELİŞKİLERİ**

*A Critique to Mirjan Damaşka’ ‘International Criminal Court between  
Aspiration and Achievement’ Article: The Paradoxes of the International  
Criminal Court*

**Öğr. Gör. Dr. Haydar Karaman\***

**ÖZET**

Bu çalışmanın amacı Mirjan’ının ‘Amaçlar ve Başarılar Arasında Uluslararası Ceza Mahkemesi’ adlı çalışmasını tartışmaya açmaktır. Damaşka ilgili makalede bir yandan Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin normatif yapısını ele alırken, diğeryandan da mahkemenin amaçları ve başarıları arasındaki artan ayrışmayı incelemektedir. Mirjan Damaşka mahkemenin birçok başarısı arasında, mağdurların ve tanıkların korunması noktasındaki sorunların aşıldığına önemle vurgu yapmıştır. Ne var ki, Uluslararası Ceza Mahkemesi varoluőu amacı olan yaptırım uygulama noktasında kapasite eksikliği çekmektedir ve de bağımsız bir kuruluş olma karakterinden yoksundur.

---

\* Öğretim Görevlisi Dr., Kilis 7 Aralık Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü, Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı, Kilis, Türkiye, [haydar.karaman@kilis.edu.tr](mailto:haydar.karaman@kilis.edu.tr), Orchid ID: 0000-0001-7039-0014

Buradan hareketle, makalede Mirjan Damaška'nın makalesine eleştirel açıdan yaklaşmakta; mevcut sorunların Uluslararası Ceza Mahkemesinin meşruiyetini sorgulamaya açtığını ve Mahkemeye yöneltilen eleştirilerin mahkemenin karşıtlarını güçlendirdiği yönündeki argümanlar tartışılacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Mirjan Damaška, Uluslararası Ceza Mahkemesi, Niyet, Başarı, Eksiklik ve İnceleme

### **ABSTRACT**

This research aims to examine Mirjan Damaka's article "The International Criminal Court between Aspiration and Achievement." Mirjan Damaka examined the International Criminal Court's normative structure and the growing gap between its aspiration and achievements in his paper. The International Criminal Court, among its many accomplishments, overcomes challenges by protecting and helping victims and witnesses. Despite its founding aims, however, the International Criminal Court lacks enforcement ability and independent structural characteristics. As a result, this study will argue Mirjan Damaka's missing points by examining how these challenges call into question the Court's credibility and empower the Court's adversaries.

**Keywords:** Mirjan Damaška, International Criminal Court, Aspiration, Achievement, Gap, Review

### **1. METHOD:**

In this report, the paper will examine the paradoxes that arise from the International Criminal Court's (hereinafter the ICC) framework's antipathetical approaches. This paper aims to compare and contrast other scholars' perspectives on the International Criminal Court's paradoxes, as well as to assess what the Court has promoted to international law and how it has dealt with present disputes. This

analysis starts by examining the enforcement power of ICC's prosecutors in current disputes and complexities on state cooperation.

The paper will then aim to address the aforementioned post, which discusses complementarity paradoxes and the position of the International Criminal Court's Prosecutor. The paradoxes concerning the participation of victims are then discussed. Finally, as a means of mitigating inequalities, the issue of the Trust Fund will be investigated.

## **2. INTRODUCTION**

Since 2002, the Rome Statute is centralised by the International Criminal Court, (hereinafter the ICC) with its *sui generis* nature, within the institutional structure of international justice systems, the ICC has had extensive international jurisdiction over the crimes of war, crimes against humanity, aggression and genocide. However, while States and their officials commit crimes around the world, despite its founding purpose, the ICC continues to be ineffectual in prosecuting such crimes.

The current status quo in international relations is contradicted by the idea of an international society constituted of sovereign states with differing traditions, religions, and traditions, and state practices. As seen in the past, International law and international politics are inextricably linked with each other. The interaction between these two phenomena shows itself in the functions and structure of the court to explain its potential as an independent body to control States' criminal activities.

Damaska, in his article, attempts to set forth this issue under the ICC's aspiration and achievements. Yet, the article fails to note sufficiently why ICC has not been successful to solve criminal disputes. Due to this reason, this critical review presumes to flesh out some of the contradictions of Damaska's article. Therefore, this paper reviews the critical problems; state cooperation and participation in ICC mechanism, complementarity issues, the ineffectiveness of prosecu-



tion office, and reducing disparity that addresses some of the International Criminal Court's fundamental contradictions. The tasks listed below are intertwined with one another. It would be exceedingly difficult, if not impossible, to portray accomplishments and ambitions in this manner.

### **3. THE PARADOXES**

#### **3.1. The Paradox of the ICC and State Cooperation:**

This section presents a review discussing critical approaches to the International Criminal Court and the methods developed: specifically, the terms of aspiration and achievement, as well as the use of the term of paradox as a critical technique to analyse how the International Criminal Court is used in the cases.

International law has always been in an odd situation, fighting to demonstrate that it is credible indeed and that its subjects will follow its principles. International lawyers and scholars have attempted to establish rule hierarchies since the archaic time, arguing that any universal value should be based on a ground that can be made without reservations. Considering that States have legislation and executive bodies which apply rules to the common citizens, one can assert applying international law in the same fashion as national law to the international community. Thereby, notions such as '*jus cogens*', '*erga omnes*', and '*non-derogable right*' find their entire existence in international law.

One of the most important paradoxes of ICC emerges at this point. This could be imagined as an illusion that there are no borders between the national and international spheres in terms of cooperation. Yet, state cooperation determines the International Criminal Court's legitimacy as an independent court. The ICC relies on state support to carry out its primary functions and obligations at all stages. As the ICTY Appeals Chamber expressed that complying with the international tribunals are an obligation *erga omnes* for State or an

obligation that all States owe to the international community.<sup>1</sup> The Rome Statute provides the legal structure which should include full cooperation with the ICC's to investigate and prosecute criminal offences.<sup>2</sup> However, as significantly seen in Omar al-Bashir case, the African Union called members to not collaborate in the detention of the offender and has rejected the foundation of Ethiopia centred ICC office. The call for non-cooperation in President al-detention Bashir's is in breach of the Rome Statute, which allows ICC states parties to comply with the court.<sup>3</sup>

The ICC's inability or reluctance to comply with problems has become an operational reality, most notably in the UN Security Council, as alluded to in the Darfur and Kenya cases. The willingness of states to cooperate or provide information, particularly in UN Security Council Referrals of non-State parties, has become the "*elephant in the room*" of admissibility proceedings.<sup>4</sup>

The Prosecutors may also ask the Court for help and cooperation under Article 93, which is known as "*reverse cooperation*".<sup>5</sup> Even though States Parties have a general obligation to comply with the ICC, the Statute should include appropriate contact networks and languages<sup>6</sup>under the 9th section of the Rules of Procedure<sup>7</sup>. For com-

---

<sup>1</sup> Prosecutor v. Tihomir Blaskic (Trial Judgement), IT-95-14-T, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 3 March 2000, available at: <https://www.refworld.org/cases,ICTY,4146f1b24.html> [accessed 6 April 2021].

<sup>2</sup> Blatmann, R. and Bowman, K. (2008). "Achievements and Problems of the International Criminal Court: A View from Within", *Journal of International Criminal Justice*, 6(4), p.722.

<sup>3</sup> Keppler, E. (2012). "Managing Setbacks for the International Criminal Court in Africa", *Journal of African Law*, 56(1), pp.2-3.

<sup>4</sup> Akande, D. (2012). "The Effect of Security Council Resolutions and Domestic Proceedings on State Obligations to Cooperate with the ICC", *Journal of International Criminal Justice*, 10(2), pp.299-324.

<sup>5</sup> Gioia, F. (2011). Complementarity and 'reverse cooperation'. In C. Stahn & M. El Zeidy (Eds.), *The International Criminal Court and Complementarity: From Theory to Practice* (pp. 807-829). Cambridge: Cambridge University Press.

<sup>6</sup> Request for Assistance on behalf of the Government of the Republic of Kenya pursuant to Article 93(10) and Rule 194 [2011] ICC Pre-Trial Chamber II ICC-01/09-58 21-04-2011, 21 April 2011. available at <https://www.icc-cpi.int/pages/record.aspx?uri=1062611> [accessed 12 March 2021].

munication issues, the ICC has an agency known as the Assembly of States Parties (ASP). However, the organ's efficacy is debatable.<sup>8</sup> A state's refusal or inability to cooperate is likely to imply either reluctance or inability. Non-cooperation by states may be viewed as passive refusal. The declaration of a lack of resources does not inherently imply inabilities, such as failing to meet demands for arrest and transfer of persons or evidence preservation are not met, rather, it designates indicative of deliberate state conduct. This is due to the erroneous assumption that the International Criminal Court (ICC) will intervene if they do not investigate or prosecute crimes. States would prefer not to intervene. It obstructs government cooperation.

As pointed in Rome Statute: *"There has been an unjustified delay in the proceedings which in the circumstances is inconsistent with an intent to bring the person concerned to justice"*,<sup>9</sup> the second criterion is an unjustified delay, which is accepted as an essential element of a fair trial. Furthermore, the point of the proceedings in which the interval occurs, such as the investigation and prosecutorial stages, is used to assess unwillingness.<sup>10</sup> It points out that, in contrast to its domestic counterparts, the International Criminal Court is not backed by a draconian sanction regime. As a result, the Court's rulings must depend on outside assistance to be implemented. The ICC's vulnerability stems from a sovereignty problem.

The Rome Statute is a challenge to independence and the versatility of government officials worldwide, especially in the United States, working to patronize national interests. Cryer<sup>11</sup> emphasizes

---

<sup>7</sup> Article 86, Rome Statute (n 3)

<sup>8</sup> "Report of the Bureau on Non-Cooperation (11th ASP)' (Assembly of States Parties 2012) ICC-ASP/11/29 Available at [https://asp.icc-cpi.int/en\\_menus/asp/sessions/documentation/11th%20session/Pages/elevant%20session%20of%20the%20assembly%20of%20states%20parties.aspx](https://asp.icc-cpi.int/en_menus/asp/sessions/documentation/11th%20session/Pages/elevant%20session%20of%20the%20assembly%20of%20states%20parties.aspx), [accessed 12 March 2021].

<sup>9</sup> *Op.Cit.*, the [Rome Statute](#).

<sup>10</sup> Damaška, M. (2009). "The International Criminal Court Between Aspiration and Achievement", *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*, 19, p.21.

<sup>11</sup> Cryer, R. (2005). "International Criminal Law vs. State Sovereignty: Another Round", *European Journal of International Law*, 16(5), p.980.

while the state sovereignty argument continues to play a role in 'real-politik', it prevents also the actualisation of international criminal justice at every step. The studies have been conducted to bolster up this argument. As Kaul<sup>12</sup> points out, the Court lacks administrative authority and a law enforcement agency of its own. However, the Court is reliant on states' full alignment to carry out its sentences due to a lack of resources and expertise. Furthermore, the global economy necessitates constant US diligence to ensure international peace and security.<sup>13</sup> This contradiction itself exposes the realisability problem of ICC. According to Bolton<sup>14</sup>, the International Criminal Court (ICC) prosecutor is targeting state officials. He believes the US would have been accused of war crimes due to dropped atomic bombs on Nagasaki and Hiroshima. On the one hand, while calling on a state to help strengthen the court, on the other hand, the court opens its triableness to the discussion. This, though, is a paradox.

Despite this, Damaška's essay has attracted criticism from academics. According to Malekian's<sup>15</sup> analysis, one major weakness in the paper is that it does not consider or discuss Islamic law. The problem arises here: the ICC's legal framework is structured on civil and common law, and delegates failed to consider the world's third-largest legal system. The absence of Sharia law, which governs over 350 million citizens, is a point of contention for Arab states. Furthermore, the number of Arab judges is debatable.<sup>16</sup> The Chinese and Hispanic law systems were also neglected. When the ICC aims to bridge the gap between achievement and promise, it needs to change its homogeneous framework to a heterogeneous one. If not, the Court is defenceless in the face of its adversaries. The ICC therefore should concentrate its efforts on another judicial system such as Islamic law.

---

Kaul, H.P. (2007). "The International Criminal Court: Current Challenges and Perspectives", *Washington University Global Studies Law Review*, p.578.

<sup>13</sup> Scheffer, D. (1999). "The International Criminal Court: The Challenge of Jurisdiction", *America Society of International Law Proceedings*, 93, p.68.

<sup>14</sup> Bolton, J.R. (2001). "International Criminal Law vs. State Sovereignty: Another Round", *Law and Contemporary Problems*, 64(1), p.170.

<sup>15</sup> *Op.cit*, Malekian, p.612.

<sup>16</sup> *Ibid*.

### 3.2. The Complementarity Paradox and the Court

The complementarity feature of the Court does not substitute domestic jurisdictions, which is another paradox. The Rome Statute, Article 17, emphasises that the Court can perform as a "complementary" clause, meaning that it can only prosecute if states refuse to do so. Damaška<sup>17</sup> pointed "*The ICC's tremendous weakness against the states, the greater complexity of the ICC's procedural arrangements is a factor making the realisation of its objectives more difficult.*" The principle of complementarity, according to Kaul<sup>18</sup>, conduces to a paradox for the Court. Herein Kaul takes position from Damaška's side at the point of discussion on complementarity. The Court would be offered little to do if states fulfil their primary obligations in prosecuting crimes. The statute, on the other hand, contains vague guarantees on due process; it delimits its jurisdiction and enunciates supremacy over all national laws, including those of countries that have refused to submit to the Court's jurisdiction.<sup>19</sup>

Furthermore, Damaška does not strive to distinguish between the different forms of complementarity, and his explication lacks what scholars refer to as "*positive complementarity*". These haven't been found yet. The ICC should make an appeal to the domestic courts for caseload sharing at this stage. The claim presented in "Burke-White's study<sup>20</sup> was created to fill a legal lacuna. He coined the term "proactive complementarity" to describe a new approach to resolving the ICC complementarity issue. It claims that the Court should work more closely with national governments and allow states to prosecute foreign crimes on their own. For instance, the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (*hereinafter ICTY*) realized that its

---

<sup>17</sup> *Op.cit*, Damaška. p.24.

<sup>18</sup> *Op.cit*. Kaul, p.577.

<sup>19</sup> Walker, A.J. (2004). "When a Good Idea Is Poorly Implemented: How the International Criminal Court Fails to Be Insulated from International Politics and to Protect Basic Due Process Guarantees", *West Virginia Law Review*, 106, p.259.

Burke-White, W. W. (2008). "Proactive Complementarity: The International Criminal Court and National Courts in the Rome System of International Justice", *Harvard International Law Journal*, 49, p63.

workload was heavy. It made it impossible to complete its work on time. As a result, this Court assigned low profile cases to domestic courts. The majority of cases were sent to Bosnia- Herzegovina's National Court.<sup>21</sup>

Damaška addresses the disparity between the ICTY's and the IC-TR's primacy approaches, which are diametrically contrary to the ICC's complementarity concept. According to Kyriakakis<sup>22</sup>, the primacy, or in other words supremacy of the ICC over national courts, the policy has increased the Security Council legal impact decisions on the credibility of both international and national judicial systems.

As Justice Jackson's stressed that "*courts try cases, but cases also try courts.*"<sup>23</sup> Israel case is a picture of this argument. It is clear that the resolution of the Israeli-Palestinian conflict is not a criminal procedure, it is a political question.<sup>24</sup> Therefore, the ICC is at the crossroads of jurisprudence; to maintain its legitimacy, the Court should be cautiously apolitical.<sup>25</sup> This issue is crucial about the Israeli and Palestinian case.

However, despite several reports from the United Nations bodies and independent agencies confirming that Israel is responsible for grave human rights/humanitarian law violations committed in Palestine (the Gaza Freedom Flotilla and Operation Cast Lead)<sup>26</sup>, the Palestinian case demonstrated that the International Criminal Court's role to provide universal justice has been suffered by the United States's actions.

---

<sup>21</sup> Ibid, Burke-White, pp.67-105.

Kyriakakis, J. (2008). "Corporations and the International Criminal Court: the Complementarity Objection Stripped Bare", *Criminal Law Forum*,19, p.142.

<sup>23</sup> Crowe, D. (2014). *War Crimes, Genocide, and Justice: A Global History*. Springer, p.161.

<sup>24</sup> Sachs, N. (2015). Why Israel Waits: Anti-solutionism as a strategy. *Foreign Affairs*, 94(6), 74-82.p.75.

<sup>25</sup> Balachandran, G., & Sethi, A. (2015). Israel-Gaza Crisis: Understanding the War Crimes Debate. *Strategic Analysis*, 39(2), 176-183.

<sup>26</sup> Human Rights Watch Report, <http://www.hrw.org/world-report-2010/israel-occupied-palestinian-territoriesopt> (accessed on 10 July 2013. Note: Also, Similar approach was seen at he Gaza Freedom Flotilla Case.

The US and Israel hide behind legal points such as the legitimacy of Palestine as a state. Because according to Article 12 (1) of the Rome Statute, Palestine is not a recognized country within the jurisdiction of the ICC. Therefore, Palestine could not make a statement to accede to the Rome Statute considering paragraph 3 of the aforementioned Article and the ICC have no jurisdiction over Palestine. But, despite the prosecutor has discretionary power to interpret this issue and the right to make a statement before the Pre-trial Chamber of the Court (the PTC), she did not use this power.

In the Afghanistan case, the Court can take action against the U.S. about certain alleged war crimes, such as U.S. Army Lieutenant William Calley case who was responsible for the murder of hundreds of civilians. The ICC Chief Prosecutor, Fatou Bensouda, according to Article 15 of Statute, efforts to open an investigation proprio motu (on her authority) against the U.S.<sup>27</sup> The subject of this investigation was the US' alleged crimes. Since 2003, the US has been accused of committing crimes in Afghanistan. But, U.S. blocks Prosecutor's Visa to Enter the State and obstructs justice by threatening economic sanctions; the PTC refused the Chief Prosecutor application. Schabas commented that the PTC avoids the risk of rupturing the relationship between the ICC and the US.<sup>28</sup>

However, in the complementarity issue, it causes a legitimacy crisis, feeling victimised and withdrawal from the Rome Statute. Because, African and Asian states, as seen in the Philippines' "war on drugs" case, interpreted that the court is targetting unfairly to African

---

<sup>27</sup> Press Release, Int'l Criminal Court, The Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, Requests Judicial Authorisation to Commence an Investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan (Nov. 20, 2017), <https://www.iccpi.int/Pages/item.aspx?name=171120-otp-stat-afgh> [Accessed 14.09.2021]

<sup>28</sup> William Schabas' comment on this situation in 'Out of Africa – Israel is referred to the ICC', at, [http:// humanrightsdoctorate.blogspot.com.au/2013/05/ out-of-africa-israel-is-referred-to.html?utm\\_source=feedly](http://humanrightsdoctorate.blogspot.com.au/2013/05/out-of-africa-israel-is-referred-to.html?utm_source=feedly) (accessed on 10 July 2013) in Du Plessis, M. (2013). Universalising international criminal law-the ICC, Africa and the problem of political perceptions. *Institute for Security Studies Papers*, 2013(249), p.12.

and Asian states and undermine their sovereignty while protect developed western states. As a result, even if the principle of priority policy is followed, prosecutors will not get caught up in the dilemma of complementarity issue.

### 3.3. The Prosecutor and Paradox of the Court

The Prosecutor of ICC is at the forefront of one of the most critical ongoing controversies in moral and legal theory. According to Damaška<sup>29</sup>, the man who is responsible for conducting trials and investigations, before the Court starts, should inform all states on the intention of prosecution to an international crime. The Pre-Trial Chamber gives a right to the Prosecutor Office to conduct a hearing, which is known as the power of *motu proprio*. This is structured to handle mass-crime cases during ongoing wars, collect evidence to convict whoever holds the greater responsibility for grave offences and assure the appearance of those pursued by the Court. The prosecutor's power of *proprio motu* jurisdiction, according to Moreno-Ocampo<sup>30</sup>, has been the topic of heated debate in Rome. The US fought an impartial prosecutor, claiming that they couldn't tolerate acts taken in the absence of a political motive while bringing a case. The Rome Statute created a paradox. Therefore, if a state fails to meet the prosecutor's requirements, which are reported by internal ICC protocols and decisions, the state has the right to assert a conflict of jurisdiction transferred by the ICC.<sup>31</sup>

Newton<sup>32</sup> stressed '*non bis in idem*' clauses through Article 20 of Statute does not erect a strict barrier to a case's ICC admissibility, but rather acts as a rational shield for enforcing complementarity in the

---

<sup>29</sup> *Op.cit*, Damaška. p.23.

<sup>30</sup> Moreno-Ocampo, L. (2007). "The International Criminal Court: Seeking Global Justice", *Case Western Reserv Journal of International Law*, 40, p.219.

<sup>31</sup> Tolbert, D. (2008). "International Criminal Law: Past and Future", *University of Pennsylvania Journal of International Law*, 30, p.1291.

<sup>32</sup> Newton, M.A. (2001). "Comparative Complementarity: Domestic Jurisdiction Consistent with the Rome Statute of the International Criminal Court", *Military Law Review*, p.38.



ICC and prosecutor's practices. Some people are becoming increasingly worried that ICCs are being disadvantaged. According to Damaška<sup>33</sup>:

*“An important, and indeed troubling, question for all votaries of the international criminal court is thus whether the ICC is the proper institution to entrust such a significant part of the response to victimisations produced by massive human rights violations.”*

According to Bolton, the evidence shows that the prosecutor and the ICC are unable to meet their core objectives due to a lack of real-world enforcement capacity.<sup>34</sup> ICC supporters have no evidence to back up their theories, despite their optimistic rhetoric. The evidence shows that the Prosecutor and the Court are unable to fulfil their primary objectives due to a lack of enforcement authority in the real world.<sup>35</sup> The ICC, on the other hand, cannot act without the Prosecutor Office that performs its duties effectively.<sup>36</sup> Therefore, the Court's managing problems are considered serious than thought and these problems tried to be solved by importing a manager or consultant, which had not met the expectations, from the international business community.<sup>37</sup>

In the prosecution, the prosecutors held different perceptions on some issues. One of these issues is gender-based discrimination. During the conflict in Kosovo<sup>38</sup>, Rwanda<sup>39</sup>, Congo, sexualised violence against women and children became prevalent. Systematically raping women and children was used as a form of ethnic cleansing. Gender-

---

<sup>33</sup> *Op.cit*, Damaška. p.28.

<sup>34</sup> *Op.cit*. Bolton. p.175.

<sup>35</sup> *Op.cit*. Bolton. p.175.

<sup>36</sup> *Op.cit*, Kaul, p.579.

<sup>37</sup> Raynor, K. (2019) 'International Criminal Justice: Where Does It Go from Here?' (Speech, Lincoln's Inn, 22 May 2019) [available at [https://opiniojuris.org/wp-content/uploads/Lincolns-22-May\\_ForKevinJonHeller-2.pdf](https://opiniojuris.org/wp-content/uploads/Lincolns-22-May_ForKevinJonHeller-2.pdf)]

<sup>38</sup> UNFPA, Gender-based violence in Kosovo – A Case Study , May-July 2005, available at [http://www.unfpa.org/women/docs/gbv\\_kosovo.pdf](http://www.unfpa.org/women/docs/gbv_kosovo.pdf) . [accessed 12 March 2021].

<sup>39</sup> Human Rights Watch/Africa and Human Rights Watch/Women's Rights Project (1996). *“Shattered Lives: Sexual Violence During the Rwandan Genocide and its Aftermath”*, Human Rights Watch, New York.

based crimes such as forced abortion, forced pregnancies, forced sterilisation, sexual slavery, rape and violence techniques have been used in warfare to humiliate, terrorize, or even exterminate entire ethnic groups. However, there are few international conventions expressly banning these offences, and until recently, these offences regrettably was only limited to rape.

Such as in the Akeyesu<sup>40</sup> and Kunarac<sup>41</sup> cases, rape is defined as a form of aggression and crimes of violence. The ICC Statute, on the other hand, was the first to completely reject the connection between sexual violence and dignity.<sup>42</sup> In this manner, the Special Court for Sierra Leone (*hereinafter the SCSL*) has hit a new landmark, as it has been given a much wider mandate.<sup>43</sup> It was the first court to prosecute the crime of sexual slavery and to prosecute.<sup>44</sup> The SCSL has thus reached a new milestone, as it has been granted a much broader mandate. The SCSL was the first court to investigate and prosecute the crime of sexual slavery.

The ICC Statute not only recognizes a spike in the number of sexual assault crimes but also addresses the gender-based crime debate. The procedure is far from complete. In this field of law, some of these rules have been codified by the ICC, while others have been developed. Cambodia East Timor, Kosovo and Sierra Leone are among the newly formed hybrid tribunals that have been encouraged to prose-

---

<sup>40</sup> Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu (Appeal Judgment), ICTR-96-4-A, International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), 1 June 2001, available at: <https://www.refworld.org/cases,ICTR,4084f42f4.html> [accessed 6 April 2021].

<sup>41</sup> Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic (Trial Judgment), IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 22 February 2001, available at: <https://www.refworld.org/cases,ICTY,3ae6b7560.html> [accessed 6 April 2021].

<sup>42</sup> Than, C. and Shorts, E. (2003). *International Criminal Law and Human Rights*, Sweet & Maxwell, London, p.349

<sup>43</sup> Article 2 (g) of the Statute of the Special Court of Sierra Leone, UN Security Council, Statute of the Special Court for Sierra Leone, 16 January 2002, available at: <https://www.refworld.org/docid/3dda29f94.html> [accessed 6 April 2021].

<sup>44</sup> Oosterveld, V. (2009). "The Special Court of Sierra Leone's Consideration of Gender-Based Violence: Contributing to Transitional Justice?", *Human Rights Review*, 10. pp. 73-98.

cute these types of crimes. As Kelly Askin points out, significant progress has been made in the perception, conceptualization, definition, prosecution, and punishment of different types of sexual abuse.<sup>45</sup> The ICC did not only enact rape as an offence in international law but also refers new offences; forced pregnancy is one of them.<sup>46</sup>

However, the link between sexual violence and gender-based crimes is not considered in some cases. The Prosecutor defines the relationship between “*sexual crimes are crimes of gender inequality enacted violence*”.<sup>47</sup> In addition, similar offences may be classified differently, such as rape for female victims and torture for male victims.<sup>48</sup>

At this point, if it is necessary to make constructive criticism and suggestion, in terms of the ICC judiciary, judges must be more committed to one another and to the institution. In the past, it is unfortunate that the judges' terms were not renewed in this regard. This can lead to organizational amnesia and the Court is seen as a stepping stone from one career peak to another. In addition, the space wars between the Chambers and the OTP should end with the Chambers having to respect the legal areas of the prosecutor's office. In this regard, the recent interruption of the PTC's appeal against the Prosecutor's Office's refusal to authorize an investigation in Afghanistan is a step in the right direction.

---

<sup>45</sup> Askin, K.D. (2005). ‘The Jurisprudence of International War Crimes Tribunals’, in Helen Durham and Tracey Gurd, (eds), *Listening to the Silences: Women and War*, Martinus Nijhoff, Leiden, pp. 126-127.

<sup>46</sup> Article 6(b) of the ICC Statute's Elements of Crime.

<sup>47</sup> Moreno-Ocampo, L. (2010). “Keynote Address—Interdisciplinary Colloquium on Sexual Violence as International Crime: Interdisciplinary Approaches to Evidence”, *Law & Social Inquiry*, 35(4), pp.839-846.

<sup>48</sup> UN News Service, *ICC sentences former Congolese vice-president Bemba to 18 years in prison for war crimes*, 21 June 2016, available at: <https://www.refworld.org/docid/576a466b40c.html> [accessed 6 April 2021].

### 3.4. The Paradox of Participation of Victims

Damaška<sup>49</sup> pointed out at analysis of the ICC:

*"Two sets of issues arise: one set concerns issues stemming from the increased participation of victims in criminal procedure and engendered by proceedings designed to repair the harm caused to victims... Firstly, according to the ICC's trial ritual, the victims, or their representatives, may be permitted to deliver opening and closing statements. But emotionally charged stories of massive atrocities can easily generate an atmosphere of revulsion and anger."*

Trumbull argued<sup>50</sup> that views and fears are critical in highlighting the right of testimony related to the accused's guilt or innocence in case fair trial. It should be determined on a case basis whether or not victims are entitled to answer in general. Participatory rights would bring little relief to the growing number of victims. The trial of only a few well-chosen influential perpetrators of atrocities should be the priority of international criminal courts, where there is still the strongest evidence. Pikiş<sup>51</sup> pointed out allowing plaintiffs to submit evidence unfairly moved the burden of proof away from the prosecution and violated the rights of the defense. As a result, victims are restricted from sharing their "opinions and concerns." Victims have a right to be active, according to supporters of victim involvement, because it will help them prevent "secondary victimization." It would also assist the victims in his or her recovery.<sup>52</sup>

---

<sup>49</sup> *Op.cit.*, Damaška. p.28.

<sup>50</sup> Trumbull, C.P. (2008). "The Victims of Victim Participation in International Criminal Proceedings", *Michigan Journal of International Law*, 29, 2008, p.782.

<sup>51</sup> Pikiş, G. M. (2010). "*The Rome Statute for the International Criminal Court Analysis of the Statute, the Rules of Procedure and Evidence, the Regulations of the Court and Supplementary Instruments*", Leiden, Martinus Nijhoff Publishers.

<sup>52</sup> *Ibid.*, p.799. See also the *Situation in the Democratic Republic of the Congo, in the case of the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, International Criminal Court (ICC), 14 March 2012, available at: <https://www.refworld.org/cases,ICC,4f69a2db2.html> [accessed 6 April 2021].

Although Trumbull<sup>53</sup> does not follow Damaka, he believes that participating in the program will assist victims in regaining control of their own lives and ensuring that their words are respected and heard. He went on to say that victim advocates believe that involvement will help victims recover their self-esteem. The prosecutor's main interest should be to prevent a conviction, and the survivor must be able to participate for evidence related to the reparations award to be released. Since international justice is an expensive organisation, the ICC depends on financial support from international organizations or states, financing is a critical challenge for the ICC.<sup>54</sup> A total of \$500 million has been spent, mostly on the salaries of officers and foreign travel. The promised victim participation seems to be a long way from the International Criminal Court Chambers.<sup>55</sup> Damaška<sup>56</sup> argues that he can predict:

*“...the drain on the Court's energy and resources flowing from the right of victims to participate in the initial procedural stage. The Trust Funds resources alleviate the misery of mass victimization: in 2007, for example, it had only 3 million Euros at its disposal. Considering the large number of victims produced by crimes within ICC jurisdiction, this is a mere pittance especially if victims expect individual monetary compensation.”*

One of the most significant problems facing the ICC, according to Blattmann and Bowman<sup>57</sup>, is the accused's constitutional right to be convicted without unreasonable delay. However, a close review reveals that Damaška did not refer to this problem.

---

<sup>53</sup> *Op.cit*, Trumbull. p.802.

<sup>54</sup> Cogans, J.K. (2002). “International Criminal Courts and Fair Trials: Difficulties and Prospects”, *Yale Journal of International Law*, 27, 2002, p.132.

<sup>55</sup> Schabas, W. A. (2007). International Criminal Tribunals: A Review of 2007. *Northwestern Journal of International Human Rights*, 6, 391.

<sup>56</sup> *Op.cit*, Damaška. p.31.

<sup>57</sup> *Op.cit*, Blattmann and Bowman, p.729

#### **4. REDUCING DISPARITY**

In the context of the ICC, leaders should expedite urgent matters for justice, build credibility quickly, and then maintain momentum. Surely, for the leaders of a judicial institution, this will be difficult. Because such a body contains both judicial and prosecutorial independence within itself.

Damaška<sup>58</sup> stressed the vacancy cannot be completed by offering independent enforcement authority to the Court. Shortly, its effectiveness will be determined by the whims of the international political situation. Victims will not be required henceforth to seek civil damages in national courts under the ICC. The ICC has the jurisdiction to determine damages of the victim and to award reparations to those that have been wronged.

Damaška<sup>59</sup> suggested at this stage that victims who have been the target of atrocities should be moved to the Trust Fund. Therefore, the Trust Fund will have to take over all of the reparation functions. However, Damaška ignored one problem at this point: the founding papers' provisions do not provide for a complete transition of all functions.<sup>60</sup>

The purpose of the Truth Commission was to publicize most of the regime's truths in the most convincing way possible and then move the world forward. It is not necessary to defend the worldwide adoption of the South African method<sup>61</sup>. Communities and people have indeed chosen amnesia because coping with past mistakes is too painful for them, and they want to look forward.<sup>62</sup> Another cruel reality,

---

<sup>58</sup> *Op.cit.* Damaška. p.32.

<sup>59</sup> *Op.cit.*, Damaška. p.33.

<sup>60</sup> *Op.cit.*, Kaul, p.577.

<sup>61</sup> South Africa's method (response) was to establish the Truth and Reconciliation Commission (TRC), which grants amnesty to perpetrators who speak the truth about the past and reveal their crimes to the victims, with the purpose of bringing former adversaries together. The Commission's main goal was to encourage peace and forgiveness between apartheid offenders and victims via full exposure of the truth.

<sup>62</sup> *Op.cit.* Bolton.p.178.

according to Kaul<sup>63</sup>, is the well-known lack of financial and other capital. Investigating crimes in the DRC, CAR, Uganda, or Darfur presents operational and technical challenges that no other court or prosecutor has ever encountered.

New institutions, such as the International Criminal Court and ad hoc tribunal, do not have the same impact as long-established institutions like the ICJ. These bodies should be allowed for time to establish themselves as a daily part of the international area, with a noticeable and appropriate role and that is fulfilled in partnership with established institutions.<sup>64</sup>

## 5. CONCLUSION

In this paper analysis, this paper addressed Mirjan Damaška 's instructive position and attempted to analyze the ICC's paradoxes, namely a distance between aspiration and achievement. The paper attempted to substantiate his argument that the ICC is affected by the features of states' domestic legal systems. The paper tried to emphasize state cooperation on the preceding pages since Damaška defines the International Criminal Court as a "*giant without arms and legs*" with some justification.<sup>65</sup> His analysis, on the other hand, has some flaws, for instance the deprivation of a concept of "*true complementarity*." The Court's jurisdictional position is highly unpredictable in the political environment, and it can lead influential players to abandon international criminal justice. Damaška, neglected to refer that unless delusive ambitions are scaled back, these institutions are expected to expand at a much faster rate in the future, necessitating a change to hold politics off from the courtroom.

---

<sup>63</sup> *Op.cit.* Kaul, p.578.

<sup>64</sup> Kirsch, P. (2001). "The International Criminal Court: Current Issues and Perspectives", *Law and Contemporary Problems*,64(1), 2001, p.4.

<sup>65</sup> *Op.cit.* Damaška. p.22. see also Cassese, A., Gaeta, P., Baig, L., Fan, M., and Gosnell, C. (2013). "*Cassese's International Criminal Law*", Oxford University Press, Oxford.

Furthermore, as Damaška states in the conclusion, the Court should not commend victim involvement to a weak criminal court. Since method traumatizes victims by unreasonably high demands for meaningful compensation. Nonetheless, he makes no mention of how this problem could be addressed under the ICC's auspices.

In particular, the Court should reject some of its more ambitious universalist language and communicate with victims and other partners with more realistic expectations.<sup>66</sup> Although universalism has improved its credibility among some viewers, it has also resulted in deception and risks alienating those who support it. To summarize, the International Criminal Court faces a dilemma as it does not have supremacy jurisdiction over international crimes and states do not comply. This weakness of the Court's organization has emerged as the most important impediment to its success.<sup>67</sup> Despite some flaws, this paper will serve as a basis for future study and will help discuss the International Criminal Court's paradoxes.

## **BIBLIOGRAPHY**

- Akande, D. (2012). "The Effect of Security Council Resolutions and Domestic Proceedings on State Obligations to Cooperate with the ICC", *Journal of International Criminal Justice*, 10(2), pp.299-324.
- Askin, K.D. (2005). 'The Jurisprudence of International War Crimes Tribunals', in Helen Durham and Tracey Gurd, (eds), *Listening to the Silences: Women and War*, Martinus Nijhoff, Leiden.
- Balachandran, G., & Sethi, A. (2015). Israel–Gaza Crisis: Understanding the War Crimes Debate. *Strategic Analysis*, 39(2), 176-183.

---

<sup>66</sup> *Ibid*, Raynor

<sup>67</sup> Brown, B. S. (1998). "US Objections to the Statute of the International Criminal Court: A Brief Response". *New York University Journal of International Law and Policy*, 31, pp.855-866.



- Blatmann, R. and Bowman, K. (2008). "Achievements and Problems of the International Criminal Court: A View from Within", *Journal of International Criminal Justice*, 6(4), pp.711-730.
- Bolton, J.R. (2001). "International Criminal Law vs. State Sovereignty: Another Round", *Law and Contemporary Problems*,64(1), pp.167-180.
- Brown, B. S. (1998). "US Objections to the Statute of the International Criminal Court: A Brief Response". *NewYork University Journal of International Law and Policy*,31, pp.855-866.
- Burke-White, W. W. (2008). "Proactive Complementarity: The International Criminal Court and National Courts in the Rome System of International Justice", *Harvard International Law Journal*, 49, pp.53-108.
- Cassese, A., Gaeta, P., Baig, L., Fan, M., and Gosnell, C. (2013). "*Cassese's International Criminal Law*", Oxford University Press, Oxford.
- Cogans, J.K. (2002). "International Criminal Courts and Fair Trials: Difficulties and Prospects", *Yale Journal of International Law*, 27, 2002, pp.111-140.
- Crowe, D. (2014). *War Crimes, Genocide, and Justice: A Global History*. Springer, p.161.
- Cryer, R. (2005). "International Criminal Law vs. State Sovereignty: Another Round", *European Journal of International Law*, 16(5), pp.979-1000.
- Damaška, M. (2009). "The International Criminal Court Between Aspiration and Achievement", *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*, 19, pp.19- 35.
- Du Plessis, M. (2013). Universalising international criminal law-the ICC, Africa and the problem of political perceptions. *Institute for Security Studies Papers*, 2013(249), p.12.
- Human Rights Watch/Africa and Human Rights Watch/Women's Rights Project (1996). "*Shattered Lives: Sexual Violence During*

*the Rwandan Genocide and its Aftermath*", Human Rights Watch, New York.

Human Rights Watch Report, See <http://www.hrw.org/world-report-2010/israel-occupied-palestinian-territoriesopt>

Kaul, H.P. (2007). "The International Criminal Court: Current Challenges and Perspectives", *Washington University Global Studies Law Review*, 6, pp.75-583.

Keppler, E. (2012). "Managing Setbacks for the International Criminal Court in Africa", *Journal of African Law*, 56(1), pp.1-14.

Kirsch, P. (2001). "The International Criminal Court: Current Issues and Perspectives", *Law and Contemporary Problems*, 64(1), 2001, pp.3-11.

Kyriakakis, J. (2008). "Corporations and the International Criminal Court: the Complementarity Objection Stripped Bare", *Criminal Law Forum*, 19, pp.115-151.

Malekian, F. (2009). "The Homogeneity of International Criminal Court with Islamic Jurisprudence", *International Criminal Law Review*, vol.9, pp.595-621.

Moreno-Ocampo, L. (2007). "The International Criminal Court: Seeking Global Justice", *Case Western Reserv Journal of International Law*, 40, pp.215-227.

Moreno-Ocampo, L. (2010). "Keynote Address—Interdisciplinary Colloquium on Sexual Violence as International Crime: Interdisciplinary Approaches to Evidence", *Law & Social Inquiry*, 35(4), pp.839-846.

Newton, M.A. (2001). "Comparative Complementarity: Domestic Jurisdiction Consistent with the Rome Statute of the International Criminal Court", *Military Law Review*, 167, pp.20-74.

Oosterveld, V. (2009). "The Special Court of Sierra Leone's Consideration of Gender-Based Violence: Contributing to Transitional Justice?", *Human Rights Review*, 10, pp.73-98.

Pikis, G. M. (2010). "The Rome Statute for the International Criminal Court Analysis of the Statute, the Rules of Procedure and Evidence, the Regulations of the Court and Supplementary Instruments", Leiden, Martinus Nijhoff Publishers.

Press Release, Int'l Criminal Court, The Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, Requests Judicial Authorisation to Commence an Investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan (Nov. 20, 2017)

Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu (Appeal Judgment), ICTR-96-4-A, International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), 1 June 2001, available at: <https://www.refworld.org/cases,ICTR,4084f42f4.html> [accessed 6 April 2021]

Prosecutor v. Tihomir Blaskic (Trial Judgement), IT-95-14-T, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 3 March 2000, available at: <https://www.refworld.org/cases,ICTY,4146f1b24.html> [accessed 6 April 2021].

Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic (Trial Judgment), IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 22 February 2001, available at: <https://www.refworld.org/cases,ICTY,3ae6b7560.html> [accessed 6 April 2021]

Raynor, K. (2019) 'International Criminal Justice: Where Does It Go from Here?' (Speech, Lincoln's Inn, 22 May 2019) [available at [https://opiniojuris.org/wp-content/uploads/Lincolns-22-May\\_ForKevinJonHeller-2.pdf](https://opiniojuris.org/wp-content/uploads/Lincolns-22-May_ForKevinJonHeller-2.pdf)]

'Report of the Bureau on Non-Cooperation (11th ASP)' (Assembly of States Parties 2012) ICC-ASP/11/29 Available at [https://asp.icc-cpi.int/en\\_menus/asp/sessions/documentation/11th%20sessi](https://asp.icc-cpi.int/en_menus/asp/sessions/documentation/11th%20sessi)

[on/Pages/eleventh%20session%20of%20the%20assembly%20of%20states%20parties.aspx](https://www.icc-cpi.int/Pages/eleventh%20session%20of%20the%20assembly%20of%20states%20parties.aspx), [accessed 12 March 2021].

Request for Assistance on behalf of the Government of the Republic of Kenya pursuant to Article 93(10) and Rule 194 [2011] ICC Pre-Trial Chamber II ICC-01/09-58 21-04-2011, 21 April 2011. available at <https://www.icc-cpi.int/pages/record.aspx?uri=1062611> [accessed 12 March 2021].

Sachs, N. (2015). Why Israel Waits: Anti-solutionism as a strategy. *Foreign Affairs*, 94(6), 74-82.

Schabas, W. A. (2007). International Criminal Tribunals: A Review of 2007, *Northwestern Journal of International Human Rights*, 6, pp.382-314

Scheffer, D. (1999). "The International Criminal Court: The Challenge of Jurisdiction", *American Society of International Law Proceedings*, 93, pp.68-72.

Situation in the Democratic Republic of the Congo (Prosecutor v. Lubanga Dyilo), Case No. ICC-01/04-01/06-1136, Application for Leave to Appeal Trial Chamber I's January 18, 2008 Decision on Victims' Participation 3. Available at < <http://www.icccpi.int/library/cases/ICC-01-04-01-06-1136-ENG.pdf> > [accessed 28 January 2021].

The Rome Statute of the International Criminal Court, 1998, [online] Available at < <http://untreaty.un.org/cod/icc/statute/rome.htm> > [accessed 28 January 2021].

Than, C. and Shorts, E. (2003). "*International Criminal Law and Human Rights*", Sweet & Maxwell, London.

Tolbert, D. (2008). "International Criminal Law: Past and Future", *University of Pennsylvania Journal of International Law*, 30, p.1281-1294.

- Trumbull, C.P. (2008). "The Victims of Victim Participation in International Criminal Proceedings", *Michigan Journal of International Law*, 29, 2008, pp.777-826.
- UNFPA, Gender-based violence in Kosovo – A Case Study , May-July 2005, available at [http://www.unfpa.org/women/docs/gbv\\_kosovo.pdf](http://www.unfpa.org/women/docs/gbv_kosovo.pdf) . [accessed 12 March 2021].
- UN News Service, *ICC sentences former Congolese vice-president Bemba to 18 years in prison for war crimes*, 21 June 2016, available at <https://www.refworld.org/docid/576a466b40c.html> [accessed 6 April 2021].
- UN Security Council (2012), Statute of the Special Court for Sierra Leone, 16 January 2002, available at: <https://www.refworld.org/docid/3dda29f94.html> [accessed 6 April 2021].
- Walker, A.J. (2004). "When a Good Idea Is Poorly Implemented: How the International Criminal Court Fails to Be Insulated from International Politics and to Protect Basic Due Process Guarantees", *West Virginia Law Review*, 106, pp.245- 305.

## **DANIŞTAY KARARLARI ÇERÇEVESİNDE İDARİ YAPTIRIMLARDA LEHE HÜKMÜN UYGULANMASI İLKESİ**

*The Principle of Implementation of Favorable Provisions in Administrative Sanctions within the Framework of the Council of State Decisions*

**Dr. Öğr. Üyesi Onur KAPLAN'**

### **Özet:**

Tipik suç fiili niteliği taşımamakla birlikte, kişilerce kamu düzenini ihlal eden tutum ve davranışların gerçekleştirilmesi neticesinde yetkili idari makamların kamu gücü kullanmak suretiyle tek yanlı biçimde tesis ettiği idari işlemlerden olan idari yaptırım kararlarında ceza hukuku ilkesi olarak kabul edilen bazı prensiplerin uygulama alanı bulunduğu görülmektedir. Bu anlamda kişilere yönelik biçimde tesis edilen belirli idari yaptırım kararları bakımından lehe hükmün uygulanması imkanı varsa, bunun uygulanma gerekliliği; hukuki güvenlik ve öngörülebilirlik ilkelerine koşut biçimde önemli bir prensip olarak karşımıza çıkmaktadır. Kesinleşmemiş ve icrası devam eden idari yaptırım kararlarına ilişkin olarak lehe hükmün varlığının tespitine, hukuk düzeninde bazı hukuki sonuçların bağlandığı ifade edilebilir. Buna göre, idari cezalar bakımından yasal dayanağı bulunan lehe kanun hükmünün uygulanması ilkesi yönünden idare hukuku ve ceza

---

<sup>1</sup> Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi, (e-posta: onur.kaplan@yasar.edu.tr), Orcid ID: 0000-0003-1252-6352.

hukuku disiplinleri arasında bir koşutluk halinin varlığından bahsedilebilir. Danıştay tarafından verilen kararlarda bu hususa vurgu yapıldığı ve bu kapsamda söz konusu prensibin idari cezalar bakımından da uygulanabilir olduğunun ifade edildiği görülmektedir. Bu ifade biçimi, idari yaptırım kararlarının içerdiği müeyyidenin niteliği ve kapsamı yönünden etki ürettiği gibi, idari usul ilkeleri çerçevesinde bireylere sağlanan imkanların geniş biçimde yorumlanması bakımından da kendini göstermektedir. Bu doğrultuda çalışmada, idari yaptırım kararlarında lehe hükmün uygulanması ilkesinin benimsenmesinin hukuki sonuçları irdelenerek, konunun Danıştay kararlarında ne şekilde ele alındığı değerlendirilecektir.

**Anahtar Kelimeler:** İdare, Kamu Gücü, İdari Yaptırım, Öngörülebilirlik, Danıştay.

**Abstract:**

Although it is not a typical criminal act, it is seen that some principles accepted as criminal law principles can be applied in administrative sanction decisions, which are administrative acts that are unilaterally taken by the competent administrative authorities by using public power as a result of the conduct of attitudes and behaviors that violate public order. In this sense, if it is possible to consider the provision of law in favor of administrative sanction decisions, the necessity of its implementation emerges as an important principle in parallel with the principles of legal security and predictability. It can be stated that some legal consequences in the legal order are tied to the determination of the existence of the provision in favor of the administrative sanction decisions that are not finalized and that are still being enforced. Accordingly, it can be mentioned that there is a parallelism between the disciplines of administrative law and criminal law in terms of the principle of applying the provision of law in favor of which there is a legal basis in terms of administrative penalties. It is seen that this issue has been emphasized in the decisions given by the Council of State and in this context, it has been stated that the princip-

le in question is also applicable in terms of administrative penalties. This form of expression not only produces effects in terms of the nature and scope of the sanction contained in the administrative sanction decisions, but also manifests itself in terms of broad interpretation of the facilities provided to individuals within the framework of the principles of administrative procedure. In this direction, in this study, the legal consequences of adopting the principle of applying the favorable provision in administrative sanction decisions will be examined and it will be evaluated how the issue is handled in the decisions of the Council of State.

**Keywords:** Administration, Public Power, Administrative Sanction, Predictability, Council of State.

## I. Giriş

İdari makamlar tek yanlı biçimde, kamu gücü ayrıcalıklarından faydalanmak suretiyle yerine getirdiği idari kolluk faaliyeti kapsamında idari yaptırım kararı verebilmektedir<sup>2</sup>. Bu yönüyle idari işlem niteliğindeki idari yaptırım kararlarının, belirli kişilerin yapmış olduğu fiilleri konu edinen ve o kişiye yönelen özelliği dikkate alındığında “düzenleyici olmadığı” ve bu kapsamda birel idari işlem kategorisi içinde yer aldığından bahsedilebilir<sup>3</sup>. Nitekim Danıştay kararlarında idari yaptırımların “*yetkili idarenin idari işlem vasıtasıyla, idari düzeni ihlal eden kişiye uyguladığı birer yaptırım*”<sup>4</sup> olduğu ifade edilmiştir. Özellikle, kişilerin temel hak ve hürriyetlerini ilgilendiren bir konu

<sup>2</sup> Günday, Metin, *İdare Hukuku*, 11. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2017, s. 305; Ulusoy, Ali D., “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin İdari Yaptırımlara Bakışı”, *Yıldırım Uler’e Armağan, Yakın Doğu Üniversitesi Yayınları*, Lefkoşa, 2014, s. 635.

<sup>3</sup> Taşdoğan, Salih, “İdari Yaptırım Kararlarının Hukuki Niteliği ve Unsurları”, *Kabahatler Hukuku Yazıları-I* (Ed. Kangal, Zeynel T.), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 155.

<sup>4</sup> D8D. E.2016/6549, K.2020/4364, T.14.10.2020, (www.danistay.gov.tr, Danıştay İçtihat Bilgi Bankası), Erişim T.10.05.2021; D8D. E.2013/10914, K.2014/1906, T.11.03.2014, (www.lexpera.com, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası), Erişim T.10.05.2021; D8D. E.2016/1180, K.2016/3282, T.04.04.2016, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.10.05.2021.



olarak, idari yaptırım kararlarının verilmesinde belirli ilkelere riayet edilmesi gerekmektedir<sup>5</sup>. Esasen, idari yaptırım kararlarının verilmesi neticesinde 1982 Anayasası (“AY”) md. 13 ve md. 38/1 hükmü kapsamında<sup>6</sup> bir “müdahale” söz konusu olduğundan “kanunilik prensibinin<sup>7</sup>” geçerli olduğu söylenebilir. Gerçekten, bir ceza hukuku ilkesi olarak kabul edilse de idari yaptırımlar açısından da müdahale teşkil eden işlemin yasal dayanağının bulunması icap eder<sup>8</sup>. Bununla birlikte, idari yaptırımlarda hangi kanun hükmünün uygulanması gerektiği sorunu, bir usul problemi olmaktan ziyade maddi açıdan<sup>9</sup>; yapılacak müdahalelerin hukuka uygunluğu hususunda değer arz etmektedir. Dolayısıyla kanunilik prensibi de gözetilerek idari yaptırım kararlarının verilmesi açısından hangi kanun hükmünün uygulanacağını belirlenmesi gerekmektedir<sup>10</sup>.

<sup>5</sup> De Béchillon, Denys, Qu’est-ce qu’une règle de droit?, Éditions Odile Jacob, Paris, 1997, s. 87.

<sup>6</sup> AY md. 13: “Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz”. AY.md. 38/1: “Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez”. AY md. 38 hükmünün idari cezalar bakımından uygulanabilirliği konusunda ileri sürülen görüşler açısından bkz. Sancakdar, Oğuz, “İdari Cezaların Yaptırımlar Teorisindeki Yeri ve Türk Hukuku’ndaki Anayasal Temelleri”, İstanbul Kültür Üniversitesi İdari Ceza Hukuku Sempozyumu (Ed. Ulsan, İlhan/Başaran Yavaşlar), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s. 62-63.

<sup>7</sup> Evren, Çınar Can, “Kabahatlerde Kanunilik İlkesi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (Prof. Dr. İl Han Özay’a Armağan), Cilt: 69, Sayı: 1-2, 2011, s. 976; Ünyılmaz, Habip, “Kabahatler Hukukunda Kanunilik İlkesi”, Kabahatler Hukuku Yazıları-I (Ed. Kangal, Zeynel T.), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 81.

<sup>8</sup> Tanquerel, Thierry, Manuel de droit administratif, Schulthess, Genève, 2011, s. 163.

<sup>9</sup> Bkz. Tan, Turgut, “İdari Yaptırımlar ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ndeki Güvenceler”, Prof. Dr. A. Şeref Gözübüyük’e Armağan, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005, s. 314 vd.

<sup>10</sup> Nitekim Anayasa Mahkemesi’ne göre, “kabahat fiilinin unsurlarına veya yaptırımına yönelik lehe kanun değişikliklerinde, Anayasa’nın 38. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen kanunilik ilkesinin sonuçlarından biri olarak 5237 sayılı Kanun’un 7. maddesinin (2) numaralı fıkrasında yer alan lehe kanunun geriye yürümesi kuralının uygulanması gerekir”. AYM. Mahmut Manbaki Başvurusu, Başvuru

İdari yaptırım kararları, idari makamların kamu gücü ayrıcalıklarından yararlanarak tesis ettiği işlemlerden olduğu için kural olarak, yürürlükte olan kanun hükümlerinin uygulama alanı bulması icap eder. Başka bir deyişle, idari yaptırım kararları da idari işlem niteliğinde olduğundan dolayı, diğer idari işlemler bakımından geçerli olan prensip bu kararlar yönünden de uygulanacaktır<sup>11</sup>. Ne var ki, idari yaptırım kararları içerisinde “*cezalandırma*” boyutu bulunan kararlar da mevcuttur. İdari işlem niteliğini haiz idari yaptırım kararlarına ilişkin olarak ceza hukuku prensiplerinin uygulanması noktasında, idare hukukunun özerk niteliğinin bulunduğundan hareketle<sup>12</sup> katı bir yorum yapılabilirse de bu anlayış özellikle temel hak ve hürriyetlerin korunması ve sağlanan güvenceler bakımından sorun yaratacaktır<sup>13</sup>. Bu nedenle belirli ceza hukuku prensiplerinin idari ceza olarak ifade edilebilecek kararlar bakımından uygulama alanı bulduğundan bahsedilebilir<sup>14</sup>. Başka bir deyişle, özel bir yasal düzenleme söz konusu değilse idare, yaptırım yetkisini kullanırken ceza hukuku ilke ve usullerini gözetmekte ve bu sayede “*idarenin bazı hallerde doğrudan*

---

No:2012/371, T.15.10.2014, para. 47 (Altı tarafımca çizilmiştir). Ayrıca bkz. AYM. Samet Öztürk Başvurusu, Başvuru No:2014/20188, T.06.12.2017, para. 30.

- <sup>11</sup> Rosenfeld, Emmanuel/Veil, Jean, “Sanctions Administratives, Sanctions Pénales”, Pouvoirs, No: 128, 2019, s. 62.
- <sup>12</sup> Demichel, André, Le contrôle de l’État sur les organismes privés: essai d’une théorie générale, LGDJ, Paris, 1960, s. 293.
- <sup>13</sup> Nitekim Fransız hukuku açısından belirli ceza hukuku ilkelerinin idari cezalar bakımından uygulanabilirliği konusunda katı bir yaklaşım sergileyen Conseil d’État’ın; İHAM tarafından verilen Bendenoun kararıyla (Bendenoun v. Fransa, 24.02.1994, B. No:12547/86) birlikte bu çizgisinden uzaklaştığı görülmektedir. Bkz. CE. 15 mars 1995, Sect., Sarl Auto-industrie Méric: RJF 5/95, n°623, aktaran; Fouquet, Olivier, “Jurisprudence fiscale: Cumul des sanctions fiscales et penales”, La Revue administrative, No: 296, 1997, s. 170. Bununla birlikte bazı istisnaların bulunduğu yönünde bkz. Dursun, Hasan, “Fransa’da İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesinin Uygulanması”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl: 8, Sayı: 31, 2017, s. 508.
- <sup>14</sup> Bkz. Cremer, Wolfram, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İdari Ceza Hukuku” (çev. Nart, Serdar), İstanbul Kültür Üniversitesi İdari Ceza Hukuku Sempozyumu (Ed. Ulusan, İlhan/Başaran Yavaşlar, Funda), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s. 183; Ulusoy, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin İdari Yaptırımlara Bakışı, s. 638; ayrıca bkz. CE. 9 octobre 1996, Société Prigest, aktaran; De Laubadere, André/Gaudemet, Yves, Traité de droit administratif: Tome-I, 16. édition, LGDJ, Paris, 2001, s. 86.

ceza kanunu ile de ilişkisi kurulmuş<sup>15</sup>” olmaktadır. Bu doğrultuda idari cezalar yönünden lehe hükmün uygulanması prensibinin, ceza hukuku ilkesi olarak kabul edilmesine karşın, uygulama alanı bulması söz konusu olmaktadır<sup>16</sup>. Bu çerçevede çalışmada, tipik suç fiillerinin işlenmesi neticesinde<sup>17</sup> karşımıza çıkan ceza hukuku prensiplerinden olan lehe hükmün uygulanması ilkesinin, idari cezalar ve diğer yaptırımlar yönünden geçerlilik arz edip edemeyeceği Danıştay kararları ışığında irdelenecektir. Bunun için, öncelikle idari tedbirlerle idari cezalar arasındaki fark vurgulanarak; bu ilkenin pozitif hukuki temelini ne olduğu ortaya konulacaktır.

## II. İdari Cezalar Bakımından Lehe Hükmün Uygulanması İlkesinin Pozitif Hukuki Temeli

5236 sayılı Kabahatler Kanunu<sup>18</sup>'nun 5. maddesinde, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu<sup>19</sup>'nun zaman bakımından uygulamaya ilişkin hükümlerinin kabahatler bakımından da uygulanacağı hükme bağlanmıştır<sup>20</sup>. 5237 sayılı Kanunun “Zaman bakımından uygulama” başlıklı 7. maddesinde ise, suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanacağı ve infaz olunacağı belirtilmiştir<sup>21</sup>. Söz

<sup>15</sup> Sürbehan, Sadrettin, “İdarî Müeyyide ve İdarî Ceza Hukuku”, Türk İdare Dergisi, Yıl: 42, Sayı: 378, 1971, s. 132.

<sup>16</sup> Degoffe, Michel, Droit de la sanction non pénale, Economica, Paris, 2000, s. 28-29; Collet, Martin, Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes, LGDJ, Paris, 2003, s. 126.

<sup>17</sup> Ceza hukuku bakımından “tipiklik (kanuni tarife uygunluk)” hakkında bkz. Özgenç, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 167; Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 212.

<sup>18</sup> RG.31.03.2005-25772 (Mükerrer).

<sup>19</sup> RG.12.10.2004-25611.

<sup>20</sup> 5236 sayılı Kanun md. 5: “26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun zaman bakımından uygulamaya ilişkin hükümleri kabahatler bakımından da uygulanır. Ancak, kabahatler karşılığında öngörülen idarî yaptırımlara ilişkin kararların yerine getirilmesi bakımından derhal uygulama kuralı geçerlidir. Kabahat, failin icraı veya ihmali davranışı gerçekleştirdiği zaman işlenmiş sayılır. Neticenin oluştuğu zaman, bu bakımdan dikkate alınmaz”.

<sup>21</sup> 5237 sayılı Kanun md. 7: “İşlendiği zaman yürürlükte bulunan kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulan-

konusu hükümler doğrultusunda, kabahat teşkil eden fiilin işlendiği sırada yürürlükte bulunan kanun hükmünden daha lehe bir düzenleme yapılması durumunda yeni hükmün uygulanması gerektiği sonucuna varılmaktadır<sup>22</sup>. Şayet böyle bir düzenlemenin varlığı konusunda tereddüde düşülmüşse; bunun yargı mercii tarafından araştırılması gerekmektedir<sup>23</sup>. Buna ilişkin olarak özel bir yasal düzenlemeye yer verilmemiş olsa dahi, söz konusu ilkenin uygulama alanı bulduğu ifade edilmelidir<sup>24</sup>. Nitekim Danıştay'a göre, "aksi durumun kabulü, yani, geçici maddenin yalnızca Kurulca idarî para cezası verilmemiş olan fiiller yönünden geçerli olacağı, yargı aşamasındaki idarî para cezaları ile ilgili olarak geçici maddede herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiş olması nedeniyle yargı yerleri tarafından lehe kanun hükmünün uygulanamayacağı şeklindeki yorum, kabahatler bakımından da geçerli olan ceza yargılamasında lehe kanunun uygulanması ilkesine ve Anaya-

---

*maz. İşlendikten sonra yürürlüğe giren kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı da kimse cezalandırılmaz ve hakkında güvenlik tedbiri uygulanamaz. Böyle bir ceza veya güvenlik tedbiri hükmolunmuşsa infazı ve kanuni neticeleri kendiliğinden kalkar. Suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur (...)"*

- <sup>22</sup> Yurtcan ise, kabahatler bakımından lehe hükmün uygulanması ilkesinin söz konusu olmayacağı düşüncesindedir. Yazar, AY md. 38 hükmünün tipik suç fiilleri bakımından uygulama alanı bulduğu, bu sebeple kabahatler bakımından esas alınmayacağından hareketle bu sonuca varmıştır. Yurtcan, Erdener, Yargıtay Kararları Işığında Kabahatler Kanunu ve Yorumu, 2. Baskı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2016, s. 51. Aksi yönde bkz. Kangal, Zeynel T., Kabahatler Hukuku, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 112.
- <sup>23</sup> Özay, İl Han, "Adli Kolluk-İdari Kolluk", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (Prof. Dr. Füsün Sokullu-Akincı'ya Armağan), Cilt: 71, Sayı: 1, 2013, s. 948.
- <sup>24</sup> Bkz. Gülan, s. 2957. Bununla birlikte bu hususa dair bazı özel hukuki düzenlemelerin de yer aldığı görülmektedir. Örneğin, 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu Geçici md. 8: "Bu Kanunun yayımı tarihinden önce işlenen 3/1/2002 tarihli ve 4733 sayılı Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumu Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun ile 4/12/2003 tarihli ve 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanununa muhalefet suçlarında, lehe hükümlerin uygulanması usulü 4/11/2004 tarihli ve 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun 9 uncu maddesi hükmüne göre yapılır. Bu Kanunun yayımı tarihinden önce işlenen bu Kanuna muhalefet kabahatlerinde, lehe hükümlerin uygulanması usulü 5252 sayılı Kanunun 9 uncu maddesi hükmüne göre yapılır".

sa'ya açıkça aykırılık teşkil edecektir<sup>25</sup>". Bir başka Danıştay kararına göre, "idari para cezası verildikten sonra idari para cezasına esas alınan Yasa hükümlerindeki değişikliğin tekrar dikkate alınmayacağı yolundaki gerekçede hukuki isabet bulunmadığı sonucuna varılmıştır<sup>26</sup>". Bu doğrultuda Gündüz'ün vurguladığı üzere, Türk hukukunda ceza hukuku ilkeleri çerçevesinde kanun hükümlerinin derhal uygulanması ilkesinden uzaklaşabilmektedir<sup>27</sup>. Bu kapsamda Danıştay'ın idari yaptırımlar konusunda lehe hükmün uygulanması ilkesi yönüyle ceza hukukuna daha fazla yaklaşan bir tutum içinde olduğu belirtilebilir<sup>28</sup>.

Kişiler tarafından hukuka uygunluk halinin dışına çıkan fiillerin işlenmesi sonucunda idare tarafından kamu gücüne dayalı olarak idari yaptırım kararları alınmaktadır<sup>29</sup>. İdari yaptırım kararları bu yönüyle birer idari işlem niteliğinde olduğundan ve kişinin temel hak ve hürriyetleri üzerinde etki ve sonuç doğurduğundan; icrai özellik taşımaktadır<sup>30</sup>. Dolayısıyla idari yaptırım kararı tesis edilmişse, kararın uygulanmasıyla birlikte kişi üzerinde hukuki etki ve sonuçların doğacağından bahsedilebilir<sup>31</sup>. Şayet, işlenen fiil neticesinde idari yaptırım kararı verilmiş ancak; kişi üzerindeki etkileri sona ermişse, lehe hükmün uygulanması ilkesinin uygulama alanı bulmayacağından söz edilecektir<sup>32</sup>. Buna göre, idari yaptırım kararı tesis edildikten sonra uygu-

<sup>25</sup> D13D. E.2014/4639, K.2019/4068, T.04.12.2019, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.10.05.2021.

<sup>26</sup> DİDDK. E.2008/3398, K.2009/60, T.19.02.2009, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.10.05.2021.

<sup>27</sup> Gündüz, F. Ebru, "İdari Yaptırımların Zaman Bakımından Uygulanması", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl: 8, Sayı: 32, 2017, s. 36.

<sup>28</sup> Özey, İdari Yaptırımlar, s. 65.

<sup>29</sup> Zanolini, Guido, İdari Müeyyideler (çev. Günal, H. Yılmaz), Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1964, s. 1.

<sup>30</sup> Dursun, Hasan, "İdari İşlemlerin İdare Tarafından Re'sen İcrası", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 72, 2007, s. 270.

<sup>31</sup> Ulusoy, Ali D., "İdare Ceza Hukuku'nun İşlevi ve Hukuk Düzeni İçindeki Yeri", İstanbul Kültür Üniversitesi İdari Ceza Hukuku Sempozyumu (Ed. Ulsan, İlhan/Başaran Yavaşlar, Funda), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s. 47.

<sup>32</sup> Belirtmek gerekirse, söz konusu durumun idari işlem niteliğindeki idari yaptırım kararları açısından infisahı şart olarak da değerlendirilmemesi gerekir. Yani, idari yaptırım kararı tesis edildikten sonra, bu işlemin geçerliliği "*lehe kanunun yürürlüğe girmemesi yahut infazın tamamlanması*" şartına bağlanmış değildir. Burada, yürürlüğe giren sonraki yasal düzenlemenin ne şekilde uygulanacağına dair bir

lanmış ve hukuki sonuçlarını doğurmuş ise; lehe hükümün uygulanması yeniden idari yaptırım kararı verilmesine sebep verecektir ki, hukuk devletinde bunun olması mümkün değildir<sup>33</sup>. Nitekim ceza hukukunda da söz konusu ilke uyarınca, suç işlendikten sonra yürürlüğe giren ve fail lehine hükümler içeren kanun, hükümde ve infaz aşamasında dikkate alınmalıdır<sup>34</sup>. Bu yönüyle ceza hukukundaki uygulama, idari yaptırımlar bakımından idare hukukuyla bağdaştığı ölçüde koşutluk arz etmektedir<sup>35</sup>. Bu konuda bir televizyon programı hakkında verilen Danıştay kararına göre, “söz konusu programın anılan ilkeyi ihlal ettiğinin tespit edilmesi durumunda, davacı şirkete lehe hüküm olan idari para cezasının uygulanabilmesi için hakkında tesis edilen program yayını durdurma işleminin infaz edilmemiş olması gerekmektedir. Aksi takdirde, yayın durdurma idari yaptırımı infaz edilmişse bu işlemin geri alınma imkanı kalmadığından, bu haliyle daha lehe hüküm olan idari para cezası yaptırımının bir yaptırım olarak tekrar uygulanması sonucunu doğuracağından, açıklanan bu durumun Mahkeme tarafından araştırılması gerekmektedir<sup>36</sup>”.

Dolayısıyla temel hak ve hürriyetleri etkileyen bir işlem olarak idari yaptırımlarda lehe hükümün uygulanması ilkesinin ancak işlemin sonuçlarını tamamen doğurmadığı durumlarda (=icrasının devam ettiği durumlarda) kendini gösterdiği ifade edilmelidir<sup>37</sup>. Bunun yanında, 5236 sayılı Kanun kapsamında kabahat teşkil eden fiil karşılığında uygulanacak idari yaptırım yönünden bunun infazına yönelik

---

sorunsal mevcuttur. Bkz. Memiş, Emin, Genel İdare Hukuku, 2. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017, s. 297.

<sup>33</sup> Güçlü, Yaşar, İdari Para Cezaları ve Diğer İdari Yaptırımlar, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 46.

<sup>34</sup> D13D. E.2020/887, K.2020/1820, T.08.07.2020, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.10.05.2021.

<sup>35</sup> Özdemir, Selman, “Yapı Denetim Kuruluşuna İmar Kanunu Kapsamında Para Cezası Verilip Verilemeyeceği Hakkında Bir İnceleme: Yapı Denetim Kuruluşlarının Fennî Mesuliyet Sorumlulukları”, Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 2, 2020, s. 201.

<sup>36</sup> D13D. E.2012/1292, K.2013/306, T.11.02.2013, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.10.05.2021.

<sup>37</sup> Özdemir, Selman, “İmar Para Cezaları Özelinde İdarî Yaptırımların Zaman Bakımından Uygulanması”, Türk İdare Dergisi, Sayı: 473, 2011, s. 121.

hükümler derhal uygulanır<sup>38</sup>. Bu noktada, infaza ilişkin olmayan ve infazı da tamamlanmayan idari yaptırımlar yönünden görevli yargı mercii tarafından lehe hükmün bulunup bulunmadığı hususunun dikkate alınması önem arz etmektedir<sup>39</sup>. Ancak, idari yargılama hukukunda tespit davasının bulunmaması nedeniyle bunun tespitinin idari yargı merciiinden istenemeyeceği kabul edilmektedir. Özellikle yargı içtihatlarında<sup>40</sup> ve doktrinde<sup>41</sup> ileri sürülen idari dava türlerinin sınırlı olduğu görüşü, tespit davalarının dava formu olarak kabul edilmemesine yol açmıştır. O halde, idari yargı mercii, önüne gelen uyuşmazlıkta resen araştırma ilkesi çerçevesinde<sup>42</sup> gerekli incelemeyi yapmak suretiyle lehe hükmün var olup olmadığı hususunda “önsel” bir neticeye varmalıdır. Bu anlamda, idari yargı merciiinde “lehe hükmün bulunup bulunmadığı” şeklinde bir taleple dava açılmayacak ve fakat “işlemin hukuka aykırı olduğundan bahisle açılan davada” bu inceleme kendiliğinden yapılacaktır<sup>43</sup>.

Bununla birlikte, bu inceleme yapılırken idari yaptırım kararları içerisinde de ayrıma gidilmektedir. Özellikle idari yaptırım kavramı, 5236 sayılı Kanun kapsamında “idari cezaları” ve “idari tedbirleri”

<sup>38</sup> Bu konuda ayrıca bkz. Güçlü, s. 47.

<sup>39</sup> Aksi takdirde AY md. 38 hükmünün idari yaptırım kararının muhatabı kişi bakımından ihlali gündeme gelecektir. Bu konuda Anayasa Mahkemesi, “somut olayda çalışanların eğitimi yükümlülüğüne aykırı davrananlara yönelik idari yaptırım tutarı başvurusunun lehine olmak üzere değiştirilmesine rağmen, başvurusunun itirazının yürürlükte olan lehe hükümler değerlendirilmeden reddedilmesinin Anayasa’nın 38. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen suçların ve cezaların kanuniliği ilkesiyle bağdaşma(dığına)” karar vermiştir. AYM. Şahin İnşaat Taşımacılık Ticaret ve Sanayi Ltd. Şti. Başvurusu, Başvuru No:2015/15723, T.19.04.2018, para. 37-38.

<sup>40</sup> Bkz. Erku, Celal, “Tespit Davasının İdarî Bir Dava Türü Olarak Kabul Edilip Edilemeyeceği Sorununa Uyuşmazlık Mahkemesinin Yaklaşımı”, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Cilt: 11, Sayı: 1-3, 1990, s. 7.

<sup>41</sup> Tespit davalarının idari yargılama hukukundaki yeri ve doktrinde ileri sürülen görüşler açısından bkz. Oder, Burak/Ayanoğlu, Taner, “Yorum ve Tespit Davaları”, İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırmalı İdari Yargılama Usulü Danıştay 133. Yıl Sempozyumu, Danıştay Yayınları, Ankara, 2003, s. 105.

<sup>42</sup> D15D. E.2016/8846, K.2018/794, T.25.01.2018, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.10.05.2021.

<sup>43</sup> D8D. E.2012/3978, K.2018/3598, T.26.06.2018, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.10.05.2021; D8D. E.2011/4909, K.2014/2982, T.15.04.2014, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.10.05.2021.

kapsar biçimde kullanıldığından<sup>44</sup>; lehe hükümün uygulanması ilkesinin hangi durumda işlevsel olduğunun açıklanması gerekmektedir. Bunun yanında konuda bütünlüğün sağlanması adına, doktrinde ve yargı içtihatlarında idari yaptırım türü olarak ifade edilen disiplin cezaları<sup>45</sup> bakımından da değerlendirme yapılması gerekir. Bu çerçevede “*cezalandırma*” ögesi barındıran idari cezaların ve disiplin cezalarının yanında, idari tedbirler açısından da ilkenin uygulama alanı bulup bulamayacağı ortaya konulacaktır.

### **III. İdari Tedbirler Yönünden İlkenin Uygulanabilirliğinin Ortaya Konulması**

İdari yaptırım kavramını irdelerken; öncelikle, bu kavramın “*idari cezaları*” ve “*idari tedbirleri*” kapsayan özellikte olduğu göz önünde bulundurulmalıdır<sup>46</sup>. Bu nedenle adli müeyyide niteliğinde olmayan ve idarece kamu gücü kullanılmak suretiyle tesis edilen bir idari yaptırım kararından bahsedildiğinde; kendi içinde farklı özellikler barındıran kavramların bulunduğu ifade edilebilecektir<sup>47</sup>. Bu yönüyle idari ceza olarak adlandırılan kavram açısından ceza hukuku ilkelerinin uygulama alanının “*genişletilmesinden*” bahsedilebilir<sup>48</sup>. Zira “*cezalandırma*” ögesini ihtiva eden bir idari işlem tesis edileceği için; idari cezalar yönünden ceza hukuku ilke ve kurallarının geçerliliği “*adalet*

---

<sup>44</sup> 5236 sayılı Kanun md. 16: “*Kabahatler karşılığında uygulanacak olan idarî yaptırımlar, idarî para cezası ve idarî tedbirlerden ibarettir. İdari tedbirler, mülkiyetin kamuya geçirilmesi ve ilgili kanunlarda yer alan diğer tedbirlerdir*”.

<sup>45</sup> AYM. E.2000/43, K.2004/60, T.13.05.2004, RG.04.11.2004-25633, AYM. E.2018/67, K.2018/110, T.06.12.2018, RG.08.01.2019-30649; D8D. E.2017/1815, K.2020/4342, T.14.10.2020, Lexpera İctihat Bilgi Bankası, Erişim T.10.05.2021; D12D. E.2011/7794, K.2015/5314, T.15.10.2015, Lexpera İctihat Bilgi Bankası, Erişim T.10.05.2021. Oğurlu, Yücel, İdarî Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma (İdari Ceza Hukuku ve İdari Cezalara Karşı Başvuru Yolları), 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2001, s. 105.

<sup>46</sup> Ulusoy, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin İdari Yaptırımlara Bakışı, s. 365; Ayatar Kızılyar, Sema, “Ceza Yaptırımı ile İdari Yaptırım Ayrımı”, Yaşar Üniversitesi E-Dergi, Cilt: 8, Özel Sayı, 2013, s. 1646.

<sup>47</sup> Ayatar Kızılyar, s. 1646.

<sup>48</sup> Dellis, Georges, Droit pénal et droit administratif: l'influence des principes du droit pénal sur le droit administratif répressif, LGDJ, Paris, 1997, s. 243.



ve *hakkaniyet kuralları*” çerçevesinde mümkün olacaktır<sup>49</sup>. Dolayısıyla lehe hüküm içeren bir kanunun yürürlüğe girmesiyle birlikte, o hüküm geçmişe etkili olarak söz konusu idari ceza bakımından uygulama alanı bulacaktır<sup>50</sup>. Ancak, idari cezalar yönünden uygulama alanı bulan bu ilkenin idari tedbirler yönünden uygulama imkanı olup olmadığı da değerlendirilmelidir. Zira idari makam tarafından alınan kararın “*idari ceza*” ya da “*idari tedbir*” olarak nitelendirilmesine bağlı olarak, kişilerin yararlanacaklarını hukuki güvencelerin içeriği değişebilmektedir<sup>51</sup>.

İdari makamlar, “*toplumsal bir düzeni korumak ya da bozulan toplumsal düzeni telafi etmek amacıyla bireylere idari nitelikli bir ceza tatbik edebilmektedir*”<sup>52</sup>. Başka bir deyişle idari makamlar, idari tedbirlerin yanında “*hukuk kaidesinin muhtevi bulunduğu emir yahut yasağa uygunluğun sağlanması adına*”<sup>53</sup> kanunda öngörülen şartlara uygun biçimde cezai müeyyideler uygulayabilmektedir. İşte, toplumsal düzenin bozulmaması için alınan önlemler/tedbirlerden değil ve fakat bu bozulma neticesinde fiili gerçekleştiren kişiye ceza uygulanması söz konusuysa; idari ceza kavramından bahsedilmesi gerekmektedir<sup>54</sup>. Yasal dayanağının bulunması kaydıyla idari makamlar, toplumsal ihlallerin üstesinden gelebilmek adına cezai yaptırımlara başvurabil-

<sup>49</sup> Özay, İl Han, İdari Yaptırımlar (Kuramsal Bir Deneme), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1985, s. 59.

<sup>50</sup> Özen, Mustafa, İdari Ceza Hukuku, Adalet Yayınları, Ankara, 2013, s. 60.

<sup>51</sup> Kağıtçıoğlu, Mutlu, “İdarenin Ekonomik Kolluk Faaliyetinin Bir Görünümü: Sermaye Piyasası Kanununda İdari Tedbirler”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan), Cilt: 22, Sayı: 3, 2016, s. 3329.

<sup>52</sup> Mahmutoğlu, F. Selami, Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi ve Düzene Aykırılıklar Hukukunda (İdari Ceza Hukukunda) Yaptırım Rejimi, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1995, s. 53.

<sup>53</sup> Gölcüklü, Feyyaz, “İdari Ceza Hukuku ve Anlamı; İdarenin Cezai Müeyyide Tatbiki, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 18, Sayı: 2, 1963, s. 117.

<sup>54</sup> Mahmutoğlu, Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi ve Düzene Aykırılıklar Hukukunda (İdari Ceza Hukukunda) Yaptırım Rejimi, s. 53. “*İdari ceza*” deyiminin ceza hukukundan türetilen bir kavram olduğu ve bu nedenle bu kavramın yerine “*idari yaptırımlar*” ifadesinin kullanılması gerektiği yönünde; Çağlayan, Ramazan, İdari Yaptırımlar Hukuku (Kabahatler Hukuku Yorumu), Asil Yayıncılık, Ankara, 2006, s. 21.

mektedir<sup>55</sup>. Bu anlamda Balta'nın deyimiyle idari cezalar, kişiler üzerinde "geleceğe yönelik uyartıcı etki<sup>56</sup>" yaratmaktadır. Bu sayede idari işlemlerin zorlayıcı bir yaptırımla desteklenmesi ve idari düzenin sağlanması mümkün olmaktadır<sup>57</sup>. Terminolojik olarak, "yaptırım/müeyyide" ve "ceza" kavramlarının aynı anlamda kullanılması<sup>58</sup>, idari yaptırımların sadece idari cezalardan teşekkül ettiği çıkarımına yol açmaktadır. Ancak, terim olarak müeyyide ve ceza kavramları aynı anlamda olmadığı gibi<sup>59</sup>, 5236 sayılı Kanun'daki kullanımı çerçevesinde idari yaptırımların idari tedbirleri de içerdiği görülmektedir<sup>60</sup>. Bu nedenle, terminolojik kargaşaya yol açmamak adına idari yaptırım kavramını idari ceza kavramına indirgemeyerek; idari tedbirleri ayrı bir biçimde irdelemek gerekecektir<sup>61</sup>. Esasen idari tedbir kararının tesis edilmesini gerektiren durumlarda da toplumsal düzenin temellerinin ihlal edilmesi hususu ön plana çıkmaktadır<sup>62</sup>. Organik bir sınıflandırmanın ötesinde, bu yaptırımların başka bir sınıflandırması, finalist bir bakış açısıyla yapılabilir: Bazıları idari para cezası gibi cezalandırıcı bir amaca sahiptir; diğerleri, halen devam eden ihlale bir son vermeyi

---

<sup>55</sup> Rivero, Jean, *Droit administratif*, 4. édition, Dalloz, Paris, 1970, s. 95; Truchet, Didier, *Droit administratif*, 4. édition, PUF, Paris, 2014, s. 162; Ohana, Daniel, "Administrative Penalties in the Rechtsstaat: On the Emergence of the Ordnungswidrigkeit Sanctioning System in Post-War Germany", *The University of Toronto Law Journal*, Vol.: 64, No: 2, 2014, s. 246.

<sup>56</sup> Balta, T. Bekir, *İdare Hukukuna Giriş*, TODAİE Yayınları, Ankara, 1970, s. 201.

<sup>57</sup> Çağlayan, s. 22.

<sup>58</sup> Evren, Çınar Can, *Düzenleyici ve Denetleyici Kurumlar Özelinde İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi*, Savaş Yayınevi, Ankara, 2020, s. 116.

<sup>59</sup> Sürbehan, s. 132.

<sup>60</sup> Belirtmek gerekirse, 5236 sayılı Kanun'un idari yaptırım kararı verilmesini gerektiren bütün kabahatleri ihtiva ettiği söylenemeyecektir; zira diğer bazı özel kanunlarda öngörülen hususlar bakımından da idari yaptırım kararı verilebilmesi mümkün olabilmektedir. Oğurlu, Yücel, "Tarihi 'Ahi Birlikleri'nden Çağdaş 'Kamu Kurumu Niteliğindeki Meslek Kuruluşları'na İzdüşümler: Mesleki Dayanışma, Disiplin ve İdari Yaptırımlar", *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Yıl: 16, Sayı: 32, 2017, s. 82. Bu yönüyle idari yaptırımlar, idari para cezaları dışında; kabahat teşkil eden fiili işleyen ilgilinin icra ettiği faaliyetten geçici süre yasaklanması, işyerinin kapatılması vb. konularda da karşımıza çıkabilmektedir. Bkz. Ayaydın, Cem, *İdare Hukuku'na Giriş (II)*, Yenilik Yayınevi, İstanbul, 2008, s. 108-109.

<sup>61</sup> Tan, s. 311-312.

<sup>62</sup> Oğurlu, *İdarî Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma (İdari Ceza Hukuku ve İdari Cezalara Karşı Başvuru Yolları)*, s. 43.

amaçlayan onarıcı niteliktedir<sup>63</sup>. Bu kapsamda tedbirlerde asıl amacın kişiyi “cezalandırma” olmaması, bu kavramın idari ceza kavramından farklı biçimde ele alınmasına neden olmaktadır<sup>64</sup>. Doktrinde Özkan’a göre, idari tedbir kararlarının temel amacı “hukuka aykırı bir davranışı cezalandırmak olmayıp, ilgiliyi idari kararı uygulamaya zorlayan zorlayıcı önlemler/tedbirler alınmasını sağlamak<sup>65</sup>” olduğundan; bu yönüyle idari cezalardan ayrılmaktadır.

Bu kapsamda yasal dayanağı olmak kaydıyla idari makamların kişinin fiilinden ötürü cezalandırılması amacıyla tesis ettiği işlemler yönünden idari ceza teriminin kullanılması gerektiği ifade edilecektir<sup>66</sup>. Başka bir deyişle, doktrinde Ulusoy’un vurguladığı üzere idari tedbirler, “*idari yaptırımların idari cezalar dışında kalan kısmını içermekte olup, esas olarak, cezalandırmak, tedip etmek amacı yerine kamu hizmetlerinin ve diğer idari faaliyetlerin aksamasını önlemek ve düzgün işlemlerini sağlamak, ayrıca kamu düzeninin bozulmasını engellemek amaçlı*”<sup>67</sup> tesis edilmektedir. Bu yönüyle maddi anlamda idari cezalardan farklı özellikte olan idari tedbirler yönünden lehe olan hükmün uygulanması gibi bir zorunluluk söz konusu olmayacaktır<sup>68</sup>. Bu doğrultuda “*ceza hukuku ilkelerinin idari yaptırım alanına sokulmasından*”<sup>69</sup> bahsederken; idari tedbirleri, ayrıık özellikleri nedeniyle bağımsız biçimde değerlendirmek gerekecektir. O halde, muhatabın lehine olsa dahi idari tedbirler bakımından idari işlemin yapıldığı tarihteki hukuk normu uygulanacaktır<sup>70</sup>. Zira idari cezalarda “*cezalandırma*”

<sup>63</sup> Léost, Raymond. Les sanctions administratives dans le domaine de la nature, Revue Juridique de l’Environnement, numéro spécial, 2008, s. 51.

<sup>64</sup> Karabulut, Mustafa, İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, s. 26.

<sup>65</sup> Özkan, Gürsel, “İdari Yaptırımlar, Lehe Kanun Uygulaması ve Yargıya Güven”, International Conference on Eurasian Economies 2020, Beykent Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2020, s. 177.

<sup>66</sup> Karabulut, s. 26.

<sup>67</sup> Ulusoy, Ali D., İdari Yaptırımlar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 175.

<sup>68</sup> Bkz. D2D. E.2017/1045, K.2019/412, T.07.02.2019, Danıştay Kararlar Dergisi, Sayı: 1, s. 208.

<sup>69</sup> Paulitat, Hélène, “Bağımsız İdari Otoritelerin Yaptırım Yetkisi” (çev. Göçer, Mahmut), Bağımsız İdari Otoriteler (Ed. Kaboğlu, İbrahim Ö.), Alkım Kitabevi, İstanbul, 1998, s. 149.

<sup>70</sup> Ulusoy, İdari Yaptırımlar, s. 71.

öğesinin varlığından hareketle ceza hukuku ilkelerinin uygulama alanı bulacağı kabul edildiğinde; idari tedbirler yönünden her ne kadar yükümlendirici nitelikte olsalar da “*cezalandırma amacı*” bulunmadığından lehe hükümün uygulanması durumundan bahsedilemeyeceği kabul edilmelidir<sup>71</sup>.

#### **IV. İlkenin Disiplin Cezaları Bakımından Değerlendirilmesi**

İdari yaptırım kavramıyla bağlantılı olarak disiplin cezalarının da ceza hukuku ilkelerinin uygulanması yönünden değerlendirilmesi icap eder<sup>72</sup>. Zira disiplin cezaları da yetkili idari makamlar tarafından tesis edilen, “*cezalandırma*” unsuru barındıran ve düzenleyici nitelikte olmayan idari işlemlerdendir<sup>73</sup>. Bununla birlikte, 5236 sayılı Kanun’a bakıldığında disiplin cezalarına yer verilmemiştir. Esasen, bu husus bazı yazarlarca bir eksiklik olarak ifade edilmiştir<sup>74</sup>. Gerçekten disiplin cezalarının da idari yaptırım niteliğinde olduğu gözetildiğinde<sup>75</sup>; bu sonuca varmak mümkündür. Bununla birlikte disiplin cezalarının yöneldiği amacın “*kurum içi düzenin korunması hususunu*”<sup>76</sup> ön planda tuttuğu göz önüne alındığında, diğer idari yaptırımlardan farklı özel-

---

<sup>71</sup> Ulusoy, İdari Yaptırımlar, s. 71. Doktrinde Gündüz, idari tedbirlerin yükümlendirici işlem niteliğinde olduğundan hareketle; genel bir hukuk ilkesi olarak lehe hükümün uygulanması ilkesinin idari tedbirler yönünden de geçerli olması gerektiğini ifade etmektedir. Gündüz, s. 46.

<sup>72</sup> Oğurlu, Yücel, “Ceza Mahkemesi Kararının Disiplin Cezalarına Etkisi ve Sorunu Ne Bis İn İdem Kuralı”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 52, Sayı: 2, 2003, s. 102; Odyakmaz, Zehra/Keskin, Bayram, “Kamu Görevlilerinin Meslekten Çıkarılmalarında Uygulanan Kriterlerin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadı Bağlamında Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Metin Günday Armağanı Cilt-II, Atılım Üniversitesi Yayınları, Ankara, 2020, s. 925; Bulut, Metin, “Kamu Görevlileri Disiplin Hukukunda Kanunilik İlkesini Yeniden Düşünmek”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Yıl: 6, Sayı: 12, 2018, s. 228.

<sup>73</sup> D12D. E.2012/9946, K.2016/132, T.10.03.2016, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.10.05.2021; D12D. E.2014/1024, K.2018/2237, T.22.05.2018, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.10.05.2021. Ayrıca bkz. Sancakdar, Oğuz/Altınok Çalışkan Elif/Dursun, Gizem vd., Disiplin Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019, s. 99.

<sup>74</sup> Ekinci, Murat, “Ceza Hukuku İlkeleri Açısından İdari Yaptırımlar”, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 2017/3, 2017, s. 24.

<sup>75</sup> Oğurlu, Ceza Mahkemesi Kararının Disiplin Cezalarına Etkisi ve Sorunu Ne Bis İn İdem Kuralı, s. 102.

<sup>76</sup> Ulusoy, İdari Yaptırımlar, s. 149.

likte olduğu, bu nedenle kanun koyucu tarafından böyle bir yaklaşımın benimsendiği de ileri sürülebilir<sup>77</sup>.

Danıştay'a göre, disiplin cezaları da idari yaptırım niteliğini haiz olduğundan; ceza hukuku ilkelerinin bu kararlar hakkında da bağdaştığı ölçüde uygulanması gerekmektedir<sup>78</sup>. Benzer biçimde Anayasa Mahkemesi'ne göre, "*disiplin cezaları, kamu hizmetlerinin gereği gibi yürütülmesini sağlamak amacıyla öngörülmüş, yapma veya yapmama biçiminde beliren davranış kurallarının ihlali hâlinde uygulanan idari yaptırımlardır*<sup>79</sup>". Dolayısıyla disiplin cezaları bakımından lehe hükmün uygulanması ilkesinin "*niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanabileceğinden*<sup>80</sup>" bahsedilebilir. Örnek olarak, kişiye ders ücretlerinin kesilmesi cezasının uygulandığı olayda, "*disiplin kurallarının fiil ve cezalandırma tarihi itibarıyla yürürlükte olduğu ve lehe hükümler içerdiği hususu gözetilerek, davacıya isnat edilen fiilin sübuta erip ermediği hususunun soruşturma raporu ve ekleri incelenip değerlendirildikten sonra bir karar verilmesi gerekirken*<sup>81</sup>" bunun yapılması hukuka aykırı bulunmuştur.

Bir başka olayda Danıştay, "*disiplin cezası ile cezalandırılmasına temel olan ideolojik nitelikte afiş, pankart asılması ve slogan atılması eylemlerinin mevcut hukuki durum itibarıyla yükseköğretim kurumundan çıkarılmayı gerektiren eylemler arasında yer almaması ve suç ve cezada lehe olan kuralın uygulanması kuralının disiplin yaptırımları yönünden de geçerli bir ilke olması karşısında, Yönetmelik değişikliği ile*

---

<sup>77</sup> Bkz. Kangal, s. 5.

<sup>78</sup> "*İdari işlem niteliğindeki disiplin cezasının da tesis edildiği tarihte yürürlükte bulunan mevzuata göre yargısal denetiminin yapılması gerekmekte ise de, lehe olan normun uygulanması ilkesinin disiplin cezaları yönünden de geçerli olduğunun kabulü gerekmektedir*". D5D. E.2016/16680, K.2017/21328, T.23.10.2017, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.10.05.2021.

<sup>79</sup> AYM. E.2018/107, K.2018/114, T.20.12.2018, RG.12.02.2019-30684.

<sup>80</sup> D12D. E.2008/5948, K.2011/2591, T.25.05.2011, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.10.05.2021; D12D. E.2015/4015, K.2016/370, T.02.02.2016, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.10.05.2021.

<sup>81</sup> D12D. E.2015/2892, K.2015/5685, T.28.07.2015, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.10.05.2021.

*oluşan yeni hukuki durum uyarınca*<sup>82</sup>, yeniden karar verilmesi gerektiğine karar vermiştir. Bu doğrultuda, Danıştay'ın isabetle belirttiği şekilde, "disiplin yaptırımlarının uygulanmasında, ceza hukukuna koşut olarak, lehe kanun ilkesi gözetilerek işlem yapılması"<sup>83</sup> hukuk devleti ilkesiyle bağlantılı olarak önemli bir konuyu teşkil etmektedir. Şüphesiz lehe hükümün uygulanması ilkesi kapsamında verilecek iptal kararının "lehe olan hükme uygun olarak yeni bir disiplin cezası verilmesine engel olmayacağı"<sup>84</sup> ifade edilmelidir. Her halde, fiilin işlendiği tarihte yürürlükte bulunan hukuki normla daha sonra yürürlüğe giren hukuki norm arasında farklılık varsa; "disiplin cezası ile cezalandırılacak olan kişilerin lehine olan düzenleme" dikkate alınmalıdır<sup>85</sup>.

## **V. Lehe Hükümün Uygulanması İlkesinin Hukuki Belirlilik ve Güvenlik İlkeleriyle Bağlantısı**

İdari yaptırımlarda lehe hükümün uygulanması ilkesinin hukuk devleti ilkesinin alt ilkelerinden olan hukuki belirlilik ve güvenlik ilkeleri yönünden önem arz ettiği ifade edilebilir<sup>86</sup>. Zira hukuki belirlilik ve güvenlik ilkeleri çerçevesinde kişilerin hangi eylem/davranışa hangi hukuki yaptırımın uygulanacağını içeriğiyle birlikte öngörme imkanı doğmaktadır<sup>87</sup>. Dolayısıyla kişinin davranışı neticesinde uygulanacak yaptırımın/sonucun ne olacağını belirlilik ve öngörülebilirlik

---

<sup>82</sup> DİDDK. E.2008/3476, K.2012/2256, T.26.11.2012, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.10.05.2021.

<sup>83</sup> D2D. E.2016/15873, K.2020/1006, T.19.02.2020, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.10.05.2021.

<sup>84</sup> D5D. E.2016/15636, K.2018/8435, T.12.02.2018, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.10.05.2021; D5D. E.2016/16097, K.2018/9743, T.20.02.2018, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.10.05.2021; D5D. E.2016/16974, K.2018/12348, T.21.03.2018, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.10.05.2021.

<sup>85</sup> D5D. E.2016/16655, K.2018/11087, T.12.03.2018, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.10.05.2021.

<sup>86</sup> Akıllıoğlu, Tekin, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarına Göre Yönetim ve İnsan Hakları", 2000 Yılında İdari Yargı Sempozyumu, Danıştay Yayınları, Ankara, 2000, s. 120.

<sup>87</sup> Can, Osman, "Belirlilik İlkesine Anayasal Bakış", Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 1-2, 2005, s. 93.

prensipleri kapsamında<sup>88</sup> açık ve tatmin edici biçimde değerlendirebilmesi icap eder. Özellikle, idari işlemlerde kural olarak yürürlükte bulunan hukuk normlarının derhal uygulandığı göz önüne alındığında; belirli idari yaptırımlar özelinde lehe hükmün uygulanması, bir istisna teşkil etmektedir<sup>89</sup>. Buna rağmen, hukuk düzeninde kişilerin temel hak ve hürriyetlerini sınırlandıran ve müdahale niteliğinde<sup>90</sup> olan idari cezalar bakımından; lehe hükmün uygulanması esastır. Danıştay'a göre, "*Kabahatler Kanunu'nun (...) hükümlerinin göz ardı edilerek karar verilmesi mümkün olmadığı gibi, bir çeşit hukuk güvenliği sağlayan ve günümüz temel ceza hukuku ilkelerinden biri olan lehe kanun uygulamasından davacının mahrum edilmesinin de düşünülmemeyeceği açıktır*"<sup>91</sup>. Bu nedenle, yargı mercii tarafından değerlendirmenin yapılması neticesinde lehe hükmün varlığı saptanırsa; bu aynı zamanda, idarece kişi bakımından lehe hükmün uygulanması yönünde bir pozitif yükümlülük doğuracaktır.

Bununla birlikte lehe hükmün uygulanmasından bahsederken; şüphesiz, hukuka uygun normlar arasında bir değerlendirmenin yapılması gerekmektedir<sup>92</sup>. Yani, hukuka uygun bir kanun hükmü çerçevesinde verilen idari ceza karşısında, hukuka aykırı olduğu saptanan bir hükmün lehe olduğu ileri sürülemeyecektir. Buna koşut olarak, kanunda sınırı belirlenmeyen durumlarda düzenleyici idari işlemlerle ilgili fiile uygulanacak idari yaptırımın içeriği belirlenmeye çalışıldığında; bu durum anayasaya aykırılık teşkil edeceğinden lehe hükmün uygulanması mümkün olmayacaktır<sup>93</sup>. Bu konuda Danıştay'ın vermiş

---

<sup>88</sup> Çağlar, Selda, Hukuk Devletinin Hukuki Belirlilik İlkesi Üzerinden Değerlendirilmesi, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 187.

<sup>89</sup> Akıllıoğlu, s. 120.

<sup>90</sup> DİDDK. E.2007/1800, K.2011/267, T.21.04.2011, Danıştay Dergisi, Sayı: 128, s. 22; D6D. E.2014/9227, K.2019/997, T.27.02.2019, Danıştay Kararlar Dergisi, Sayı: 1, s. 276.

<sup>91</sup> D15D. E.2015/5750, K.2015/6266, T.19.10.2015, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.10.05.2021.

<sup>92</sup> D8D. E.2016/8704, K.2020/4130, T.07.10.2020, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.10.05.2021.

<sup>93</sup> D13D. E.2015/163, K.2015/1436, T.13.04.2015, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.10.05.2021; D13D. E.2018/1230, K.2018/2133, T.27.06.2018, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.10.05.2021.

olduğu bir karara göre, “kanunda çerçevesi çizilmiş olmak ve kanuna aykırı olmamak koşuluyla düzenleyici işlemler ile kabahat, yani fiil belirlenebilecek ve bunun sonucunda sonraki düzenleme ile bir fiilin kabahat olmaktan çıkartılması veya koşullarının değişmesi durumunda lehe hüküm gündeme gelecektir; bunun yanında, mutlak kanunilik ilkesi doğrultusunda idari yaptırımın türü, süresi ve miktarı yönünden düzenleyici işlemler ile özel Kanun’da yaptırıma yönelik de takdir yetkisi tanınmış olması haricinde belirleme yapılamayacak, hukuka aykırı olarak yapılması durumunda ise bu belirleme lehe hüküm olarak değerlendirilmeyecektir<sup>94</sup>”. Dolayısıyla idari cezalar bakımından lehe kanun hükmünün uygulanması için hukuka uygun bir yasal dayanağın bulunması gerekmektedir<sup>95</sup>. Aksi durum, kanunla yetkilendirilmeyen idarece lehe bazı düzenleyici işlemlerin yapılması yoluyla kanun hükmünün uygulama alanının ortadan kalkmasını sonuçlar ki; bu durum, hukuki belirlilik ve güvenlik ilkesine aykırıdır<sup>96</sup>.

Nitekim bu konuda Danıştay tarafından verilen bir karara göre, “Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu İdari Yaptırımlar Yönetmeliği ile kanuna aykırı olarak getirilen “uyarı” müessesesinin hukukî dayanağı bulunmadığından, idari para cezası uygulanmasını gerektiren bir ihlâl ya da fiile, idarenin, kanunda sayılan hafifletici nedenleri gözeterek yine kanunda belirtilen alt ve üst sınırlar içerisinde para cezası uygulamak dışında, başka bir yaptırım uygulamak ya da hiç yaptırım uygulamamak şeklinde bir takdir yetkisi bulunmadığından, uyarı müessesesinin lehe düzenleme olduğu gerekçesiyle dava konusu işlemin iptali yolunda verilen temyize konu İdare Mahkemesi kararında” hukuki isabet bulunmamıştır<sup>97</sup>.

---

<sup>94</sup> D13D. E.2014/2632, K.2014/2856, T.10.09.2014, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.10.05.2021.

<sup>95</sup> D15D. E.2015/4050, K.2015/5574, T.01.10.2015, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.10.05.2021; D13D. E.2018/1030, K.2018/1735, T.16.05.2018, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.10.05.2021.

<sup>96</sup> Sancakdar, s. 76.

<sup>97</sup> D13D. E.2015/4897, K.2020/1275, T.09.06.2020, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.10.05.2021.



İdari cezalar bakımından uygulama alanı bulan lehe kanunun uygulanması ilkesi, hukuki güvenlik ve belirlilik ilkeleriyle bağlantılı olarak, söz konusu cezanın içeriğinin belirlenmesi noktasında da kendisini göstermektedir<sup>98</sup>. Nitekim Danıştay kararına konu bir uyuşmazlıkta “*davacı şirketin (...) bedel iadelerinin yasal süresinde gerçekleştirmediği tespit edildiğinden, davacıya uygulanan idari yaptırım yerinde olmakla beraber, (sonradan yürürlüğe giren kanun ve ona dayanılarak hazırlanan yönetmeliğin) davacı lehine uygulanması gerektiği*” ifade edilerek kişinin söz konusu ilkedен yararlanmasından mahrum bırakılmayacağı vurgulanmıştır<sup>99</sup>. Bu bağlamda, idari yaptırım kararının uygulanmasının tamamlanmaması kaydıyla kişi yönünden lehe kanun uygulaması hukuki belirlilik ilkesiyle bağlantılı olarak gündeme gelebilmektedir. Örneğin, idari para cezaları yönünden sürecin tamamlanması ilgili miktarın kişiden tahsil edilmesiyle gerçekleştiğinden<sup>100</sup>; lehe hükmün uygulanması ilkesi tahsil aşamasının tamamlanmasından sonra gündeme gelmeyecektir. Şayet, ilgili kanun hükmünün Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi söz konusu olursa; bu durumda da uygulanması tamamlanmayan idari yaptırım kararının muhatabı olan kişi yönünden oluşan lehe durumun uygulanması söz konusu olacaktır<sup>101</sup>. Her ne kadar kaide olarak Anayasa Mahkemesi tarafından verilen iptal kararları geriye yürümezse de<sup>102</sup> bu ihtimalin var olduğu durumlarda idari yaptırım kararının hukuki dayanağı ortadan kalkmış olduğundan ortaya çıkan lehe durumun uygulanması; hukuki güvenlik ilkesinin bir gereğidir<sup>103</sup>. Bu konudaki

<sup>98</sup> Ekinci, s. 44-45.

<sup>99</sup> D15D. E.2015/6687, K.2015/7275, T.10.11.2015, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.10.05.2021.

<sup>100</sup> Özdemir, İmar Para Cezaları Özelinde İdarî Yaptırımların Zaman Bakımından Uygulanması, s. 122; Zafer, Hamide/Pamuk, Gülfem/Çakır, Kerim, Gereğçeli-Açıklamalı-İçtihatlı Kabahatler Kanunu, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 9.

<sup>101</sup> AYM tarafından verilen iptal kararlarının geçmişe yürümediğinden hareketle, ilgili kanun hükmü iptal edilse dahi yürürlükte olduğu dönemde dayanak teşkil ettiği idari yaptırım kararı bakımından yine de uygulama alanı bulacağı yönünde bkz. Kangal, s. 113.

<sup>102</sup> AY md. 153/5: “İptal kararları geriye yürümez”.

<sup>103</sup> Azrak, A. Ülkü, “Anayasa Mahkemesi İptal Kararlarının Geriye Yürümezliği”, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt: 1, 1984, s. 163; Uler, Yıldırım, “Anayasa Mahkemesi İptal

Danıştay kararlarında; AYM iptal kararlarının geriye yürümezliği ilkesinin özellikle bireylerin kazanılmış haklarının korunması gerektiği durumlara yönelik olduğu ifade edilmektedir<sup>104</sup>. Danıştay'ın “*idari yaptırımlar bakımından ceza verilmesinin dayanağı kuralın yürürlükten kaldırılması veya lehe düzenleme yapılması yoluyla ortaya çıkan yeni hukukî durumun dikkate alınması gerektiği*”<sup>105</sup> yönündeki kararı da bu yaklaşımın göstergesidir. Dolayısıyla, “*idari para cezalarında, ceza verilmesinin dayanağı kuralın yürürlükten kaldırılması durumunda, Anayasa Mahkemesi ve Danıştay'ın yerleşik kararları uyarınca ortaya çıkan yeni hukuki durum*”<sup>106</sup> yargı yerlerince gözetilecektir.

Bu noktada bir sorun da sonraki kanunda, idari ceza uygulamak noktasında yetkili idari makamın değişmesi yahut ortadan kaldırılması halinde belirlemektedir. Bu hallerde idari ceza uygulama yetkisi bulunan idari makamın kişiliği hukuk düzeninde son bulmuş olacağından; başkaca bir idari makama bu yönde bir yaptırım uygulama yetkisi verilmediyse, söz konusu idari cezanın kaldırıldığı sonucuna varılmaktadır<sup>107</sup>. Hukuki güvenlik ve belirlilik ilkeleri bakımından; yasal düzenlemeyle hukuki kişiliği son bulmuş idari makamların idari ceza uygulama yetkisinin bulunması düşünülemeyeceğinden; şayet idari cezanın uygulanması tamamlanmadıysa lehe kanun hükmünün uygu-

---

Kararları Geri Yürür”, Bahri Savcı'ya Armağan, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları, Ankara, 1988, s. 518-519.

<sup>104</sup> Uler, s. 515; Özdemir, İmar Para Cezaları Özelinde İdari Yaptırımların Zaman Bakımından Uygulanması, s. 129.

<sup>105</sup> DİDDK. E.2009/808, K.2013/1458, T.17.04.2013, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.10.05.2021; DİDDK. E.2009/1025, K.2013/1451, T.17.04.2013, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.10.05.2021; D13D. E.2008/2051, K.2011/5540, T.05.12.2011, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.10.05.2021; D13D. E.2015/2416, K.2020/2988, T.04.11.2020, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.10.05.2021.

<sup>106</sup> D13D. E.2012/2247, K.2018/3093, T.07.11.2018, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.10.05.2021.

<sup>107</sup> Söyler, Yasin, “Fahiş Fiyat Artışlarına Karşı İdari Yaptırım Uygulanmasında Yetki Çatışması”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 79, Sayı: 1, 2021, s. 244.

lanması prensibinin işlerlik kazanacağından bahsedilmelidir<sup>108</sup>. Aksi durum, *“lehte olan ceza hükmünün geriye yürümesi ilkesinin cezaların öngörülebilir olması gerekliliğinin bir uzantısı olduğu dikkate alındığında; bunun aynı zamanda suçun işlendiği tarihten sonra meydana gelen bütün yasal değişiklikleri ve toplumun o suç karşısındaki yaklaşım değişikliğini görmemek”* manasına gelecektir<sup>109</sup>. Benzer durumun varlığı olağanüstü hal döneminde uygulanacak kanun hükümleri bakımından da gündeme gelebilir<sup>110</sup>. Esasen, bu hallerde norm çatışması halinin idari yaptırımlar yönünden etkisinin *“doğrudanlığı”* göze çarpmaktadır.

## VI. Lehe Hükmün Uygulanması İlkesinin Somutlaştırılması

Sonradan yürürlüğe giren hukuki düzenlemeyle birlikte idari cezanın içeriği itibarıyla hafifletilmesi ve/veya azaltılması hali söz konusu olabileceği gibi, usul bakımından kişiye yönelik idari yaptırım kararı tesis edilmesini güçleştiren yeni bir kuralın ihdas edilmesi hali de gündeme gelebilir. Her iki durumda da lehe kanununun uygulanması ilkesinden bahsedilebilecekse de bunun Danıştay kararlarında ayrıca ele alındığı görülmektedir<sup>111</sup>. Bu kapsamda Danıştay’ın vermiş olduğu bir kararda olduğu üzere, *“idari para cezalarında, ceza verilmesinin dayanağı kuralın yürürlükten kaldırılması veya lehe düzenleme yapılması durumunda, Anayasa Mahkemesi ve Danıştay’ın yerleşik kararları uyarınca ortaya çıkan yeni hukuki durumun dikkate alınması için İdareye başvurulması mümkündür”*<sup>112</sup>. Bu durumda idari makamın idari cezalar yönünden oluşan lehe durumu resen dikkate alması gerek-

<sup>108</sup> Bkz. D7D. E.2019/4360, K.2020/1762, T.25.02.2020, (Karşı oy görüşü), Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.10.05.2021; D7D. E.2016/8743, K.2020/3506, T.05.10.2020, (Karşı oy görüşü), Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.10.05.2021.

<sup>109</sup> D13D. E.2015/1468, K.2017/3450, T.29.11.2017, Danıştay Dergisi, Sayı: 147, s. 91; D13D. E.2014/3526, K.2019/3105, T.16.10.2019, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.10.05.2021.

<sup>110</sup> Söyler, s. 245.

<sup>111</sup> D13D. E.2015/228, K.2021/343, T.28.01.2021, Danıştay İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.10.05.2021.

<sup>112</sup> D15D. E.2017/1689, K.2018/1760, T.15.02.2018, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.10.05.2021.

mektedir<sup>113</sup>. Bununla birlikte, infazı tamamlanmayan idari cezalar yönünden bireylerin lehine oluşan yeni durumun o anki nesnel durum ve koşullara göre<sup>114</sup> uygulanmasını ilgili idari makamdan istemesi de mümkündür. Şayet, bu aşamada sonuç alınamaması durumunda lehe hükmün uygulanması hususundaki hukuki uyumsuzluğun görevli yargı mercii tarafından çözümlenmesi söz konusu olacaktır. Bu doğrultuda, normlar hiyerarşisinde aynı kademede yer alan iki kanundan hangisinin uygulanacağı noktasında, şayet sonradan yürürlüğe giren kanun önceki kanuna göre daha ağır bir ceza öngörüyorsa; bu durumda lehe olan önceki kanunun uygulanması icap edecektir<sup>115</sup>. Bu kapsamda idari yaptırımlarda lehe kanunun uygulanması prensibi; (i). idari yaptırımın muhteviyatı itibarıyla hafifletilmesi ya da ortadan kaldırılması, (ii). idari yaptırımın türünün değişmesi, (iii). idari yaptırım kararlarında yeni bir usuli müessesenin öngörülmesi, (iv). sonraki kanunun idari yaptırımın muhatabı yönünden aleyhe hüküm içermesi halleri yönünden irdelenecektir.

### **A. İdari Yaptırımın İçeriği İtibarıyla Hafifletilmesi ya da Ortadan Kaldırılması**

İdari yaptırımın içeriğindeki hafifleme durumu çeşitli görünümlele karşımıza çıkabilmektedir. Örneğin; idari cezayı gerektiren fiilin kabahat olmaktan çıkarılması, verilen idari cezanın konusu/miktarı itibarıyla azaltılması gibi hallerde bu durumun varlığından bahsedilebilecektir. Bu durumlar, her şeyden önce yetkili idari makamın irade açıklamasının yöneldiği hususun/konunun içeriğinde değişiklik ya da değişme halinin olduğunu göstermektedir<sup>116</sup>. Bu halde, yargı mercii tarafından hukuki uyumsuzluğun çözümü aşamasında söz konusu ha-

<sup>113</sup> D13D. E.2019/615, K.2019/1485, T.03.05.2019, Danıştay Kararlar Dergisi, Sayı: 2, s. 308.

<sup>114</sup> Yıldırım, Turan, "İdari Usul Yasası Kapsamında İdareye Başvuru", İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyum Bildiriler Kitabı, Başbakanlık Basımevi, Ankara, 1998, s. 250.

<sup>115</sup> Thomasset-Pierre, Sylvie, L'autorité de régulation boursière face aux garanties processuelles fondamentales, LGDJ, Paris, 2003, s. 253.

<sup>116</sup> D13D. E.2008/2139, K.2010/1023, T.08.02.2010, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.10.05.2021.

fiflemenin dikkate alınması gerekecektir<sup>117</sup>. Nitekim Gülan bu gibi hal-ler bakımından Danıştay'ın *"ceza hukukundan ithal ettiği kavramlarla, yargılama aşamasında ortaya çıkan, yaptırımlardaki lehe düzenleme-nin, önündeki davada esas alınması ilkesini istisnasız kabul ettiğini"*<sup>118</sup> ifade etmektedir.

Bu konuda en tipik örnek; idari cezanın muhteviyatı itibarıyla sonraki yasal düzenlemeyle içeriğinin azaltılmasıdır. Örneğin, *"idari para cezasına dayanak olan Maden Kanunu'nun 12. maddesinde 5595 sayılı Yasa ile yapılan ve 24.06.2010 tarihinde yürürlüğe giren lehe de-ğişiklikle, ruhsatsız ya da ruhsat dışı üretim yapılması fiilini işleyenlere, üretilen madenin ocak başı satış bedelinin beş katı tutarında verileceği öngörülen idari para cezası miktarının üç katına indirilmesi"*<sup>119</sup> netice-sinde lehe hükmün uygulanması zorunluluğu doğmuş olacaktır. Benzer şekilde Danıştay, *"4077 sayılı Kanun'un 7. maddesinin 8. fıkrasında ön ödemeli konut satışlarında (30) ay olarak belirlenen konut teslim süre-lerine aykırı hareket edenlere uygulanacak müeyyide, teslimi geciken konutun fatura bedeli kadar idari para cezası olarak öngörülmüşken; sonradan teslimi geciken her bir konut için 20.000-TL idari para cezası olarak öngörülmesi, bu çerçevede 6502 sayılı Kanun'un ön ödemeli ko-nut satışlarında konut teslim süresi ve bu süreye uygulanacak müeyyide bakımından lehe hüküm içerdiği hususunda bir tereddüt bulun-ma(dığına)"*<sup>120</sup> karar vermiştir. Bu bağlamda idari cezanın içeriğinin nicelik olarak hafifletildiği hallerde sonraki yasal düzenlemenin bu yönüyle uygulanması gerekliliğinden bahsedilecektir<sup>121</sup>. Ne var ki,

<sup>117</sup> D15D. E.2015/8838, K.2015/8769, T.15.12.2015, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.10.05.2021.

<sup>118</sup> Gülan, Aydın, "Kanun Değişikliğiyle İdari Para Cezası Verilmeden Önce "Uyarı" Şartı Getirilmesi, Kimi Durumlarda Görülmekte Olan İptal Davasını Etkileyecek Lehe Bir Düzenleme Sayılabilir Mi?", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan), Cilt: 21, Özel Sayı, 2019, s. 2957.

<sup>119</sup> D8D. E.2014/8512, K.2015/2471, T.01.04.2015, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.10.05.2021; D8D. E.2014/10401, K.2015/2473, T.01.04.2015, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.10.05.2021.

<sup>120</sup> D15D. E.2016/8730, K.2017/4748, T.21.09.2017, (<https://legalbank.net>, Legal-bank İçtihat Bilgi Bankası), Erişim T.10.05.2021.

<sup>121</sup> Belirtmek gerekirse, bu durum disiplin cezaları bakımından da geçerlidir. Bu kapsamda örneğin, kişinin görevde uyuması nedeniyle önceki yasal düzenlemede

kanun koyucu tarafından idari cezalar arasında ağırlık derecelerine göre bir sıralama yapılmadığından; hangi hükmün lehe olduğunun belirlenmesi her zaman kolay değildir<sup>122</sup>. Bu kapsamda kanun koyucu tarafından böyle bir sıralama/derecelendirme yapılmasının bu sorunu çözebileceği de ifade edilmektedir<sup>123</sup>.

Bunun yanında idari yaptırım kararı verilmesini gerektiren fiilin sonradan kabahat olmaktan çıkarılması, lehe hükmün uygulanmasını gerektirir. Örnek olarak, Danıştay tarafından verilen bir karara göre, *“idari para cezasının konusunu mevzuata uygun olmayan promosyon uygulamalarının oluşturduğu, davacı süreli yayın kuruluşuna verilen idari para cezasının konusu da ortadan kalktığından davacı lehine bir durum ortaya çıkmaktadır. Davacı lehine hükmün uygulanması gerektiğinden dava konusu işlemde ve temyize konu mahkeme kararında hukuka uygunluk görülmemiştir<sup>124</sup>”*. Keza başka bir kararında Danıştay tarafından, *“yeni hukuki duruma göre davacı yayın kuruluşunun yaptırımına konu teşkil eden fiili ihlâl konusu olmaktan çıkarıldığından, İdare Mahkemesi’nce bu husus dikkate alınarak yeniden bir karar verilmesi gerek(tiğine)<sup>125</sup>”* hükmedilmiştir. Benzer biçimde Danıştay, *“6359 sayılı Kanun’la yapılan düzenleme ile, haklarında kamu davası açılmasına karar verilmesi nedeniyle, yargılama sonuna kadar Kanun kapsamında yer alan kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılamayacak durumda olanların, 4734 sayılı Kanun’un 11. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendi kapsamı dışına çıkartılmış olması karşısında, “idarî yaptırım” niteliğinde olan kararın dayanağı kuralda lehe düzenleme yapılması yoluyla ortaya çıkan yeni hukuki durumun dikkate alınma-*

---

24 ay süreli olarak öngörülen durdurma cezasının, sonradan yürürlüğe giren yasal düzenlemeyle 16 ay süreli durdurma cezası olarak belirtilmesi; lehe hükmün uygulanmasını gerektirmiştir. DİDDK. E.2015/4973, K.2017/1715, T.20.04.2017, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.10.05.2021. Ayrıca bkz. D5D. E.2016/15247, K.2018/12551, T.22.03.2018, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.10.05.2021.

<sup>122</sup> Zafer/Pamuk/Çakır, s. 8.

<sup>123</sup> Zafer/Pamuk/Çakır, s. 8.

<sup>124</sup> D15D. E.2016/3367, K.2017/773, T.16.02.2017, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.10.05.2021.

<sup>125</sup> D13D. E.2010/367, K.2011/3019, T.22.06.2011, Danıştay Dergisi, Sayı: 128, s. 348.

*sı gerektiği(ne)<sup>126</sup>”, “ihlâlin gerçekleştirildiği zaman yürürlükte bulunan kanun hükmünün, anılan değişikliklerle yürürlükten kaldırılması neticesinde idarî para cezasına konu edilen eylem rekabet ihlâli olmaktan çıkarılması karşısında, ortaya çıkan yeni hukukî durumun dikkate alınması gerek(tiğİne)<sup>127</sup>” dair kararlar vermiştir.*

Belirtmek gerekirse, bu noktada idari ceza verilmesini gerektiren fiilin artık “*idari yaptırım uygulanmasını gerektiren kabahat*” olmaktan çıkarılması, Yargıtay içtihatlarına göre de lehe kanun uygulaması şeklinde yorumlanmaktadır<sup>128</sup>. Esasen bu sonuca ulaşılması doğaldır; zira burada idari cezanın içeriğinin hafifletilmesi bir yana tamamen kaldırılması durumu mevcuttur. Bu durumda evleviyetle lehe kanunun uygulanması ilkesi devreye girecektir<sup>129</sup>. Sonraki yasal düzenlemeyle kabahatin ortadan kaldırılmasının yanında suçun kabahat haline dönüşmesi hali de lehe durum ortaya çıkaracağından; kişi yönünden lehe hükmün uygulanması söz konusu olmaktadır<sup>130</sup>. Disiplin cezaları bakımından da sonradan hukuki düzenlemenin yürürlüğe girmesiyle, “*disiplin hukuku anlamında konusu suç olan bir fiilin varlığından söz edilemeyeceğinden dolayı<sup>131</sup>” aynı sonuca varılabilir. Nitekim Danıştay, “aylıktan kesme cezasının verilmesine sebep olan fiilin yer aldığı kanun maddesinin yürürlükten kaldırıldığı<sup>132</sup>” hallerde, ortaya çıkan lehe durumun kişi yönünden uygulanması gereğine hükmetmiştir.*

<sup>126</sup> D13D. E.2013/3205, K.2014/2548, T.18.06.2014, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.10.05.2021.

<sup>127</sup> D13D. E.2008/2051, K.2011/5540, T.05.12.2011, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.10.05.2021.

<sup>128</sup> Özkan, s. 178.

<sup>129</sup> D6D. E.2014/8079, K.2019/1742, T.27.03.2019, Danıştay Kararlar Dergisi, Sayı: 2, s. 174.

<sup>130</sup> Katoğlu, Tuğrul, “Kabahatler ve Zaman Yönünden Uygulamaya İlişkin Kimi Sorunlar”, Haluk Konuralp Anısına Armağan Cilt-II, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2009, s. 1025-1026; Kangal, s. 117.

<sup>131</sup> D12D. E.2016/8, K.2016/496, T.04.02.2016, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.10.05.2021.

<sup>132</sup> D12D. E.2010/4777, K.2014/2960, T.22.04.2014, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.10.05.2021; D12D. E.2015/3424, K.2015/5083, T.08.10.2015, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.10.05.2021.

## **B. Yeni Bir İdari Usul Müessesesinin Öngörülmesi**

İdari yaptırım kararlarının verilmesi bakımından sonradan yürürlüğe giren kanunda kişi yönünden düzeltme imkanı getiren bir düzenlemenin yer alması, infazı tamamlanmayan karar yönünden failin lehine bir durum yaratabilir<sup>133</sup>. Bu durum, özellikle ihtar müessesesi bakımından gündeme gelmektedir. Örneğin bir Danıştay kararına göre, “söz konusu geçici maddede, niteliği itibarıyla düzeltme imkânı bulunan fiilleri kanun değişikliğinden önce işleyen ve haklarında idarî para cezası uygulanan kişiler yönünden ne gibi bir işlem yapılacağı açıklanmamış olmakla birlikte, yeni düzenlemede yer alan ihtar müessesesi lehe kanun niteliğinde olduğundan, belirtilen kişilerin de geçici maddede öngörülen usule tâbi tutulmaları gerektiği anlaşılmaktadır<sup>134</sup>”. Başka bir kararında Danıştay, “otuz günlük süre içerisinde aykırılığın giderilmesi, aksi hâlde hakkında geçici durdurma yapılabileceğinin ihtar edileceğine ilişkin düzenlemenin, idarî para cezaları yönünden cezalandırılmadan önce mevzuata aykırı davranışta bulunan kişi veya kişilere söz konusu aykırılığın ortadan kaldırılması için tanınmış bir imkân olduğu, bu yönüyle ihtarın kişinin cezalandırılabilmesine ilişkin bir ön şart teşkil ettiği ve söz konusu fiilleri işleyenler bakımından daha önce fiilin sabit görülmesi hâlinde doğrudan idarî para cezasına muhatap oldukları dikkate alındığında, anılan Kanun değişikliğinin failin lehine olduğu sonucuna<sup>135</sup>” varmıştır. Benzer biçimde Danıştay, “5307 sayılı Kanun’da yapılan değişiklik uyarınca alınan düzenleyici Kurul kararıyla niteliği itibarıyla düzeltme imkânı olan fiiller arasında sayılan sorumlu müdür belgesine sahip sorumlu müdür çalıştırmama fiili nedeniyle idarî para cezası verilmeden önce ihtarda bulunma şartının yerine getirilmesi ve lehe kanun niteliği taşıyan söz konusu kuralın davacıya da uygulanması zorunluluğu karşısında, lehe kanun hükmü dik-

---

<sup>133</sup> D13D. E.2020/3449, K.2021/199, T.20.01.2021, Danıştay İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.10.05.2021.

<sup>134</sup> D13D. E.2014/1065, K.2019/3454, T.05.11.2019, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.10.05.2021.

<sup>135</sup> D13D. E.2014/280, K.2020/790, T.10.03.2020, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.10.05.2021.



*kate alınarak yeniden bir karar verilmesi gerek(tiği)*<sup>136</sup>” sonucuna ulaşmıştır. Bununla birlikte, Danıştay kararlarına bakıldığında bu durumun mutlak biçimde uygulanmadığı görülmektedir. Örneğin, başka bir kararında Danıştay, “*idari yaptırımlar bakımından ceza verilmesinin dayanağı kuralın, yürürlükten kaldırılması veya lehe düzenleme yapılması yoluyla ortaya çıkan yeni hukuki durumun, yargılama aşamasında dikkate alınması gerekmekte ise de Yasada usule ilişkin olarak yapılan değişikliğin lehe düzenleme olarak kabulüne olanak bulunmadığı(na)*<sup>137</sup>” karar vermiştir.

Görülmektedir ki; bu konuda verilen Danıştay kararlarında yeknesak bir anlayış benimsenmemiştir. Doktrinde Gülan, özellikle ihtar müessesesi yönünden bunun yaptırım türünde olduğu ifade edilebiliyorsa lehe hükmün uygulanmasının söz konusu olacağını; ancak, bu niteliğin var olmadığı hallerde bu ilkenin uygulama alanı bulmayacağını belirtmiştir<sup>138</sup>. Esasen idari cezalar bakımından lehe hükmün uygulanması ilkesinin geniş biçimde yorumlanması neticesinde; yaptırım kararı verilmesini zorlaştıran bütün haller failin lehine yorumlanacaktır<sup>139</sup>. Bu durumda yeni hukuki düzenlemede yer alan usulî müessesenin idari yaptırım kararının verilmesini zorlaştırdığı ifade edilebiliyorsa; kişi lehine bir durum olduğu ve bunun dikkate alınması gerektiği ifade edilmelidir<sup>140</sup>. Bu anlamda şayet “*ihtarın gereğinin yerine getirilmesi hâlinde idarî para cezası verilemeyecek olması gündeme gelebiliyorsa; kanun değişikliğinin doğrudan maddî hukuka yönelik etki ve sonuçlarının da bulunduğunu*<sup>141</sup>” söylemek gerekir. Bu doğrultuda Danıştay’ın yakın tarihli kararlarında, “*niteliği itibarıyla düzeltme imkânı bulunan fiilleri işleyenlerin önceki kanun dönemin-*

<sup>136</sup> D13D. E.2015/2110, K.2021/170, T.19.01.2021, Danıştay İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.10.05.2021.

<sup>137</sup> DİDDK. E.2015/4255, K.2017/2867, T.02.10.2017, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.10.05.2021.

<sup>138</sup> Gülan, s. 2959.

<sup>139</sup> Gündüz, s. 46; Özdemir, İmar Para Cezaları Özelinde İdarî Yaptırımların Zaman Bakımından Uygulanması, s. 128.

<sup>140</sup> Gündüz, s. 46.

<sup>141</sup> D13D. E.2014/1139, K.2019/3452, T.05.11.2019, Danıştay İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.10.05.2021.

*de doğrudan idarî para cezasına muhatap oldukları hâlde, söz konusu kanun değişikliğinden sonra aynı filleri işleyenlerin ihlâlin ortadan kaldırılması hususunda ihtar edilmelerinin öngörülmesi, böylelikle ihtar edilen kişilerin söz konusu ihlâli ortadan kaldırarak ceza almaktan kurtulabilmelerine imkân tanınması karşısında<sup>142</sup> lehe hükmün uygulanması ilkesinin uygulama alanı bulacağına hükmedilmiştir. Nitekim sadece usulî bir değişikliğin yapıldığı gerekçesiyle, söz konusu ilkenin uygulanmasını dar bir kalıba sığdırmak; hukuk devleti ilkesi çerçevesinde isabetli olmayacaktır<sup>143</sup>.*

Öte yandan, yürürlüğe giren sonraki tarihli kanunda önceki kanundan farklı olarak bir geçiş prosedürü öngörülmüşse ve kişinin bu prosedüre tabi olması temel hak ve hürriyetleri yönünden onun lehine bir sonuç yaratacaksa; bu durumda yeni kanunun lehe olduğu kabul edilecektir. Örneğin, bu konuda verilen Danıştay kararında belirtildiği üzere, “*olayda; idari yaptırım kararının dayanağı olan Yönetmelik hükmünün; 20/12/2014 tarih ve 29211 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Sanayi Kaynaklı Hava Kirliliğinin Kontrolü Yönetmeliği değişikliği ile; ‘Tank üzerinde bulunan numune alma noktalarının ve seviye ölçüm cihazlarının kapaklarının kapalı tutulması sağlanmalı ve otomatik numune alma sistemine 01/01/2018’e kadar geçilmelidir’ hükmü kapsamında yeniden düzenlendiği, anılan sistemin kurulması için 2018’e kadar geçiş süresi verildiği ve yeni düzenleme ile davacı lehine hüküm getirildiği görülmektedir. Bu durumda; davacı şirkete para cezası verilmesine ilişkin idari yaptırım kararında hukuka uyarlık bulunmamaktadır<sup>144</sup>”.* Dolayısıyla idari yaptırımlar yönünden lehe hükmün varlığı saptanırken; usul kavramıyla bağlantılı olarak

---

<sup>142</sup> DİDDK. E.2020/377, K.2020/1626, T.28.09.2020, Danıştay İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.10.05.2021.

<sup>143</sup> DİDDK. E.2020/1236, K.2020/1628, T.28.09.2020, Danıştay İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.10.05.2021.

<sup>144</sup> D14D. E.2014/11071, K.2016/1104, T.24.02.2016, (Karşı oy görüşü), Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.10.05.2021.

işlemin yapılması sürecinde izlenen yollar<sup>145</sup> ve buna dair hukuki düzenlemelerin etkisi geniş biçimde ele alınmalıdır.

### C. İdari Yaptırımın Türünün Değişmesi

İdari yaptırım kararlarının tesis edilmesi bakımından, kabahat teşkil eden fiilin “*unsurlarının zorlaşacak biçimde değiştirilmesi*” failin lehine olan yeni durumun uygulanmasını gerektirmektedir<sup>146</sup>. Bu bağlamda, idari yaptırım türünün değiştirilmesi neticesinde fiilin işlenmesinin görece zorlaştığından bahsediliyorsa; lehe hükmün uygulanması ilkesi geçerli olacaktır. Bu doğrultuda, yargı mercii tarafından lehe hükmün varlığı saptanırken her iki kanunun ilgili hükmünün ele alınarak sonuçlarıyla birlikte -karşılaştırmalı olarak- değerlendirilmesi gerekecektir<sup>147</sup>. Örneğin, daha önce ilgili faaliyetin icrasına ilişkin geçici bir süre durdurma yaptırımının uygulanmasını gerektiren kabahat teşkil eden bir fiil, sonradan yürürlüğe giren kanun neticesinde idari para cezasının verilmesinin öngörüldüğü biçimde değiştirilmiş olabilir<sup>148</sup>. Yahut önceki kanunda fiilin işlenmesi neticesinde geçici bir süre faaliyetin icrasının durdurulması kararının verilmesini sonuçlayan bir düzenleme; sonradan, fiilin işlenmesi neticesinde uyarı niteliğindeki bir idari yaptırımın verilmesini gerektiren şekilde yeniden ele alınmış olabilir<sup>149</sup>. Keza, önceki yasal düzenlemede belirli süre faaliyetin durdurulması yaptırımı, aynı süre dahilinde yeni iş almaktan men edilmesi yaptırımına dönüşmüş olabilir<sup>150</sup>. Ayrıca disiplin cezaları bakımından da “*sürelili durdurma cezasının aylık kesimi cezasına dönüştürülmesi*”<sup>151</sup>, “*meslekten çıkarma cezasının süreli durdurma cezasına*

<sup>145</sup> Azrak, A. Ülkü, “Umumi İdari Usul ve Kodifikasyonu Meselesi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 33, Sayı: 1-2, 1967, s. 67.

<sup>146</sup> Zafer/Pamuk/Çakır, s. 8.

<sup>147</sup> Gündüz, s. 42.

<sup>148</sup> Bkz. D6D. E.2014/8079, K.2019/1742, T.27.03.2019, Danıştay Kararlar Dergisi, Sayı: 2, s. 177.

<sup>149</sup> D15D. E.2013/2164, K.2014/3688, T.13.05.2014, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.10.05.2021.

<sup>150</sup> D1DDK. E.2018/4602, K.2019/1156, T.18.03.2019, Danıştay Kararlar Dergisi, Sayı: 2, s. 70.

<sup>151</sup> D5D. E.2016/26616, K.2018/13076, T.03.04.2018, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.10.05.2021.

*dönüştürülmesi<sup>152</sup>”, “üç günlük aylık kesimi cezasının kınama cezasına dönüştürülmesi<sup>153</sup>”, “belirli süreli aylık kesimi cezasının uyarma cezasına dönüştürülmesi<sup>154</sup>”, halleri söz konusu olabilir.*

İdari yaptırım türünün sonradan yürürlüğe giren kanunla değişmesi hallerinde, işlenen fiil neticesine kanunda yine belli bir idari yaptırım kararının uygulanması sonucu bağlanmışsa da bu yaptırımın türü açısından farklılaşma söz konusudur<sup>155</sup>. Bu farklılaşma, “*ağırlık yönünden bir değerlendirme*” yapılmak suretiyle değer kazanacaktır<sup>156</sup>. Bu açıdan öncelikle ilgili kanunda bu hususa yönelik bir geçiş hükmü varsa; bunun uygulanması gerekecektir<sup>157</sup>. Şayet, böyle bir geçiş hükmü öngörülmemişse her iki kanunun ilgili maddelerinin birlikte uygulanması suretiyle bir değerlendirme yapılması gerekecektir. Örneğin, Danıştay’ın bu konuda vermiş olduğu karara göre, “*6112 sayılı Kanun’da bu fiile ancak idarî para cezası verilebileceği ve yaptırım ağırlığı olarak Anayasal bir hak olan düşüncüyü açıklama ve yayma hürriyetini sınırlayan program yayını durdurma yaptırımının, para cezası yaptırımını ile kıyaslandığında davacının aleyhine olduğunun Kanun koyucu tarafından yeni yürürlüğe giren kanunda da kabul edilmesi karşısında, lehe düzenleme olan idarî para cezası yaptırımının davacı yayın kuruluşuna uygulanması gerektiği<sup>158</sup>*” neticesine varılmıştır.

Bu konuda Danıştay’ın vermiş olduğu bir başka karara göre, “*davacı şirkete ait özel hastanenin 10 gün süreyle poliklinik faaliyetlerinin durdurulmasına ilişkin idari yaptırımın dayanağı olan Yönetmeliğin ekinde yer alan Ek-2 sayılı Müeyyide Formuna 5’inci maddesinden son-*

---

<sup>152</sup> D5D. E.2019/5852, K.2020/5310, T.23.11.2020, Danıştay İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.10.05.2021.

<sup>153</sup> D5D. E.2016/16145, K.2018/12011, T.15.03.2018, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.10.05.2021.

<sup>154</sup> D5D. E.2016/17170, K.2018/13208, T.09.04.2018, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.10.05.2021.

<sup>155</sup> D13D. E.2019/3255, K.2020/664, T.27.02.2020, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.10.05.2021.

<sup>156</sup> D13D. E.2016/2436, K.2016/3201, T.10.10.2016, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.10.05.2021.

<sup>157</sup> Çağlayan, s. 136.

<sup>158</sup> D13D. E.2015/2649, K.2015/2816, T.02.07.2015, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.10.05.2021.

ra gelmek üzere 6'ncı madde eklenerek tespit edilen aykırı davranışlarla müeyyidesi ilk iki tespitite idarî para cezası ile cezalandırma olarak değiştirildiği, bir yıl içinde üçüncü kez fiilin tekrarı halinde ise poliklinik faaliyetlerinin beş gün süreyle durdurulması şeklinde lehe bir düzenlemeye gidildiği ve yukarıda belirtilen gerekçeyle davacının lehe uygulamadan faydalandırılması gerektiği<sup>159</sup> sonucuna ulaşmıştır. Bu gibi idari yaptırımın uygulanmasının kademeli biçimde değişikliğe uğradığı durumlarda da lehe hükmün uygulanması durumu ortaya çıkabilmektedir. Bunun yanında Gündüz'e göre, idari yaptırım türünün değiştiği hallerde somut olay özellikleri çerçevesinde kişinin subjektif durumu gözetilmek suretiyle bir değerlendirme yapılması gerekmektedir<sup>160</sup>. Bu çerçevede, kişi bakımından doğurduğu sonuçların her kişi özelinde değerlendirilmesi lehe hükmün hangisi olduğunun tespiti açısından önem arz etmektedir.

Belirtmek gerekirse, kişinin fiili neticesinde öngörülen idari yaptırımın türünün değişmesi kendi içinde iki ayrı aşamanın bir bütün olarak gözükmesine de sebebiyet vermektedir. Şöyle ki; (i). hukuka aykırı tutum veya davranış karşılığında kanunda öngörülen mevcut idari yaptırımın kaldırılması, (ii). yeni tür idari yaptırımın belirtilmesi. Bu açıdan sadece birinci öncül, kişinin lehine olmakla birlikte, ikinci öncül kişinin aleyhine (yeni bir idari yaptırımın öngörülmesi) olacak şekilde değerlendirilebilir. Esasen süreçler ayrıldığında bu sonuca varmak mümkündür<sup>161</sup>. Ne var ki, bu durumun bir bütün olarak yorumlanması ve değerlendirme aşamasında da önceki düzenleme ve sonraki düzenlemenin son hallerinin ele alınması gerekmektedir. Aksi takdirde, kabahat teşkil eden fiil neticesinde kişiye yönelik yaptırım uygulanması imkansız hale gelebilir ki<sup>162</sup>; 5236 sayılı Kanun kapsamında bu varsayım isabetli olmayacaktır.

---

<sup>159</sup> D15D. E.2015/204, K.2015/2792, T.12.05.2015, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.10.05.2021.

<sup>160</sup> Gündüz, s. 42.

<sup>161</sup> Yılmaz, Sibel, "Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru Kararlarında İdari Yaptırımlar", Kabahatler Hukuku Yazıları-I, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 251.

<sup>162</sup> Yılmaz, s. 251.

#### D. Kişi Yönünden Aleyhe Değişikliğin Ortaya Çıkması

Sonradan yürürlüğe giren kanunun aleyhe düzenleme içermesi durumunda ne şekilde hareket edileceğinin çözümlenmesi için, “*aleyhe kanunun geçmişe etkili olmamasından (geçmişe yürüme yasağı)*”<sup>163</sup> yararlanılacaktır. Bu durumda, idari yaptırımların uygulanması noktasında, kişinin aleyhine düzenleme içeren sonraki kanun hükümlerinin uygulanması değil ve fakat önceki kanun hükmünün uygulanması söz konusu olmaktadır<sup>164</sup>. Başka bir deyişle, idari makamlar sonradan yürürlüğe giren kanunda öngörülen daha ağır yaptırım ile önceki idari yaptırımı yer değiştiremez<sup>165</sup>. Gerçekten, aleyhe hükümün kişiye etkili olacak biçimde geriye etkili olarak yürütülmesi; lehe hükümün uygulanması ilkesine ayrılık teşkil edecektir<sup>166</sup>. Dolayısıyla idari cezanın hafifletilmesi durumunun tersi biçimde kabahatin suç olarak düzenlenmesi halinde aleyhe olan yeni kanun hükmünün uygulanması düşünülemeyecektir<sup>167</sup>. Bu doğrultuda çeşitli ihtimaller gündeme gelebilir. Doktrinde Rençber bu halleri, “*birinci durum fiilin işlendiği sırada suç/kabahat teşkil etmeyen bir fiilin daha sonra yapılan düzenlemelerle suç/kabahat teşkil etmesi, ikinci durum, sonradan yürürlüğe giren kanunun, önceki kanuna göre daha ağır nitelikte yaptırım getirmesi son durum ise yeni kanunda aynı nitelikte bir yaptırımın nicelik bakımından daha ağır olarak düzenlenmesi hali*”<sup>168</sup> şeklinde ifade etmiştir. Öncelikle belirtmek gerekir ki; yürürlükteki kanuna göre kabahat teşkil etmeyen bir fiil sonraki yasal düzenlemenin yürürlüğe girmesiyle idari yaptırım uygulanması gerektiren bir niteliğe bürünürse; bu durumda kişiye önceki fiilinden dolayı idari yaptırım kararı verilmesi düşünül-

<sup>163</sup> Özen, s. 50.

<sup>164</sup> Özey, İdari Yaptırımlar, s. 65.

<sup>165</sup> CE. 14 decembré 1949, Demangeot, aktaran; Carbajo, Joël, L'application dans le temps des décisions administratives exécutoires, LGDJ, Paris, 1980, s. 158.

<sup>166</sup> Özkan, s. 182. Alman hukukunda bu prensibin ne şekilde uygulandığı hakkında bkz. Dursun, Hasan, “Almanya’da İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesinin Uygulanması”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Yıl: 5, Sayı: 9, 2017, s. 227; Katoğlu, s. 1026.

<sup>167</sup> Katoğlu, s. 1026.

<sup>168</sup> Rençber, Altan, Kabahat Genel Teorisi Açısından Vergi Kabahatleri, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 248.

lemeyecektir<sup>169</sup>. Bunun yanında, idari yaptırım kararı verilmesine ilişkin olarak yeni yasal düzenlemeyle idareye takdir yetkisi bırakılması ve bu kapsamda cezanın üst sınırının içeriği itibarıyla artırılması da aleyhe düzenleme halini teşkil edebilmektedir. Nitekim Danıştay kararına konu uyuşmazlıkta önceki yasal düzenlemede idari makama takdir yetkisi tanınmasına karşın; yeni yasal düzenlemede idari para cezasının maktu şekilde belirlenmesinin kişinin lehine olduğu ifade edilmiştir<sup>170</sup>. Nihayet, Danıştay kararlarında ifade edildiği üzere; “*Ceza hukukunda genel kural, suçun işlendiği tarihte yürürlükte bulunan kanunun uygulanmasıdır. Sonradan yürürlüğe giren bir kanunun, yürürlük tarihinden önce işlenen suçlara tatbik edilebilmesi, ancak lehe sonuçlar doğurması durumunda mümkündür. Önceki ve sonraki kanunlara göre hükmedilecek cezalar ve güvenlik tedbirleri aynı ise, suç tarihinden sonra yürürlüğe giren kanunun uygulanmasına imkân bulunmamaktadır*”<sup>171</sup>’.

## VII. Sonuç

İdari yaptırımlar, kişilerin kanunda öngörülen hukuka aykırı fiillerinin karşılığı olarak, idarenin kamu gücü kullanımını neticesinde tesis edilen idari işlemlerdir. Bu anlamda organik açıdan idarenin hukuki tasarrufu olan idari yaptırım kararları, belirli hallerde kişilerin toplumsal düzeni bozan fiil ve davranışlarından dolayı cezalandırma

<sup>169</sup> Bekar, Elif, “Kabahatler Kanunu’nun Genel Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (Prof. Dr. İl Han Özay’a Armağan), Cilt: 69, Sayı: 1-2, 2011, s. 1040.

<sup>170</sup> D6D. E.2008/10156, K.2010/7955, T.15.09.2010, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.10.05.2021. Bununla birlikte, burada “*kategorik*” bir yaklaşımdan kaçınmak gerekir. Zira bahsedilen husus bir ihtimal kapsamında ele alınmıştır; örneğin, önceki yasal düzenlemede verilecek cezanın içeriği, sonraki yasal düzenlemede belirlenen maktu değerden daha düşük de olabilir. Bu nedenle somut olaya göre uygulanan idari cezanın her iki düzenleme kapsamında objektif biçimde değerlendirilerek karşılaştırılması gerekecektir. Bkz. Kangal, s. 120.

<sup>171</sup> DİDDK. E.2020/771, K.2020/1630, T.28.09.2020, Danıştay İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.10.05.2021; D13D. E.2014/1933, K.2019/3711, T.19.11.2019, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.10.05.2021; D13D. E.2014/2086, K.2020/1809, T.07.07.2020, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.10.05.2021.

ögesini de barındırmaktadır. Bu yönüyle toplumsal düzeni ihlal eden fiil neticesinde giderici, onarıcı nitelikte olmaktan ziyade cezalandırma maksadını güden idari cezalar idari yaptırımların bir türünü teşkil etmektedir. Bu doğrultuda, içerdiği cezalandırma ögesinden hareketle idari cezalar bakımından ceza hukuku ilkelerinin geçerlilik arz edeceğinden bahsedilebilir. Bu ilkelerden biri olan lehe kanunun uygulanması prensibi de yargı içtihatlarında idari cezalar ve disiplin cezaları yönünden geçerli kabul edilmektedir. Esasen idari tedbirlerin cezalandırma maksadına yönelmemesi göz önüne alındığında lehe kanunun uygulanması ilkesinin geçerlilik alanı bakımından idari yaptırım türleri arasında farklılık söz konusu olmaktadır. Bunun yanında idari cezalar ve disiplin cezaları yönünden lehe kanun hükmünün uygulanacağı benimsenmişse de bunun ne şekilde uygulanacağı ya da neyin lehe olduğu net biçimde ortaya konulmamıştır. Bu açıdan yargı kararlarına bakma gereksinimi ortaya çıkmaktadır.

Konuyla ilgili olarak Danıştay kararlarına bakıldığında; idari ceza verilmesini öngören kanun hükmünün ilga edilmesi ya da Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi durumlarında lehe olan durumun ilgili kişi yönünden uygulanması gerektiği ifade edilmiştir. Şüphesiz, bu durumda dahi söz konusu ilkenin uygulanabilmesi için idari cezanın uygulanmasının tamamlanmamış olması gerekmektedir. Bu durum, hukuk devletinin alt ilkelerinden olan hukuki güvenlik ve belirlilik ilkeleri yönünden de önem arz etmektedir. Bunun yanında, sonradan ihdas edilen kanunun yeni bir usulî müessese öngörmesi ya da o kanun hükmüyle idari yaptırımın türünün değişmesi, içeriği itibarıyla cezanın hafifletilmesi gündeme gelebilir. Bu gibi durumlarda somut olayın özellikleri de gözetilerek yargı mercii tarafından karar verilmesi gerekmektedir. Danıştay kararlarında, idari cezaların içeriği itibarıyla hafifletildiği durumlarda bu ilkenin uygulanması açık biçimde kabul edilmiştir. Bununla birlikte, yeni kanun hükmüyle idari yaptırımın türünün değiştiği hallerde; iki kanun arasında kıyaslama yapılmakta ve faaliyetin belirli bir süre durdurulmasına neden olan yaptırımlara nazaran idari para cezalarının daha hafif olduğu ve ilgilisi yönünden daha lehe olacağı ifade edilmiştir.



Yeni bir usulî müessesenin öngörüldüğü durumlarda ise; şayet, bu yeni prosedüre uyulması kişi bakımından idari cezanın verilmesine yönelik bir imkan oluşturuyorsa, bu durumda lehe kanunun uygulanması halinden bahsedilebilecektir. Bununla birlikte, Danıştay'ın idari cezanın verilmesini etkilemeyecek nitelikteki usulî değişikliklerin tek başına bu ilkenin uygulanması için yeterli olmayacağına dair kararları da mevcuttur. Nihayet, kişinin aleyhine bir yasal düzenleme ihdas edilirse ve idari cezanın uygulanması tamamlanmışsa bu durumda lehe olan eski kanun hükmünü uygulamak icap edecektir. Bu durumun belirlenememesi, kişinin yönünden aleyhe olan idari cezanın uygulanmasına neden olacağından mülkiyet hakkı ve çalışma özgürlüğü gibi temel hak ve hürriyetlerini etkileyecektir. Bu bakımdan, hangi kanunun lehe olup olmadığı konusunda yapılacak incelemenin idari yargılama hukukunda yargı mercii tarafından resen belirleneceği ve bunun da hukuk devleti ilkesinin sağlanması yönünden işlevsel nitelikte olduğu ifade edilebilecektir.

### **KAYNAKÇA**

- Akıllıoğlu, Tekin, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarına Göre Yönetim ve İnsan Hakları", 2000 Yılında İdari Yargı Sempozyumu, Danıştay Yayınları, Ankara, 2000, (ss. 117-138).
- Ayatar Kızılyar, Sema, "Ceza Yaptırımı ile İdari Yaptırım Ayrımı", Yaşar Üniversitesi E-Dergi, Cilt: 8, Özel Sayı, 2013, (ss. 1637-1668).
- Ayaydın, Cem, İdare Hukuku'na Giriş (II), Yenilik Yayınevi, İstanbul, 2008.
- Azrak, A. Ülkü, "Umumi İdari Usul ve Kodifikasyonu Meselesi", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 33, Sayı: 1-2, 1967, (ss. 66-82).
- Balta, T. Bekir, İdare Hukukuna Giriş, TODAİE Yayınları, Ankara, 1970.
- Bekar, Elif, "Kabahatler Kanunu'nun Genel Hükümlerinin Değerlendirilmesi", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (Prof.

- Dr. İl Han Özay'a Armağan), Cilt: 69, Sayı: 1-2, 2011, (ss. 1033-1050).
- Bulut, Metin, "Kamu Görevlileri Disiplin Hukukunda Kanunilik İlkesini Yeniden Düşünmek", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Yıl: 6, Sayı: 12, 2018, (ss. 227-278).
- Can, Osman, "Belirlilik İlkesine Anayasal Bakış", Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 1-2, 2005, (ss. 89-125).
- Carbajo, Joël, L'application dans le temps des décisions administratives exécutoires, LGDJ, Paris, 1980.
- Collet, Martin, Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes, LGDJ, Paris, 2003.
- Cremer, Wolfram, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İdarî Ceza Hukuku" (çev. Nart, Serdar), İstanbul Kültür Üniversitesi İdarî Ceza Hukuku Sempozyumu (Ed. Uluşan, İlhan/Başaran Yavaşlar, Funda), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, (ss. 173-184).
- Çağlar, Selda, Hukuk Devletin Hukuki Belirlilik İlkesi Üzerinden Değerlendirilmesi, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- Çağlayan, Ramazan, İdarî Yaptırımlar Hukuku (Kabahatler Hukuku Yorumu), Asil Yayıncılık, Ankara, 2006.
- De Béchillon, Denys, Qu'est-ce qu'une règle de droit?, Éditions Odile Jacob, Paris, 1997.
- De Laubadere, André/Gaudemet, Yves, Traité de droit administratif: Tome-I, 16. édition, LGDJ, Paris, 2001.
- Dellis, Georges, Droit pénal et droit administratif: l'influence des principes du droit pénal sur le droit administratif répressif, LGDJ, Paris, 1997.
- Demichel, André, Le contrôle de l'État sur les organismes privés: essai d'une théorie générale, LGDJ, Paris, 1960.

- Dursun, Hasan, “Almanya’da İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesinin Uygulanması”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Yıl: 5, Sayı: 9, 2017, (ss. 203-246).
- Ekinci, Murat, “Ceza Hukuku İlkeleri Açısından İdari Yaptırımlar”, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 2017/3, 2017, (ss. 19-54).
- Erkut, Celal, “Tespit Davasının İdarî Bir Dava Türü Olarak Kabul Edilip Edilemeyeceği Sorununa Uyuşmazlık Mahkemesinin Yaklaşımı”, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Cilt: 11, Sayı: 1-3, 1990, (ss. 6-17).
- Evren, Çınar Can, “Kabahatlerde Kanunilik İlkesi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (Prof. Dr. İl Han Özyay’a Armağan), Cilt: 69, Sayı: 1-2, 2011, (ss. 967-1001).
- Evren, Çınar Can, Düzenleyici ve Denetleyici Kurumlar Özelinde İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi, Savaş Yayınevi, Ankara, 2020.
- Fouquet, Olivier, Jurisprudence fiscale: Cumul des sanctions fiscales et penales, La Revue administrative, No: 296, 1997, (ss. 170-171).
- Güçlü, Yaşar, İdari Para Cezaları ve Diğer İdari Yaptırımlar, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- Gülan, Aydın, “Kanun Değişikliğiyle İdari Para Cezası Verilmeden Önce “Uyarı” Şartı Getirilmesi, Kimi Durumlarda Görülmekte Olan İptal Davasını Etkileyecek Lehe Bir Düzenleme Sayılabilir Mi?”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan), Cilt: 21, Özel Sayı, 2019, (ss. 2953-2960).
- Günday, Metin, İdare Hukuku, 11. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2017.
- Gündüz, F. Ebru, “İdari Yaptırımların Zaman Bakımından Uygulanması”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl: 8, Sayı: 32, 2017, (ss. 33-60).
- Kağıtçıoğlu, Mutlu, “İdarenin Ekonomik Kolluk Faaliyetinin Bir Görünümü: Sermaye Piyasası Kanununda İdari Tedbirler”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Prof.

- Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan), Cilt: 22, Sayı: 3, 2016, (ss. 3323-3351).
- Kangal, Zeynel T., Kabahatler Hukuku, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- Karabulut, Mustafa, İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008.
- Katoğlu, Tuğrul, "Kabahatler ve Zaman Yönünden Uygulamaya İlişkin Kimi Sorunlar", Haluk Konuralp Anısına Armağan Cilt-II, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2009, (ss. 1020-1034).
- Léost, Raymond. Les sanctions administratives dans le domaine de la nature, Revue Juridique de l'Environnement, numéro spécial, 2008, (ss. 51-55).
- Mahmutoğlu, F. Selami, Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi ve Düzene Aykırılıklar Hukukunda (İdari Ceza Hukukunda) Yaptırım Rejimi, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1995.
- Memiş, Emin, Genel İdare Hukuku, 2. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017.
- Oder, Burak/Ayanoğlu, Taner, "Yorum ve Tespit Davaları", İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırmalı İdari Yargılama Usulü Danıştay 133. Yıl Sempozyumu, Danıştay Yayınları, Ankara, 2003, (ss. 105-140).
- Odyakmaz, Zehra/Keskin, Bayram, "Kamu Görevlilerinin Meslekten Çıkarılmalarında Uygulanan Kriterlerin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadı Bağlamında Değerlendirilmesi", Prof. Dr. Metin Günday Armağanı Cilt-II, Atılım Üniversitesi Yayınları, Ankara, 2020, (ss. 917-962).
- Oğurlu, Yücel, İdarî Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma (İdari Ceza Hukuku ve İdari Cezalara Karşı Başvuru Yolları), 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2001.
- Oğurlu, Yücel, "Tarihi "Ahi Birlikleri"nden Çağdaş 'Kamu Kurumu Niteliğindeki Meslek Kuruluşları'na İzdüşümler: Mesleki Dayanışma, Disiplin ve İdari Yaptırımlar", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl: 16, Sayı: 32, 2017, (ss. 77-93).

- Ohana, Daniel, "Administrative Penalties in the Rechtsstaat: On the Emergence of the Ordnungswidrigkeit Sanctioning System in Post-War Germany", *The University of Toronto Law Journal*, Vol.: 64, No: 2, 2014, (ss. 243-290).
- Özay, İl Han, *İdari Yaptırımlar (Kuramsal Bir Deneme)*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1985.
- Özay, İl Han, "Adli Kolluk-İdari Kolluk", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (Prof. Dr. Füsün Sokullu-Akıncı'ya Armağan), Cilt: 71, Sayı: 1, 2013, (ss. 947-961).
- Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- Özdemir, Selman, "İmar Para Cezaları Özelinde İdarî Yaptırımların Zaman Bakımından Uygulanması", *Türk İdare Dergisi*, Sayı: 473, 2011, (ss. 113-132).
- Özdemir, Selman, "Yapı Denetim Kuruluşuna İmar Kanunu Kapsamında Para Cezası Verilip Verilemeyeceği Hakkında Bir İnceleme: Yapı Denetim Kuruluşlarının Fennî Mesuliyet Sorumlulukları", *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 3, Sayı: 2, 2020, (ss. 182-207).
- Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- Özkan, Gürsel, "İdari Yaptırımlar, Lehe Kanun Uygulaması ve Yargıya Güven", *International Conference On Eurasian Economies 2020*, Beykent Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2020, (ss. 175-185).
- Paulitat, Hélène, "Bağımsız İdari Otoritelerin Yaptırım Yetkisi" (çev. Göçer, Mahmut), *Bağımsız İdari Otoriteler* (Ed. Kaboğlu, İbrahim Ö.), Alkım Kitabevi, İstanbul, 1998, (ss. 145-153).
- Rençber, Altan, *Kabahat Genel Teorisi Açısından Vergi Kabahatleri*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- Rosenfeld, Emmanuel/Veil, Jean, "Sanctions Administratives, Sanctions Pénales", *Pouvoirs*, No: 128, 2009, (ss. 61-73).
- Sancakdar, Oğuz, "İdari Cezaların Yaptırımlar Teorisindeki Yeri ve Türk Hukuku'ndaki Anayasal Temelleri", İstanbul Kültür Üni-

- versitesi İdari Ceza Hukuku Sempozyumu (Ed. Ulusan, İlhan/Başaran Yavaşlar, Funda), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, (ss. 59-110).
- Sancakdar, Oğuz/Altınok Çalışkan Elif/Dursun, Gizem/Seyhan, Serkan/Yağcı, Pınar, Disiplin Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019.
- Söyler, Yasin, "Fahiş Fiyat Artışlarına Karşı İdari Yaptırım Uygulanmasında Yetki Çatışması", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 79, Sayı: 1, 2021, (ss. 211-248).
- Sürbehan, Sadrettin, "İdarî Müeyyide ve İdarî Ceza Hukuku", Türk İdare Dergisi, Yıl: 42, Sayı: 378, 1971, (ss. 128-152).
- Taşdöğen, Salih, "İdari Yaptırım Kararlarının Hukuki Niteliği ve Unsurları", Kabahatler Hukuku Yazıları-I (Ed. Kangal, Zeynel T.), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, (ss. 149-180).
- Thomasset-Pierre, Sylvie, L'autorité de régulation boursière face aux garanties processuelles fondamentales, LGDJ, Paris, 2003.
- Uler, Yıldırım, "Anayasa Mahkemesi İptal Kararları Geri Yürür", Bahri Savcı'ya Armağan, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları, Ankara, 1988, (ss. 515-534).
- Ulusoy, Ali D., "İdare Ceza Hukuku'nun İşlevi ve Hukuk Düzeni İçindeki Yeri", İstanbul Kültür Üniversitesi İdari Ceza Hukuku Sempozyumu (Ed. Ulusan, İlhan/Başaran Yavaşlar), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, (ss. 43-58).
- Ulusoy, Ali D., İdari Yaptırımlar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- Ulusoy, Ali D., "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin İdari Yaptırımlara Bakışı", Yıldırım Uler'e Armağan, Yakın Doğu Üniversitesi Yayınları, Lefkoşa, 2014, (ss. 635-644).
- Ünyılmaz, Habip, "Kabahatler Hukukunda Kanunilik İlkesi", Kabahatler Hukuku Yazıları-I (Ed. Kangal, Zeynel T.), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, (ss. 73-100).

- Yıldırım, Turan, “İdari Usul Yasası Kapsamında İdareye Başvuru”, İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyum Bildiriler Kitabı, Başbakanlık Basımevi, Ankara, 1998, (ss. 247-253).
- Yılmaz, Sibel, “Anayasa Mahkemesi’nin Bireysel Başvuru Kararlarında İdari Yaptırımlar”, Kabahatler Hukuku Yazıları-I, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, (ss. 223-279).
- Yurtcan, Erdener, Yargıtay Kararları Işığında Kabahatler Kanunu ve Yorumu, 2. Baskı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2016.
- Zafer, Hamide/Pamuk, Gülfem/Çakır, Kerim, Gerekeçeli-Açıklamalı-İçtihatlı Kabahatler Kanunu, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2014.
- Zanobini, Guido, İdari Müeyyideler (çev. Günal, H. Yılmaz), Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1964.

#### **YARARLANILAN ELEKTRONİK KAYNAKLAR**

- <http://hudoc.echr.coe.int>
- <https://www.danistay.gov.tr>
- <https://legalbank.net>
- <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi>
- <https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/arianeweb2>
- <https://www.lexpera.com.tr>

## **AMME ALACAKLARININ (ÖZELDE VERGİLERİN) KORUNMASINDA BİR YÖNTEM: TEMİNAT İSTEME**

*A Method for The Protection of Public Receivables (Esspecialy Taxes): Requesting Collateral*

**Dr. Öğr. Üyesi Mehmet KÜÇÜKKAYA\***

### **Özet**

6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun (AATUHK)'da kamu alacaklarının tahsilini garantiye almak veya kolaylaştırmak amacıyla getirilen güvenlik önlemlerinde biri de teminat istemektir. Teminat genel olarak, kamu idaresinin gelecekte doğabilecek risklere karşı kamu alacağını güvence altına almaya yönelik bir koruma tedbiridir. Teminat, kanunda belirtilen bazı şartların gerçekleşmesi durumunda mahkeme kararına gerek duyulmadan alacaklı tahsil dairesince istenmektedir. Teminat istenmesi, muhatabının hukuki durumunu özellikle mülkiyet hakkını etkileyip bazı neticeler doğurduğundan bir idari işlemdir. Teminat istenmesi sürecinin başlaması, bazı durumlarda ilgili hakkında ihtiyati haciz ve ihtiyati tahakkukla da neticelenmektedir. Çalışmamızda kamu alacaklarını korumaya yönelik olarak düzenlenmiş bulunan teminat kurumunun

---

\* Harran Üniversitesi, İİBF, Maliye Bölümü, Mali Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi  
E-Posta: mkkaya@harran.edu.tr,  
ORCID:0000-0002-0254-4656



işletilebilmesi için gerekli olan şartları, özellikle teminat istenmesini gerektiren sebepleri kanun, öğreti ve yargı kararları bağlamında ele alarak tespit etmek ve değerlendirmelerde bulunmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Kamu alacağı, Koruma önlemleri, Teminat, Teminat isteme sebepleri, Dava açma

### **Abstract**

One of the security measures introduced in the Law No. 6183 on Collection Procedure of Public Receivables to ensure or facilitate the collection of public receivables is to request collateral. In general, collateral is a protection measure for the public administration to secure the public receivables against the risks that may arise in the future. The collateral is requested by the creditor collection office without the need for a court decision in the event that certain conditions specified in the law are fulfilled. Requesting a guarantee is an administrative action, as it affects the legal status of the addressee, especially the property right, and has some consequences. The initiation of the process of requesting collateral also results in a precautionary lien and precautionary accrual in some cases. In our study, necessary conditions for the functioning of the guarantee institution, which is arranged to protect public receivables, are determined and evaluated by considering the reasons that require collateral, especially in the context of laws, doctrines and judicial decisions.

**Key Words:** Public receivables, Measures of protection, Collateral, Reasons for requesting collateral, Sue

## **Giriş**

Kamu hizmetlerinin finansmanında kullanılan kamu gelirlerinin, kanunlarında belirtilen zaman ve şekilde ödenmesi/tahsil edilmesi, süreklilik arz eden bu hizmetlerin aksamadan ve zamanında yerine getirilmesi açısından son derece önemlidir.<sup>1</sup>

Devletin alacaklı olduğu durumlarda, özel hukuktaki alacaklılar ile mukayese edildiğinde alacağını takip etme noktasında dinamik bir yapıya sahip olmaması, bu alacaklara yüklenen misyonların toplumun genelini ilgilendirmesi, kamu alacaklarının korunması ve tahsilinin hızlandırılması amacıyla farklı kanunlarda, kamu alacaklarına (alacaklı idareye) bazı imtiyazlar tanınmıştır.<sup>2</sup> Bu düşünceyle kanun koyucu, kamu alacakları için kural olarak özel hukuktan kaynaklanan alacak/borç ilişkilerinin takibinde uygulanan 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu yerine/yanına 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun (AATUHK)'u kabul ederek yürürlüğe koymuştur.<sup>3</sup>

Vergi/kamu borcunun, ilgisince zamanında ödenmemesi durumunda, alacaklı tahsil dairesi bu alacağını takip ve tahsil etmek zorundadır. Kamu alacağının tahsil dairesince cebren (haciz veya iflas yoluyla) alınabilmesi için izlenmesi ve tamamlanması gereken oldukça uzun bir süreç bulunmaktadır. Bu sürecin safhalarında (eğer kamu alacağını korumaya yönelik güvenlik önlemleri olmamış olsa veya olan önlemler uygulanmazsa) kural olarak kamu borçlusunun malvarlığı üzerinde fiili ve hukuki tasarrufta bulunabilmek için işlem tesis etme yetkisi devam etmektedir. Kamu borcunu kısmen veya tamamen ödemek istemeyen kötü niyetli biri, bu niyetini alacaklı tahsil dairesi-

---

<sup>1</sup> S. Binnur Çelik, **Kamu Alacaklarının Takip ve Tahsil Hukuku(Vergi İcra Hukuku)**, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 35; Erdoğan Öner, **Vergi Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, 5. Baskı, Ankara, 2015, s. 170; S. Ateş, Oktar, **Vergi Hukuku**, Türkmen Kitabevi, 12. Baskı, İstanbul, 2017, s. 303

<sup>2</sup> Doğan, Şenyüz, "İflasta Vergi Alacakları ve Sırası", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:67, Sayı: 4, 2018, s. 891

<sup>3</sup> 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu kural olarak özel hukuktan kaynaklanan alacak borç ilişkilerine uygulanmak üzere kabul edilmişse de 6183 sayılı AATUHK'nun kimi maddelerinin yapmış olduğu atıf nedeniyle örneğin iflasa ilişkin hükümleri amme alacakları hakkında da uygulanmaktadır.

nin aleyhine sonuç doğuracak şekilde kullanarak, cebri icra takibinin sonuçsuz kalmasına neden olabilir.<sup>4</sup>

Kamu alacakları açısından, alacağın tehlikeye girmesiyle tahsil aşamasının gelmesini bekleyip, ödemenin gerçekleşmemesi halinde cebri icra yoluna gitmenin yanında, duruma göre kamu alacağını koruyucu bazı önlemlere tahsil safhasından (vade tarihinden) önce de yer verilmesi, alacağın daha kısa zamanda ve tam olarak alınmasına hizmet edebilir.<sup>5</sup> Vergi kanunlarına aykırı hareket eden vergi ödevlileri, adlarına ikmalen veya re'sen tarhiyat yapıldığını veya yapılacağını öğrendikleri andan itibaren, muhtemel vergi ve/veya cezalarını karşılıksız bırakmak amacıyla malvarlıklarını farklı yöntemlerle kaçırmaya veya gizlemeye yönelebilirler. Bu niyetteki vergi ödevlileri, vergi incelemesi sırasında veya daha sonraki bir aşamada idarece bu kamu alacağının korumasına yönelik herhangi bir tedbir alınmadığını gördükleri taktirde bu niyetlerini kolaylıkla gerçekleştirebilirler.<sup>6</sup> Bu amaçla 6183 sayılı Kanun'da, kamu alacağının vade tarihinde herhangi bir sebepten dolayı tahsilinin zor veya olanaksız hale gelmemesi için belki de bu ihtimalleri de göz önünde bulundurarak bazı koruma/güvence önlemlerine yer verilmiştir.

6183 sayılı Kanun, kamu alacağının ileride herhangi bir sebeple tahsilinin zora girmesi veya imkansızlaşması ihtimaline karşı, kamu gelirlerinin gelecekteki durumunu garanti altına almak ve tahsilini kolaylaştırmak amacıyla Birinci Kısım, İkinci Bölüm altında "Amme alacaklarının korunması" başlığıyla birtakım güvence önlemlere (AATUHK. m. 9-35) yer vermektedir. Kamu alacağının korunması ve tahsilini sağlam amacıyla öngörülen bu önlemler;

- Teminat isteme (AATUHK. m. 9),
- İhtiyati haciz (AATUHK. m. 13),
- İhtiyati tahakkuk (AATUHK. m. 17),

<sup>4</sup> Doğan Şenyüz/Mehmet Yüce/Adnan Gerçek, **Vergi Hukuku**, Ekin Kitapevi, 11. Baskı, Bursa, 2020, s. 352

<sup>5</sup> Çelik, s. 35

<sup>6</sup> Öner, s. 172

- Amme alacaklarında rüçhan hakkı (AATUHK. m. 21),
- Amme alacaklarını kesip ödemek mecburiyetinde olanlar (AATUHK. m. 22),
- Amme alacağı ödenmeden yapılmayacak işlemler ile işlem yapanların sorumlulukları (AATUHK. m. 22/A),
- Tahsil edilen amme alacaklarından yapılacak reddiyat sebebiyle mahsuplar (AATUHK. m. 23),
- İptal davası açılması (AATUHK. m. 24),
- İvazsız tasarrufların hükümsüzlüğü (AATUHK. m. 27),
- Bağışlama sayılan tasarruflar (AATUHK. m. 28),
- Hükümsüz sayılan diğer tasarruflar (AATUHK. m. 29),
- Amme alacağının tahsiline imkân bırakmamak maksadıyla yapılan tasarruflar (AATUHK. m. 30),
- Üçüncü şahısların hakları ve mecburiyetleri (AATUHK. m. 31),
- Tasfiye halinde mesuliyet (AATUHK. m. 33),
- Ortaklığın feshini isteme (AATUHK. m. 34),
- Limited şirketlerin amme borçları (AATUHK. m. 35),
- Kanuni temsilcilerin sorumluluğu (AATUHK. mük. m. 35),
- Birleşme, devir, bölünme ve şekil değiştirme halleri (AATUHK. m. 36),

olarak belirlenmiştir.<sup>7</sup>

Bu çalışmada diğer bazı koruma önlemlerine de (ihtiyati haciz, ihtiyati tahakkuk) unsur/ön koşul olabilme özelliğine sahip, kamu alacaklısının tahsil zamanında karşılaşılabileceği riskleri minimize etmeyi amaçlayan koruma önlemlerinden, 6183 sayılı Kanun'un 9 ila

---

<sup>7</sup> Kamu alacaklarının güvence önlemlerinin burada sayılanların yanında mirasçılının miras bırakanın kamu borçlarından sorumluluklarının da buna dahil edilmesi gerektiğine ilişkin bak., Yusuf Karakoç, **Genel Vergi Hukuku**, Yetkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara, 2019, s. 511

12'nci maddelerinde düzenlenmiş bulunan teminat kurumunun işletilibilmesi için gerekli olan şartları kanun, öğreti ve yargı kararları bağlamında ele alınarak değerlendirmelerde bulunulacaktır.

### 1. Teminat Kavramı ve Hukuki Niteliği

Arapçadan Türkçe'ye geçen teminat kelimesi, "güvence"<sup>8</sup>; "inandırmak ve emniyet vermek için veya muhtemel zararı ödemek için verilen söz veya para" anlamına gelmektedir.<sup>9</sup> Teminat; genel olarak, borçlu veya borçlu adına üçüncü bir kişi tarafından bir borcun (maddi veya hukuki bir edim olabilir) ifa edilmesinin temini veya ifa edilmemesi durumunda alacaklının uğrayacağı zararın giderilebilmesi için alacaklıya verilen güvence veya alacaklı alınan önlem olarak tanımlanabilir.<sup>10</sup>

Kamu icra hukukunda bir güvence önlemi olarak yer alan teminatı, mali mevzuatımızda teminat adı ile anılan ve vergi kanunlarının yükümlülere tanıdığı bazı imkanlardan yararlanabilmenin bir şartı olarak istenen (örneğin, VUK m. 376; AATUHK m. 48) teminattan ayırt etmek gerekir.<sup>11</sup> Mali mevzuatta düzenlenmiş bulunan teminat, yükümlünün belli imkanlardan yararlanabilmek için vergi idaresini inandırması ve emniyet vermesi amacına hizmet ederken,<sup>12</sup> 6183 sayılı Kanunda yer alan teminat kurumu ise kamu alacaklarının tahsilini sağlamaya, bunu korumaya yönelik bir güvence önlemidir.<sup>13</sup>

6183 sayılı AATUHK'da teminata ilişkin hükümlerin yer aldığı 9 ila 12'nci maddelerinde teminatın tanımı yapılmış değildir. Kamu icra

<sup>8</sup> <https://sozluk.gov.tr/>

<sup>9</sup> Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Büyük Lügat, 1987, 981, (aktaran, Neslihan Coşkun Karadağ, "Vergi Alacağıınin Güvence Altına Alınmasında Teminat, İhtiyati Haciz ve İhtiyati Tahakkuka İlişkin Özellikli Durumlar", **Maliye Dergisi**, Sayı:162, Yıl:2012, s. 240)

<sup>10</sup> <https://anil-antonetti.com/tr/turk-hukuku-teminat/>, (10.07.2021)

<sup>11</sup> Yusuf Karakoç, **Genel Vergi Hukuku**, Yetkin Yayınları, 4. Baskı, Ankara, 2007, s. 582

<sup>12</sup> Karadağ, s. 240

<sup>13</sup> Abdurrahman Akdoğan, **Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi**, Gazi Kitabevi, 11. Baskı, Ankara, 2013, s. 88; Burcu Kuzucu Yapar, **Türk Vergi Hukukunda Kamu Alacaklarını Güvence Altına Alan Önlemler**, (Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019), s. 75

hukuku açısından teminatı, kamu alacağının tahsilinin tehlikeye düştüğü kabul edilen ve kanunda belirtilen bazı sebeplere dayanılarak, alacaklı idarenin talebi üzerine, kamu borçlusuna<sup>14</sup> tarafından yine kanunda belirtilen değerleri, borcuna karşılık olmak üzere güvence olarak göstermesi anlamına geldiği ifade edilmektedir.<sup>15</sup> Başka bir tanım ve değerlendirmeye göre ise teminat; kamu idaresinin gelecekte doğabilecek risklere karşı kamu alacağını güvence altına almaya yönelik bir koruma tedbiri olduğu; henüz kamu alacağı olma niteliği kazanmamış vergi ve cezaların, tahakkuk ettiklerinde karşılaşılabilecek tahsil imkansızlığına veya güçlüğüne karşı bir önlem olarak getirildiği ifade edilmektedir.<sup>16</sup> Anayasa Mahkemesi de bir kararında teminata ilişkin olarak: “...Kanun’un 9 ila 12’nci maddelerinde düzenlenmiş olan teminat isteme usulü, alacaklı tahsil dairesinin talebi üzerine muhtemel kamu borçlusunun mal varlığındaki kıymetlerden kendisinin seçerek belirlediği borcuna yetecek miktardaki unsuru borcuna karşılık güvence olarak göstermesidir.”<sup>17</sup> değerlendirmesinde bulunmuştur.

Kamu alacaklarının takip ve tahsiline yönelik olmak üzere yürürlüğe konulan 6183 sayılı Kanun, özel hukuktaki alacaklının kendiliğinden harekete geçip yapamayacağı bir takım hak ve yetkileri, kamu alacaklısına yani alacaklı tahsil dairesine tanımaktadır. Tanınan bu hak ve yetkilerden biri de alacaklı tahsil dairesinin Kanun çerçevesinde teminat isteyebilmesidir. Teminat istenmesini gerektirir hallerin ortaya çıkması durumunda bağlı yetki ile donatılmış olan tahsil daire-

<sup>14</sup> Kamu icra hukukunda teminata ilişkin yapılan tanımlama veya değerlendirmelerin çoğunda “kamu borçlusuna” ifadesi kullanılıyor olmasına rağmen, Anayasa Mahkemesi, 15.05.2019 tarih ve E:2018/142, K: 2019/38 sayılı kararında: “*Teminat isteme ve ihtiyati haciz konusunu henüz tarh ve tebliğ edilmemiş, dolayısıyla tahakkuk etmemiş alacaklar oluşturabilir. Tahakkuk etmemiş bu tür alacaklar yönünden kesinleşmiş bir kamu borcundan söz edilemeyeceği için anılan güvencelerin muhatabı olan mükellef ya da sorumlular henüz kamu borçlusuna değildir.*” yönündeki tespit ve değerlendirmesinin doğru olduğu düşüncesindeyiz.

<sup>15</sup> Şenyüz/Yüce/Gerçek, s. 354; Karakoç, s. 581; Çelik, s. 40

<sup>16</sup> Muharrem Özdemir/Yadigar Şenöz, “*Vergi Hukukunda Teminat Hükümlerinin Tatbiki*”, <https://www.alomaliye.com/2020/06/24/kamu-hukukunda-ihiyati-haciz-uygulamasi/>, (10.06.2021)

<sup>17</sup> Anayasa Mahkemesi, 15.05.2019 tarih ve E:2018/142, K: 2019/38 <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2019/06/20190620-8.pdf>, (10.06.2021)

sinin, Kanun hükümlerini uygulaması, aynı zamanda görev ve sorumluluğunun da bir gereğidir.

Alacaklı tahsil dairesinin mezkur Kanun'un 9'uncu maddesi çerçevesinde kamu borçlusundan teminat istemesi, idare hukuku anlamında bir idari işlemdir. Çünkü işleme muhatap olan kişi, teminat gösterse de göstermese de bunun bir takım hukuki neticeleri olmakta ve ilgilinin hukuki durumunu etkilemektedir. Zira idarenin bu isteme ne karşı muhatabının kanunda gösterilen türden değerleri (şahsi kefalet hariç) teminat olarak göstermesi ve bunların tahsil dairesince kabul edilmesi durumunda, ilgilinin teminat olarak gösterdiği mal varlığı veya değerler üzerinde (idarenin icrai bir eylemi söz konusu olmasa da),<sup>18</sup> istediği gibi tasarrufta bulunabilmesi mümkün olamayacaktır. Teminat gösterilmemesi durumunda ise tahsil dairesi, 6183 sayılı Kanunun ihtiyati hacze gidilebilecek hallerin düzenlendiği 13'üncü maddenin 4'üncü bendinde yer alan "*Borçludan teminat gösterilmesi istendiği halde belli müddette teminat veya kefil göstermemişse, yahut şahsi kefalet teklifi veya gösterdiği kefil kabul edilmemişse,*" hükmüne dayanarak ilgili hakkında ihtiyati hacze gidebilecektir. Bu itibarla teminat istenilmesine ilişkin işlemler, muhatabının malvarlığı üzerindeki tasarruf hakkını kısıtlayan, menfaatini zedeleyen ve hukuki sonuçlar doğuran bir idari işlem olmaktadır.<sup>19</sup>

Teminat, kamu alacağının tahsil edilmesini engellemek için bazı yollara tevessül eden ve/veya riske sokan kamu borçlusuna karşı, alacaklı idareyi alacağını tahsil etme noktasında rahatlatan ve güvence veren hukuki bir kurumdur. 6183 sayılı Kanun'da düzenlenmiş bulunan teminat kurumu; aynı bölümde yer alan ihtiyati haciz ve ihtiyati tahakkuk kurumlarına nazaran daha hafif nitelikte ve neticeleri

<sup>18</sup> Çelik, s. 16; Anayasa Mahkemesi, 15.05.2019 tarih ve E:2018/142, K: 2019/38 sayılı kararında "...güvence olarak gösterilen mal varlığı üzerinde idarenin doğru-  
dan doğruya uyguladığı icrai bir file neden olmayan teminat isteme tedbirinin..." bu hususu belirtmektedir.

<sup>19</sup> Serkan Açar, **Vergi Tahsilatından Kaynaklanan Uyuşmazlıklar ve Çözüm Yolları**, Yaklaşım Yayınları, Ankara, 2009, s. 169; Turgut Candan, **Açıklamalı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun**, Yetkin Yayınları, 4. Baskı, Ankara, 2018, s. 84; Yapar, s. 108

bunlara kıyasla daha sınırlı olan bir güvenlik önlemdir.<sup>20</sup> Bu bağlamda kamu alacağının teminata bağlanması, diğer önlemlere başvurmayı veya diğer takip ve tahsil yöntemlerini işletmeyi gereksiz kılabilmiştir.<sup>21</sup> Teminat isteme ve gösterme, belli şartların oluşmasıyla birlikte hem kamu idaresini hem de kamu borçlusunu koruyan bir yöntemdir. Zira teminat gösterilmesi durumunda, ihtiyati haciz ve tahakkuk işlemlerinden sonra kesin haciz yoluna gidilmeyecek, kamu borcuna yetecek tutarda teminatın paraya çevrilmesi ile alacak tahsil edilecektir.<sup>22</sup> Örneğin; kamu alacaklarını koruma altına alan önlemlerin son aşaması hacizdir. Kamu alacaklarının korunmasında başvuru haciz, uzun ve masraflı bir yol iken teminat, kolayca paraya çevrilebildiği için, alacaklı idarenin alacağına daha çabuk ve az masrafla ulaşmasına imkan tanımaktadır.<sup>23</sup> Zira teminat gösterilmiş olması durumunda kamu alacağı kesinleştiğinde, kamu borçlusunun borcunu ödememesi halinde, teminatın paraya çevrilerek alacağın daha kısa sürede ve daha az iş yükü ile tahsil edilmesine imkan sağlamaktadır.<sup>24</sup> Kamu borçlusu açısından ise kendisinin belirleyeceği değerleri teminat olarak gösterebileceği hakkı, haciz sırasında idarenin tercih edeceği ve borcuna yetecek miktarda olan herhangi bir malına haciz koymasının sakıncalarını giderebilir. Örneğin; borçlunun sürekli olarak taşıma veya ulaşım işlerinde kullandığı araca haciz konulması ve aracın idare tarafından yakalattırılması borçluyu zor durumda bırakabilir. Bunun yerine borçlu tarafından istenilen (Kanun'da evla görülen) değer teminat olarak gösterilebilmesi aynı zamanda borçlunun hak ve menfaatlerini de koruyacaktır.

Kamu alacağının tahsilini güvence altına almaya hizmet etmek amacıyla ihdas edilmiş olan teminat kurumuna ilişkin düzenlemeler,

<sup>20</sup> Ercan Sarıcaoğlu, "Kamu Alacağının Korunmasına Yönelik Bir Önlem: 6183 Sayılı Kanuna Göre Teminat", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 22, Sayı: 2, 2020, s. 862

<sup>21</sup> Sarıcaoğlu, s. 862

<sup>22</sup> Özdemir/Şenöz, "*Vergi Hukukunda Teminat Hükümlerinin Tatbiki*"

<sup>23</sup> Hasan Hüseyin Bayraklı, **Vergi İcra Hukuku**, Afyon Kocatepe Üniversitesi Yayını, No.38, Afyonkarahisar, 2009, s. 31

<sup>24</sup> Şükrü Kızılot/Doğan Şenyüz/Metin Taş/Recai Dönmez, **Vergi Hukuku**, Yaklaşım Yayınları, Ankara, 2006, s. 222-223



6183 sayılı AATUHK'un 9 ila 12'nci maddeleri arasında düzenlenmiş bulunmaktadır. Mezkur Kanunun 9'uncu maddesinde teminat isteme; 10'uncu maddesinde nelerin teminat olarak kabul edileceği ve değerlendirilmesini; 11'inci maddesinde şahsi kefaleti ve son olarak 12'nci maddesinde teminat hükmünde olan eşya, konularına yer verilmektedir.

## 2. Teminat İsteme ve Teminat İsteme Sebepleri

6183 sayılı Kanun'un "Teminat istenmesi" kenar başlıklı 9'uncu maddesi:

*"213 sayılı Vergi Usul Kanununun 344 üncü maddesi uyarınca vergi ziyai cezası kesilmesini gerektiren haller ile 359 uncu maddesinde sayılan hallere temas eden bir amme alacağının salınması için gerekli muamelelere başlanmış olduğu takdirde vergi incelemesine yetkili memurlarca yapılan ilk hesaplara göre belirtilen miktar üzerinden tahsil dairesince teminat istenir.*

*Türkiye'de ikametgahı bulunmayan amme borçlusunun durumu amme alacağının tahsilinin tehlikede olduğunu gösteriyorsa, tahsil dairesi kendisinden teminat isteyebilir."* şeklindedir.

Mezkur madde irdelendiğinde; teminat istenmesini gerektiren sebeplere, teminat isteme usulüne ve yetkinin kim tarafından kullanılacağına, teminat isteme sürecine ilişkin hükümlere yer verildiği görülmektedir.

Teminat, kamu alacağını güvence altına almak amacıyla usul kanunları ile vergi kanunlarında gösterilen hallerde ve koşullarda istenebilir.<sup>25</sup> Kamu alacağının tahsilinin tehlikeye düşebileceği ihtimaline binaen bu alacağın tahakkuku veya kesinleşmesi beklenmeksizin borçludan teminat istenebilir.<sup>26</sup> Diğer bir ifadeyle teminat istenebilecek haller, henüz tahakkuku muhtemel olan ancak kesinleşmemiş kamu alacakları ile tahakkuk etmiş fakat vadesi gelmemiş kamu ala-

<sup>25</sup> Özdemir/Şenöz, "Vergi Hukukunda Teminat Hükümlerinin Tatbiki"

<sup>26</sup> Yapar, s. 77; Sarıcaoğlu, s. 864

çaklarının kesinleşmesinden sonra tahsilinin güvence altına alınmasına yöneliktir<sup>27</sup>

6183 sayılı Kanun uygulamasında teminat istenmesini gerektiren sebepler, mezkur Kanunun 9'uncu maddesinde iki fıkra halinde belirtilmiştir. Bunlardan ilki, sadece 213 sayılı Vergi Usul Kanunu (VUK) kapsamına giren vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerden kaynaklanan ve bu Kanunun 344 ile 359'uncu maddelerinde belirtilen ve vergi ziyasına sebebiyet verdiği düşünülen durumlarla ilgilidir. Teminat istenmesini gerektiren ikinci hal ise; 6183 sayılı Kanun kapsamındaki tüm kamu alacaklarına yönelik olup (213 sayılı VUK kapsamına giren vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler de dahil), Türkiye'de ikametgahı bulunmayan kamu borçlusunun durumunun, kamu alacağının tahsilini tehlikeye düşürmesi ile ilgilidir.<sup>28</sup>

## **2.1. Vergi Ziyayı ile Kaçakçılık Suçlarına İstinaden Teminat İstenmesi**

Teminat istenmesini gerektiren sebeplerden ilki, 213 sayılı VUK kapsamındaki kamu alacakları ile ilgili olup, 6183 sayılı Kanunun 9/1'inci maddesinde şu ifadelerle ortaya konulmaktadır.

*“213 sayılı Vergi Usul Kanununun 344 üncü maddesi uyarınca vergi ziyayı cezası kesilmesini gerektiren haller **ile** 359 uncu maddesinde sayılan hallere temas eden bir amme alacağının salınması için gerekli muamelelere başlanmış olduğu takdirde vergi incelemesine yetkili memurlarca yapılan ilk hesaplara göre belirtilen miktar üzerinden tahsil daireselerince teminat istenir.”*

Bu fıkraya göre;

- 213 sayılı VUK'un 344'uncu maddesi<sup>29</sup> uyarınca vergi ziyayı cezası kesilmesini gerektiren haller **ile**,

<sup>27</sup> Muhsin Koçak, **Vergi-İcra Hukuku**, Seçkin Yayınevi, 2. Baskı, Ankara, 2018, s. 108

<sup>28</sup> Candan, s. 78; Çelik, s. 42

<sup>29</sup> VUK'un, “Vergi ziyayı cezası” kenar başlıklı 344'üncü maddesi: “341 inci maddede yazılı hallerde vergi ziyasına sebebiyet verildiği takdirde, mükellef veya sorumlu hakkında ziyaya uğratan verginin bir katı tutarında vergi ziyayı cezası kesilir.

- 213 sayılı VUK’un 359’uncu maddesinde<sup>30</sup> düzenlenen kaçakçılık suçunu oluşturan fillere temas eden ve bir amme alacağı-nın salınması için gerekli işlemlere başlanmış olması,

---

*Vergi ziyana 359 uncu maddede yazılı fiillerle sebebiyet verilmesi halinde bu ceza üç kat, bu fiillere iştirak edenlere ise bir kat olarak uygulanır.*

*Vergi incelemesine başlanılmasından veya takdir komisyonuna sevk edilmesinden sonra verilenler hariç olmak üzere, kanuni süresi geçtikten sonra verilen vergi beyannameleri için bu madde uyarınca kesilecek ceza yüzde elli oranında uygulanır.”*

<sup>30</sup> VUK’un, “Kaçakçılık Suçları ve Cezaları” kenar başlıklı 359’uncu maddesi: “a) Vergi kanunlarına göre tutulan veya düzenlenen ve saklanma ve ibraz mecburiyeti bulunan;

1) Defter ve kayıtlarda hesap ve muhasebe hileleri yapanlar, gerçek olmayan veya kayda konu işlemlerle ilgisi bulunmayan kişiler adına hesap açanlar veya defterlere kaydı gereken hesap ve işlemleri vergi matrahının azalması sonucunu doğuracak şekilde tamamen veya kısmen başka defter, belge veya diğer kayıt ortamlarına kaydedenler,

2) Defter, kayıt ve belgeleri tahrif edenler veya gizleyenler veya muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge düzenleyenler veya bu belgeleri kullananlar, Hakkında on sekiz aydan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Varlığı noter tasdik kayıtları veya sair suretlerle sabit olduğu halde, inceleme sırasında vergi incelemesine yetkili kimselere defter ve belgelerin ibraz edilmemesi, bu fıkra hükmünün uygulanmasında gizleme olarak kabul edilir. Gerçek bir muamele veya duruma dayanmakla birlikte bu muamele veya durumu mahiyet veya miktar itibarıyla gerçeğe aykırı şekilde yansıtan belge ise, muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belgedir.<sup>(2)</sup>

b) Vergi kanunları uyarınca tutulan veya düzenlenen ve saklama ve ibraz mecburiyeti bulunan defter, kayıt ve belgeleri yok edenler veya defter sahifelerini yok ederek yerine başka yapıtlar koyanlar veya hiç yapıtlar koymayanlar veya belgelerin asıl veya suretlerini tamamen veya kısmen sahte olarak düzenleyenler veya bu belgeleri kullananlar, üç yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Gerçek bir muamele veya durum olmadığı halde bunlar varmış gibi düzenlenen belge, sahte belgedir.

c) Bu Kanun hükümlerine göre ancak Maliye Bakanlığı ile anlaşması bulunan kişilerin basabileceği belgeleri, Bakanlık ile anlaşması olmadığı halde basanlar veya bilerek kullananlar iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

ç) **(Ek:29/4/2021-7318/4 md.)** Hazine ve Maliye Bakanlığınca yetkilendirilmediği halde, ödeme kaydedici cihaz mührünü kaldıran, donanım veya yazılımını değiştiren veya yetkilendirilmiş olsun ya da olmasın ödeme kaydedici cihazın hafıza birimlerine, elektronik devre elemanlarına veya harici donanım veya yazılımlarla olan bağlantı sistemine ya da kayıt dışı satışın önlenmesi için kurulan elektronik kontrol ve denetim sistemleri veya ilgili diğer sistemlere fiziksel veya bilişim yoluyla müdahale ederek; gerçekleştirilen satışlara ait mali belge veya bilgilerin cihazda kayıt altına alınmasını engelleyen, cihazda kayıt altına alınan bilgileri değiştiren veya silen, ödeme kaydedici cihaz veya bağlantılı diğer donanım ve sistemler ya da kayıt dışı satışın önlenmesi için kurulan elektronik kontrol ve denetim sistemleri veya ilgili diğer sistemler tarafından Hazine ve Maliye Bakanlığı veya diğer kamu

muhtemel kamu borçlusundan teminat istenmesini gerektiren haller olarak gösterilmektedir.

Fıkra da yer alan “ile” bağlacının nasıl yorumlanacağı ile ilgili olarak doktrinde ve uygulamada farklı yaklaşımlar bulunmaktadır. Doktrinde bazı yazarlar “ile” bağlacını “veya, ya da” manasında yorumlayarak ister VUK’un 344’uncu maddesi uyarınca, isterse de VUK 359’uncu madde uyarınca vergi ziyayı cezası kesilmesi için tarh işlemlerine başlanmış olması hallerinin her birini alacaklı idarenin teminat isteme sebebi olarak kabul etmektedir.<sup>31</sup> Diğer bir görüşe göre ise fıkra da geçen “ile” bağlacının “ve” şeklinde yorumlanması gerektiği şeklindedir.<sup>32</sup> Bu ikinci görüşe göre; bu fıkra uyarınca mükellef veya vergi sorumlusundan teminat istenilebilmesi için bu kişilerin vergi ziyasına, VUK’un 359’uncu maddesinde düzenlenmiş bulunan kaçakçılık suçunu oluşturan fiillerden birisiyle sebebiyet vermesi durumunda uygulama kabiliyeti bulacaktır. Aksi durumda VUK’un 344’üncü maddesi uyarınca vergi ziyasının uygulanabileceği her durumda mükelleften veya vergi sorumlusundan, bu muhtemel alacağın tahsilinin tehlikede olup olmadığına bakılmaksızın teminat istenmesi veya bunlar hakkında ihtiyati haciz işlemlerine başlanılmasının, hem tahsil dairelerince istenmeyecek bazı olumsuzluklara sebebiyet verebileceği hem de muhtemel kamu borçlularının ticari güven ve faaliyetlerinin zedelemeyeceği ve neticede zarara uğrayabilecekleri, bunun vergi dairelerince

---

*kurum ve kuruluşlarına elektronik ortamda iletilmesi gereken belge, bilgi veya verilerin iletilmesini önleyen veya bunların gerçeğe uygun olmayan şekilde iletilmesine sebebiyet verenler üç yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”*

<sup>31</sup> Candan, s. 78-79; Selim Kaneti/Esra Ekmekci/Gülşen Güneş/Mahmut Kaşıkçı, **Vergi Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019, s. 571; Oktar, s. 305; Nurettin Bilici, **Vergi Hukuku**, 50. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2020, s. 159; Çelik, s. 42-43; Kamil Mutluer/N. Nilay Dayanç Kuzeyli, **Vergi Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 317; Yusuf Ziya Taşkan, **Vergi Hukuku**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 289

<sup>32</sup> Ahmet Ozansoy, “Teminat ve İhtiyati Hacizde “İle” nin Hayati Önemi”, **Yaklaşım Dergisi**, Sayı: 174, Yıl: 2007, (elektronik versiyon); Eda Baysal, “Vergi Hukuku Yönünden Amme Alacağının Korunmasına Dair Güvence Önlemlerinden Olan ‘Teminat İsteme’ Uygulamasında ‘Yetki’ ve ‘Neden’ Unsurlarının Tahlili”, **Legal Mali Hukuk Dergisi**, Haziran 2009, s. 1166; Sarıcaoğlu, s. 869; Murat Batu, “6183 Sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun’un İşlevsiz Hükümleri”, **Vergi Sorunları Dergisi**, Sayı:369, Haziran 2019, s. 115

arzulanmayan bir durum olduğu ve bu sebeple uygulamada da vergi ziyai cezası kesilmesi gereken her durumda ilgisinden teminat ve ihtiyati haciz uygulamasına gidilmediği ifade edilmektedir.<sup>33</sup> Öte yandan Hazine ve Maliye Bakanlığı'nca 30.06.2007 tarihinde yayımlanan Tahsilat Genel Tebliği Seri: A, Sıra No:1'de<sup>34</sup> Teminat Hükümleri başlığında: "...213 sayılı Kanunun 344 ve 359 uncu maddelerinde sayılan hallerin tespit edilmesi nedeniyle bir amme alacağı salınması için gereken işlemlere başlanılmışsa, inceleme elemanlarınca yapılacak ilk hesaplara göre tespit edilecek tutar üzerinden derhal teminat istenecektir."<sup>35</sup> ifadesi ile idarenin uygulaması ve yönlendirmesi fıkrada geçen "ile" bağlacının "ve" şeklinde yorumlanması şeklindedir. Vergi hukukunda yorum çeşitlerinden birinin idari yorum olduğu bilinmektedir. Vergi hukuku açısından idari yorumu; vergi kanunlarının uygulanması noktasında görevli ve yetkili merci olarak Hazine ve Maliye Bakanlığı, genel düzenleyici işlem niteliğinde olan, ikincil mevzuatı oluşturan yönetmelik, genel tebliğ vb. düzenlemelerle gerçekleştirmektedir.<sup>36</sup> Diğer yorum çeşitlerinde olduğu gibi bu yorum çeşidinde de idarenin, verginin yasallığı ilkesini dikkate alarak kanun maddesini ne genişletici ne de daraltıcı sonuç doğuracak şekilde değerlendirmesi ve uygulaması gerektiğini belirtmek gerekir.

6183 sayılı Kanun'un 9/1'inci maddesindeki "ile" bağlacının, uygulamada ve doktrinde yaratmış olduğu hangi hal(ler)de teminat istenilebileceğine ilişkin yorum farklılığının izalesinde belki mezkur maddede/fıkrada yapılan değişikliklere ilişkin süreci izlemek faydalı olacaktır. 6183 sayılı Kanunun kabul edildiği 1953 yılında<sup>37</sup>, teminat istenmesini gerektiren hallerin düzenlendiği 9/1'inci maddesinde<sup>38</sup>,

<sup>33</sup> Ozansoy, "Teminat ve İhtiyati Hacizde "İle" nin Hayati Önemi"

<sup>34</sup> Seri: A, Sıra No: 1, Tahsilat Genel Tebliği, 30.06.2007 tarih ve 26568 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır

<sup>35</sup> <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=11409&MevzuatTur=9&MevzuatTertip=5>

<sup>36</sup> Şenyüz/Yüce/Gerçek, s. 64

<sup>37</sup> 21.07.1953 tarih ve 8469 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

<sup>38</sup> "Vergi Usul Kanununun 324 üncü maddesinde sayılan hallerle temas eden bir amme alacağının salınması için gereken muamelelere başlanmış olduğu takdirde, vergi in-

yapmış olduğu yollama dolayısıyla VUK'un 324'üncü maddesi uyarınca, kaçakçılık fiilleriyle bir amme alacağının salınmasına sebebiyet verilen durumlarda gidilebileceği şeklindeydi. O tarihte yürürlükte bulunan ve kaçakçılığı düzenleyen VUK'un 324'üncü maddesinde kaçakçılık; vergi kaçırma kastı ile kanunda sayılan hallerle vergi ziyasına sebebiyet verilmesi olarak tanımlanmıştı. Dolayısıyla Kanunun ilk kabul edildiği dönemde mükelleften veya vergi sorumlusundan bu hüküm uyarınca teminat istenilebilmesi için bunların vergi ziyasına kasten, kaçakçılığı oluşturan bir fiille sebebiyet vermiş olması gerekmektedir. 2347 sayılı Kanun'un,<sup>39</sup> 6183 sayılı Kanun'un 9/1'inci maddesinde yaptığı değişiklik ile<sup>40</sup> teminatın, atıf yapılan ve VUK'un yürürlükten kaldırılmış vergi ceza sistemine göre VUK'un 344'üncü maddesinde sayılan kaçakçılık halleriyle mükerrer 347'nci maddesinin 1 numaralı bendinde belirtilen durumlara temas eden amme alacakları için isteneceği şeklinde düzenlenmişti. O dönem yürürlükte bulunan VUK'un 344'üncü maddesinde, 6 bent halinde gösterilen fiillerden herhangi biriyle vergi ziyasına kasten neden olunması durumunda, kaçakçılık fiili oluşmaktaydı. Yapılan değişiklikle mükellefin veya vergi sorumlusunun kaçakçılık suçunu kasten işleyerek vergi ziyasına sebebiyet vermesinin yanında; tedbirsizliği veya işlerine, vergi ödevlerine gerekli özeni ve dikkati göstermeyerek kaçakçılığa kıyasla daha hafif olarak nitelendirilen ve ağır kusur olarak nitelendirilen hallerden VUK'un mükerrer 347/1 uyarınca vergi ziyasına sebebiyet verilmesi hali de teminat istenebilecek hallerden biri olarak kabul edilmiştir.<sup>41</sup> Diğer bir ifadeyle 6183 sayılı Kanun'un 9/1'inci maddesinin ilk

---

*celemesine salahiyyetli memurlarca yapılan ilk hesaplara göre belirtilen miktar üzerinden tahsil dairelerince teminat istenir."*

<sup>39</sup> 28.11.1980 tarih ve 17174 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

<sup>40</sup> 6183 sayılı Kanun'un 9/1'inci maddesi: "*Vergi Usul Kanununun 344 ncü maddesinde sayılan kaçakçılık halleriyle mükerrer 347 nci maddesinin 1 numaralı bendinde belirtilen hallere temas eden bir amme alacağının salınması için gerekli muamelelere başlanmış olduğu takdirde vergi incelemesine yetkili memurlarca yapılan ilk hesaplara göre belirtilen miktar üzerinden tahsil dairelerince teminat istenir."*

<sup>41</sup> Sarıcaoğlu, s. 867-868; Gökçe Sarısu, "Amme alacağının tahsilinde teminat uygulaması", <https://www.vergidegundem.com//makale?categoryName=Ekonomist&publicationNumber=5&publicationYear=2009&publicationId=666661110>, (12.06.2021)

halinde sadece kaçakçılık suçunu oluşturan fiillerin kasten işlenerek vergi ziyana sebebiyet verilmesi hali, teminat istenmesinin hukuki sebebi iken, 1980 yılında 2347 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle vergi ziyana kaçakçılık suçunu oluşturan fiillerle kasten sebebiyet vermenin yanında, ağır kusurla vergi ziyana neden olma durumu (VUK m.347/1) da eklenmiştir. Ancak söz konusu değişikliklerin yapıldığı tarihlerde dikkat çeken hususun teminatın, VUK'da düzenlenen ve vergi ziyana sebebiyet verilen her durumda istenmediğidir.<sup>42</sup> En son 4369 sayılı Kanun'la<sup>43</sup> 6183 sayılı Kanunun 9/1'inci maddesi, yapılan ve halen mer'i olan değişiklikle; "213 sayılı Vergi Usul Kanununun 344 üncü maddesi uyarınca vergi ziyai cezası kesilmesini gerektiren haller ile 359 uncu maddesinde sayılan..." halini almıştır.

6183 sayılı Kanunun 9/1'inci maddesinin tarihi gelişimine/değişimine bakıldığında; Kanunun ilk kabul edildiği tarihte teminat sebebi olarak, sadece kasten kaçakçılık suçunu oluşturan fiillerle vergi ziyana neden olunmasını kabul ettiği, 1980 yılında mezkur maddede kanun koyucu tarafından yapılan değişiklikle bu sebebe ağır kusurla vergi ziyana neden olmayı da eklediğini ve en son 1998 yılında yapılan değişiklikle de artık kasıt şartının aranmadığı kaçakçılık suçunu oluşturan fiillerle vergi ziyana neden olunması yanında, VUK 344'üncü maddesi uyarınca vergi ziyana sebebiyet verilen diğer nedenlerin de dahil edildiğini ve teminat isteme nedenlerini genişletme niyetini ortaya koyduğu söylenebilir.

Muhtemel kamu borçlusunun ister VUK'un 359'uncu maddesinde belirtilen fiillerle, isterse de VUK'un 344'üncü maddesinin yapmış olduğu atıf dolayısıyla VUK 341'inci maddesinde belirtilen hallerle vergi ziyana sebebiyet vermesinin (bunların suç veya kabahat kaynaklı oluş bir yana), ortaya çıkan/çıkacak "*kamu alacağı*" kapsamında bir fark yaratmadığı/yaratmayacağı düşüncesindeyiz. Her ne kadar mükellefin veya vergi sorumlusunun VUK 359'uncu maddesinde sayılan fiillerle vergi ziyana sebebiyet vermesi halinde, mezkur maddenin

<sup>42</sup> Sarıcaoğlu, s. 868

<sup>43</sup> 27.07.1998 tarih ve 23417 (mükerrer) sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

şimdiki halinde kasten ibaresi yer almıyor olsa da ilgililerin bunu kural olarak bilerek/isteyerek işledikleri/işleyebilecekleri ve dolayısıyla kötü niyetli oldukları ve bunun neticede kamu alacağının tahsilini tehlikeye düşürdüğü/düşüreceği, buna istinaden teminat istendiği söylenilebilir de aynı durumun VUK'un 341'inci maddesinde belirtilen ve vergi ziyana neden olunan örneğin mükellefin bilerek beyanname vermemesi, eksik veya yanlış beyanname vermesi, şahsi, medeni haller veya aile durumu hakkında gerçeğe aykırı beyan durumları için de geçerli olabilir.

Diğer taraftan maddedeki amir hüküm uyarınca, vergi incelemesi esnasında vergi ziyana sebebiyet verildiğinin tespit edildiği her durumda ilk hesaplara göre belirtilen miktar üzerinden teminat istenecek olunmasının, özellikle düşük meblağların söz konusu olduğu durumlarda, gerek muhatap ile vergi idaresi arasındaki ilişkiler, gerekse de alacaklı idarenin yapacağı emek, zaman, yazışma ve takip maliyetleri de dikkate alınarak ortaya çıkabilecek olumsuzlukların ve/veya eleştirilerin giderilmesi amacıyla, kanun koyucu tarafından belirlenen ve her yıl yeniden değerlendirilme oranına göre güncellenecek bir alt tutarın belirlenmesi yoluna da gidilebilir.

## **2.2. Kamu Borçlusunun Türkiye’de İkametgahının Bulunmaması**

Teminat istenmesini gerektiren sebeplerden ikincisi, yukarıda da belirtildiği üzere 6183 sayılı Kanun kapsamındaki tüm kamu alacaklarıyla (213 sayılı VUK'un kapsamına giren vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler de dahil) ilgili olup, burada birinci fıkradan farklı olarak muhtemel bir kamu alacağının varlığından değil de belki bunun yanında tutar olarak bilinen, hesaplanmış, 213 sayılı VUK kapsamına giren kamu alacakları açısından tarh ve tebliğ edilmiş bir kamu alacağının varlığı da söz konusu olmaktadır. Mezkur Kanununun 9/2'nci maddesinde;

*“Türkiye’de ikametgahı bulunmayan amme borçlusunun durumu amme alacağının tahsilinin tehlikede olduğunu gösteriyorsa, tahsil dairesi kendisinden teminat isteyebilir.”* şeklinde hüküm altına alınmıştır.



Söz konusu fıkra Türkiye’de ikametgahı bulunmayan kamu borçlularına yöneliktir. Nedenin ise kamu borçlusunun yerleşim yerinin Türkiye dışında bulunmasının, bu kişinin kamu borcunu ödememe riskinin daha fazla olabileceği bu amaçla her an Türkiye’deki varlıklarını satmak veya elinden çıkarmak suretiyle alacaklı kamu idaresinin elinden kaçma olasılığının yüksekliği dile getirilmektedir.<sup>44</sup> Mezkur fıkraya göre teminat isteme yoluna gidilebilmesi için iki şartın birlikte gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Bunlardan ilki kamu borçlusunun Türkiye’de ikametgahının bulunmamasıdır. İkametgah kavramı ne 6183 sayılı AATUHK’da ne de vergi mevzuatında tanımlanmış değildir. Sadece 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu’nun 4/1’inci maddesinde ikametgah ile ilgili olarak Medeni Kanun’un 19 ve devamı maddelerine atıfta bulunmaktadır. Türk Medeni Kanunu’nun 19’uncu maddesi uyarınca ikametgah, yerleşim yeri kenar başlığında: *“Yerleşim yeri bir kimsenin sürekli kalma niyetiyle oturduğu yerdir.”* biçiminde tanımlanmaktadır. Bu şarta göre kamu borçlusunun sürekli kalmak amacıyla Türkiye’de oturmuyor olması, yani ikametgahının Türkiye’de bulunmuyor olması gerekmektedir. Kanunun lafzına ve Medeni Kanundaki tanıma bakıldığında, bu şartın varlığı ve gerçekleşebilme ihtimalinin söz konusu olabilmesi için kamu borçlusunun gerçek kişi olması gerekmektedir. Çünkü tüzel kişilerin ikametgahından veya yerleşim yerlerinden bahsedilemez. Nitekim Türk Medeni Kanunu’nun yerleşim yerine ilişkin hüküm vaaz eden 19/3’üncü fıkrasında: *“Bu kural ticarî ve sınaî kuruluşlar hakkında uygulanmaz.”* şeklindedir. Vergi hukuku açısından tüzel kişiliklerin ikametgah veya yerleşim yerlerinden değil, kanuni veya iş merkezinden söz edilir (5520 sayılı KVK m. 4). Her ne kadar 6183 sayılı Kanunun 9/2’nci maddesindeki ikametgah kavramını, maddenin konuluş amacı ve bütünü dikkate alındığında, tüzel kişiler açısından kanuni veya iş merkezinin ikamesi olarak kabul edilebileceği sonucuna ulaşılıyorsa da bunun ilgili fıkrada açıkça belirtilmesinin kanun yapma tekniği açısından faydalı olacağı düşüncesindeyiz.

---

<sup>44</sup> Koçak, s. 111

Kamu borçlusunun Türkiye’de ikametgahının bulunmaması tek başına teminat istenmesi için geçerli ve yeterli bir sebep değildir. Ayrıca kamu borçlusunun durumunun, kamu alacağının tahsilinin tehlikede olduğunu da göstermesi gerekmektedir.<sup>45</sup> Diğer bir deyişle kamu borçlusunun Türkiye’de ikametgahının olmayışı ile kamu alacağının tahsil tehlikesi şartları birlikte gerçekleşmeli ve iki şart arasında bir illiyet bağı kurulmalıdır.<sup>46</sup> Türkiye’de ikametgahı bulunmayan kamu borçlusunun durumunun, hangi hallerde kamu alacağının tahsil tehlikesi yarattığı/yaratabileceğine ilişkin kanunda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Tahsil tehlikesinin varlığını gösteren sebeplerin sınırlandırılması, mali uyumu düşük bir kamu borçlusuna kamu alacağını ödememe noktasında fırsat verebilir. Bu konuda Kanunun, alacaklı idareye değerlendirme ve takdir yetkisi vermiş olması yerindedir.<sup>47</sup> Alacaklı idare bu değerlendirmeyi her somut durumun kendi koşulları içerisinde belirleyecektir. Örneğin; Türkiye’de ikametgahı bulunmayan kamu borçlusu, Türkiye’de bulunan tüm mal varlığını nakde çeviriyorsa, işlerini tasfiye ediyorsa, parasını yurt dışına aktarıyorsa, Türkiye’yi terk etme hazırlığı içinde ise bu kamu alacağının tahsilini tehlikeye düşürdüğüne, onun kaçma, izini kaybetme niyetiyle hareket ettiğine karine teşkil edebilir.<sup>48</sup> Benzer şekilde alacaklı idare bunu, bir ihbar ile veya basından, internet platformlarından da öğrenerek değerlendirme yapabilir.<sup>49</sup>

Mezkur fıkra, Türkiye’de ikametgahı bulunmayan kamu borçlusunun durumunun, kamu alacağının tahsilini tehlikeye düşürüp düşürmediğini değerlendirip, teminat isteyip istememe noktasında tahsil dairesine takdir yetkisi vermektedir. Takdir yetkisinin söz konusu olduğu durumlarda idarenin önünde en az iki seçenek bulunmaktadır. Mevzuatın idareye takdir hakkı vermiş olması, idarenin keyfi, özensiz davranabileceği anlamına gelmez. İdare, tasarrufunu/tercihini hangi yönde kullanırsa kullansın bunun mutlaka bir gerekçesinin, dayana-

<sup>45</sup> Candan, s. 83; Çelik, s. 44; Yapar, s. 83

<sup>46</sup> Sarıcaoğlu, s. 872

<sup>47</sup> Yapar, s. 83

<sup>48</sup> Candan, s. 83

<sup>49</sup> Çelik, s. 44

ğının bulunması gerekir. Zira tahsil dairesinin, Türkiye’de ikametgahı bulunmayan kişiden teminat istemesi ve bu kişinin de bunu dava konusu yapması durumunda idarenin, bu fıkra uyarınca şartların gerçekleşmiş olduğunu mahkemede ispatlaması; teminat istenmemesinden dolayı alacaklı idarenin alacağının tehlikeye girmesi veya tahsilatın gerçekleşmediği durumlarda da belki açılacak bir idari soruşturmada, takdir yetkisini kullanacak makamda bulunanın neden teminat istenmediğini, hukuki bir zeminde gerekçelendirip ortaya koyması gerekecektir.

Söz konusu fıkra da geçen; “...amme borçlusunun durumu amme alacağının tahsilinin tehlikede olduğunu gösteriyorsa, tahsil dairesi kendisinden teminat isteyebilir.” hükmü, alacaklı tahsil dairesine teminat istenmesi konusunda bir zorunluluk getirmediğinden, somut olayda kamu alacağının tahsilinin tehlikede olduğunu değerlendirse dahi kamu borçlusundan teminat istemeyebilir.<sup>50</sup> Ancak tahsil dairesinin, alacağının tahsilini tehlikede görüp yine de bu alacağı için teminat istemeyebilecek oluşu, kendi içinde çelişkili bir tercih oluşturacağından,<sup>51</sup> kamu borçlusunun durumunun, kamu alacağının tahsilinin tehlikede olduğunu göstermesi durumunda, bunun alacaklı idare açısından teminat istenmesi için yeterli bir neden olduğu, bu durumda idarenin bir takdir hakkının bulunmadığı ifade edilmektedir.<sup>52</sup>

### 3. Teminat İsteme Yetkisi

6183 sayılı AATUHK’un Teminat isteme kenar başlıklı 9’uncu maddesinin gerek birinci ve gerekse de ikinci fıkrasında teminatın; belirtilen koşulların gerçekleşmesi durumunda tahsil dairesince isteneceğini/istenebileceğini hüküm altına almıştır. Devlete ait olan amme alacakları, yetkilendirilmiş vergi dairelerince; il özel idareleri ve belediyelere ait amme alacakları ise kendi tahsil dairelerince tahsil

<sup>50</sup> Yapar, s. 84

<sup>51</sup> İrfan Barlass, **Kamu Alacaklarının Haciz Yoluyla Takibi**, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 13-14

<sup>52</sup> Çelik, s. 45

edilmektedir.<sup>53</sup> Vergi alacakları dışında kalan amme alacakları ile özel kanunlarında yapılan atıf dolayısıyla 6183 sayılı Kanun'a göre takip ve tahsil edileceği belirtilen alacaklar, ilgili kanunlarda gösterilen alacağın tahakkukunu yapan tahsil dairelerince takip edilirler.<sup>54</sup> Tahsil dairesi, alacaklı kamu idaresinin bu Kanunu uygulamakla görevli dairesini, servisini, memur veya memurlarını ifade etmektedir.<sup>55</sup> Tahsil dairesinin tespiti, bir idari işlem olan teminat isteminin, "yetki" unsurunun hukuka uygunluğu açısından önem arz etmektedir.<sup>56</sup>

6183 sayılı Kanun'unu 9/1'inci maddesinde belirtilen, VUK'un 344 ile 359'uncu maddesine göre vergi ziyayının söz konusu olduğu hallerde alacaklı tahsil dairelerinin teminat isteme zorunluluğu vardır. Ancak bu zorunluluğun ortaya çıkmasının bir ön koşulu bulunmamaktadır. Mezkur fıkraya göre tahsil dairesinin, vergi ziyayı ile kaçakçılık hallerinde teminat isteyebilmesi için, kamu borçlusu hakkında bir vergi incelemesine başlanılmış olması ve vergi incelemesine yetkili kimselerin bu yönde bir talebinin bulunması gerekmektedir.<sup>57</sup> Vergi incelemesinin varlığı ve inceleme elemanının bu yönde bir talebi olmaksızın tahsil dairesi, sair suretlerle ulaştığı bilgilerden veya vergi inceleme raporunda yer alan açıklamalardan yapacağı çıkarımlar yoluyla kendiliğinden teminat isteme yoluna gidemez.<sup>58</sup> Çünkü vergi

---

<sup>53</sup> Candan, s. 43-44

<sup>54</sup> Candan, s. 45

<sup>55</sup> 6183 sayılı AATUHK. md. 3

<sup>56</sup> Akın Gencer Şentürk, "Amme Alacaklarının Korunması Yöntemlerinden "Teminat İsteme" Uygulamasının İhtiyati Tahakkuk-İhtiyati Haciz Müesseseleri İle Bağlantısının Ortaya Konulması ve Bir İdari İşlem Olarak Vergi Hukuku Yönünden İrdenilmesi", 15, <http://agencerhukuk.com/014.pdf>, (14.06.2021)

<sup>57</sup> Mutluer/Kuzeyli, s. 317; Yapar, s. 85; Sarıcaoğlu, s. 873

<sup>58</sup> Sarıcaoğlu, s. 876-877; Danıştay 9.D. T. 28.01.2009, E.2008/761, K.2009/236: "Kaçakçılık suçu sayılan fiiller nedeniyle hesaplanan vergi ve ceza üzerinden teminat, ancak vergi inceleme elemanınca yapılan ilk hesaplara göre belirtilen miktar üzerinden istenebileceği; vergi inceleme elemanı tarafından teminat istenmesi yolunda herhangi bir talep olmadığı halde idare tarafından kendiliğinden tesis edilen teminat isteme işleminin hukuka aykırı olduğu", (www.legalbank.net). (aktaran, Sarıcaoğlu, s. 877)

daresinin teminat istemi talebinin arkasında, inceleme elemanının talebinin olması gerekir.<sup>59</sup>

Vergi incelemesi esnasında, incelemeye yetkili kimselerce,<sup>60</sup> teminat istenme nedenlerinin oluştuğuna ilişkin tespit ve değerlendirmesi ile yapılan ilk hesaplara göre belirlenen tutarı ihtiva eden talep içerikli gerekçeli ön rapor veya yazı hazırlanarak tahsil dairesine iletilmektedir.<sup>61</sup> Vergi inceleme elemanının doğrudan doğruya kamu borçlusuna yazı yazarak teminat isteme yetkisi bulunmamaktadır.<sup>62</sup> İnceleme elemanı kanaatini teminat istenmesi yönünde kullandığında ve tahsil (vergi) dairesinden teminat alınmasını talep ettiğinde, artık tahsil (vergi) dairesi bu taleple bağlıdır ve bu konuda bir takdir hakkı bulunmamaktadır.<sup>63</sup> Diğer taraftan vergi incelemesi sonuçlanıp bu inceleme raporuna göre tarhiyat yapıldıktan sonra kamu borçlusundan teminat istenemeyecektir.<sup>64</sup>

<sup>59</sup> Bumin Doğrusöz, “Vergi İdaresinin Teminat İstemi”, <https://www.dunya.com/kose-yazisi/vergi-dairesinin-teminat-talebi/23939>, (12.06.2021)

<sup>60</sup> VUK’un, “İncelemeye yetkililer” kenar başlıklı 135’inci maddesine göre “*Vergi incelemesi; Vergi Müfettişleri, Vergi Müfettiş Yardımcıları, ilin en büyük mal memuru veya vergi dairesi müdürleri tarafından yapılır. Gelir İdaresi Başkanlığının merkez ve taşra teşkilatında müdür kadrolarında görev yapanlar her hal ve takdirde vergi inceleme yetkisini haizdir.*”

<sup>61</sup> Bayraklı, s. 35; Sarıcaoğlu, s. 873; Yapar, s. 85

<sup>62</sup> Muharrem Özdemir/Yadigar Şenöz, “Vergi Hukukunda Teminat Hükümlerinin Tatbiki”

<sup>63</sup> Mutluer/Kuzeyli, 317; Doğrusöz, “Vergi İdaresinin Teminat İstemi”; Hakan AY/Tülay BARAN, “Kamu Alacaklarının Korunma Yöntemleri ve Bir Değerlendirme”, Sosyoekonomi, Sayı:21, 2014, s.40, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/197773>, (15.06.2021)

<sup>64</sup> Doğrusöz, “Vergi İdaresinin Teminat İstemi” ; Danıştay 9.D. T.17.12.2013, E.2010/7036, K.2013/12263: “... Ancak vergi incelemesinin devam ettiği durumlarda yapılan ilk hesaplamalara göre teminat istenebilecek ve ihtiyati haciz kararı alınabilecektir. İnceleme sonuçlanıp, tarhiyat yapıldıktan sonra bu düzenleme uyarınca teminat istenmesi söz konusu olmayacaktır. Diğer bir deyimle, 9. Madde uyarınca ilgilerden teminat istenebilmesi için incelemenin henüz tamamlanmamış olması gerekir.” (www.legalbank.net); Danıştay 3.D. T.09.02.2015, E.2011/3698, K.2015/547: “ ... inceleme sonuçlanıp tarhiyatlar yapıldıktan sonra teminat istenilmesine olanak bulunmadığı, öte yandan, Türkiye’de ikametgahı bulunan mükelleflerden vergi inceleme elemanının talebi bulunmadan kendiliğinden teminat istenemeyeceği, olayda vergi inceleme elemanın önerisi olmaksızın incelemenin sonuçlanması ve tarhiyatların tebliğinden sonra tesis edilen teminat istenmesine

6183 sayılı AATUHK. 9/2. maddesi uyarınca teminat isteme koşullarının oluşup oluşmadığını, mezkur maddenin birinci fıkrasından farklı olarak tahsil dairesi bizzat kendisi değerlendirmekte ve karar vermektedir. Tahsil dairesinin bu takdir yetkisini kullanırken, hem kamu alacağını güvene alma hem de kamu borçlusuna kolaylık sağlama arasındaki dengeyi gözetmesi ve takdir yetkisinin kullanılmasına egemen olan ilkelere uygun davranması gerekir.<sup>65</sup> Bunun ihlali durumunda neticede muhatap açısından telafisi güç maddi ve manevi zararlar ortaya çıkabiliyorsa da sonuçta büyük ölçüde zarar gören, hukuk devleti ilkesi ve hukuki güvenlik müesseseleri olabilecektir.<sup>66</sup>

#### **4. Teminat İstenecekler ve İstenilecek Teminat Tutarı**

6183 sayılı Kanun'un 9'uncu maddesi çerçevesinde alacaklı tahsil dairesinin teminat isteyeceği kişi kural olarak kamu borçlusudur. Ancak duruma göre, mükellef, vergi sorumlusu, kanuni temsilci, kanuni ve mansup mirasçılar, işi devralanlar, limited şirket ortakları, 6183 sayılı Kanun'un 57'nci maddesine göre kefil ve yabancı şahıs veya kurumların mümessillerinden de teminat istenilebilir.<sup>67</sup> Daha önce de ifade edildiği üzere birinci fıkraya uyarınca yapılacak teminat isteminin henüz tarh ve tebliğ edilmemiş vergi incelemesi aşamasındaki muhtemel alacaklar olduğu düşünüldüğünde daha kamu borçlusu sıfatını taşımayan ve belki de hiç taşımayacak kişilerden de teminat istenebilecektir.<sup>68</sup>

---

ilişkin işlemde hukuka uygunluk görülmediği ..." ([www.legalbank.net](http://www.legalbank.net)); Danıştay 9.D. T.23.06.2009, E.2008/669, K.2009/2781: "... Buna göre, ancak vergi incelemesinin devam ettiği durumlarda yapılan ilk hesaplamalara göre teminat istenebilecek ve ihtiyati haciz kararı alınabilecektir. İnceleme sonuçlanıp, tarhiyat yapıldıktan sonra bu düzenleme uyarınca ihtiyati haciz kararı alınması söz konusu olmayacaktır. Diğer bir deyimle, 9. madde uyarınca ilgililer hakkında ihtiyati haciz kararı alınabilmesi ve teminat istenebilmesi için incelemenin henüz tamamlanmamış olması gerekmektedir." ([www.kazancı.com](http://www.kazancı.com)), (aktaran, Sarıcaoğlu, s. 874).

<sup>65</sup> Adnan Gerçek, **Türk Vergi Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi**, Yaklaşım Yayınları, Ankara, 2006, s. 163

<sup>66</sup> Sarısu, "Amme alacağının tahsilinde teminat uygulaması"

<sup>67</sup> Gerçek, s. 156; Çelik, s. 40; Kaneti/Ekmekçi/Güneş/Kaşıkçı, s. 572; Sarıcaoğlu, s. 878

<sup>68</sup> Sarıcaoğlu, s. 878

213 sayılı VUK'un 344/2'nci maddesine göre, vergi ziyasına 359'uncu maddede yazılı fiillerle sebebiyet verilmesi durumunda bu cezanın üç kat, bu fiillere iştirak edenlere ise bir kat olarak uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. 6183 sayılı Kanun'un 9'uncu maddesinde kaçakçılık suçuna iştirak edenlere yönelik herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak doktrinde<sup>69</sup> ve Danıştay 7. Dairesi konuyla ilgili olarak vermiş olduğu bir kararda maddi menfaat gözetmiş olsun olmasın, kaçakçılık suçuna iştirak edenler için de 6183 sayılı Kanun'un 9'uncu maddesi uyarınca teminat istenebileceğine hükmetmiştir.<sup>70</sup>

Mezkur Kanunun teminata ilişkin maddelerinde, istenilecek teminat tutarının nasıl hesaplanıp belirleneceğine ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır. Sadece 9/1'inci maddesinde, vergi incelemesine yetkili memurlarca yapılan ilk hesaplara göre belirtilen miktar üzerinden teminat isteneceği belirtilmektedir. Bu fıkra kapsamında istenilecek teminatın tutarına ilişkin olarak, Tahsilat Genel Tebliği Seri: A, Sıra No:1'de, Teminat Hükümleri başlığında: "*Vergi incelemesine yetkili memurlarca yapılan ilk hesaplara göre belirtilen tutar üzerinden istenecek teminatın, vergi aslı, gecikme faizi ile ceza tutarlarını karşılayacak değerde olması gerekmektedir. Bu aşamada vergi alacağı tahakkuk etmediğinden gecikme faizinin hesabında teminat isteme yazısının düzenlendiği tarih esas alınacaktır. Ancak, gerek teminat isteme yazılarında gerekse teminat gösterme yazıları veya belgelerinde, vergi alacağının tahakkuk etmesi üzerine hesaplanacak gecikme faizi ve zammının dikkate alınacağının belirtilmesi gerekmektedir.*"<sup>71</sup> bu husus açıkça ortaya konulmuştur.

6183 sayılı Kanun'un 9/2'nci maddesi kapsamında teminatın ne tutarda isteneceğine yönelik bir açıklama bulunmamaktadır. Ancak

<sup>69</sup> Hasan Hüseyin Bayraklı/Mehmet Hatipoğlu, **Ord. Prof. Dr. Ali Fuat Başgil'in Anısına Armağan**, "Vergi Alacaklarının Takibinde Teminat İsteme ve Vergi Davasına Konu Olması", Onikilevha Yayınları, 2019, İstanbul s. 380

<sup>70</sup> Danıştay 7. D. T. 16.04.1992, E.1988/23, K.1992/1123, (aktaran, Özdemir/Şenöz, "Vergi Hukukunda Teminat Hükümlerinin Tatbiki")

<sup>71</sup> <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=11409&MevzuatTur=9&MevzuatTertip=5>

bu fıkra uyarınca istenilecek teminatın, kamu alacağını karşılayabilecek değer ya da miktarda olması gerekir.<sup>72</sup>

## **5. Teminat İsteme Usulü**

6183 sayılı Kanunun teminata ilişkin hükümler vaaz eden maddelerinde teminatın ne şekilde isteneceğine ve muhatabına iletileceğine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak mezkur Kanunun “Tebliğler ve müddetlerin hesaplanması” kenar başlıklı 8’inci maddesinde: “*Hilafına bir hüküm bulunmadıkça bu kanunda yazılı müddetlerin hesaplanmasında ve tebliğlerin yapılmasında Vergi Usul Kanunu hükümleri tatbik olunur.*” hükmü yer almaktadır. VUK’un 21’inci maddesine göre vergilendirmeyi ilgilendiren ve hüküm doğuran hususların, ilgisine yetkili makamlar tarafından yazı ile bildirilmesi gerektiğini ifade etmektedir. 6183 sayılı Kanun’un 8’inci maddesinin VUK’a yapmış olduğu atıf dolayısıyla teminatın muhatabından yazı ile istenmesi gerektiği<sup>73</sup>; aynı şekilde ihtiyati haciz nedenlerini düzenleyen 13/4’üncü maddesinin anlatımından da isteğin yazıyla yapılması gerektiği anlaşılmaktadır.<sup>74</sup> Uygulamada da tahsil daireleri tarafından, Tahsilat Genel Tebliği Ek 1’de yer alan maktu evrak düzenlenerek ilgisine tebliğ edilmektedir.

6183 sayılı Kanun’da, muhatabından teminat istenildiğinde, karşı tarafa ne kadar süre tanınacağına ilişkin de bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak yukarıda da belirtildiği üzere mezkur Kanunun 8’inci maddesinde; aksine hüküm bulunmadıkça bu Kanun’da yazılı müddetlerin hesaplanmasında VUK hükümlerinin dikkate alınacağı hükmüne yer vermektedir. Nitekim Tahsilat Genel Tebliği de bu atfa istinaden; “*6183 sayılı Kanunun 8 inci maddesi ile tebliğlerin yapılması ve sürelerin hesaplanması bakımından 213 sayılı Kanuna yapılan atıf sebebiyle, teminat isteme yazılarında verilecek sürenin 213 sayılı Kanunun 14 üncü maddesi hükmü çerçevesinde 15 günden az olmaması ge-*

---

<sup>72</sup> Candan, s. 87

<sup>73</sup> Yapar, s. 86-87;

<sup>74</sup> Candan, s. 83



rekir.” hükmüyle uygulamaya açıklık getirmiştir. Yazında da yaygın görüş en az on beş günlük sürenin tanınması yönündedir.<sup>75</sup>

## 6. Teminat Olarak Kabul Edilen Unsurlar ile Şahsi Kefalet

Tahsil dairesince teminat olarak kabul edilecek nakdi ve aynı unsurlar, 6183 sayılı Kanun’un 10’uncu maddesinde tahdidi olarak belirtilmiş, 11’inci maddede bazı koşullarla şahsi kefaletin de teminat olarak gösterilebileceğini, 12’nci maddesinde ise Kanunen teminat hükmünde olan aynı unsurların neler olduğu düzenlenmiştir.

Mezkur Kanun’un 10’uncu maddesinin<sup>76</sup> açık hükmü uyarınca burada belirtilen nakdi veya aynı unsurlar dışında hiçbir değer teminat olarak kabul edilemeyecektir.<sup>77</sup> Maddedeki amir hüküm uyarınca, Kanunun kabul edildiği tarihte yaygın olmayan ancak günümüzde çok önemli olan markalar, patentler, telif ve yayın hakları gibi ekonomik değeri çok yüksek olabilecek varlıklar veya haklar teminat olarak kabul edilmemektedir. Ancak aynı haklar, Kanun’un 13/4’üncü madde-

<sup>75</sup> Çelik, s. 40-42; Yapar, s. 87; Koçak, s. 108; Kaneti/Ekmekçi/Güneş/Kaşıkçı, s. 572; Anayasa Mahkemesi, 15.05.2019 tarih ve E:2018/142, K: 2019/38 sayılı kararında: “Kanun’da borçluya teminat göstermesi için süre verilmesi konusunda açık bir hüküm bulunmamasıyla birlikte 8. maddenin yaptığı atıf dolayısıyla 4/1/1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanunu’nun 14. maddesi uyarınca kamu borçlusuna teminat göstermesi için tanınacak sürenin on beş günden aşağı olmadığı idari uygulamada ve yargısal içtihatlarda kabul edilmektedir.”

<sup>76</sup> 6183 sayılı Kanunun, “Teminat ve değerlendirilmesi” kenar başlıklı 10. maddesi: “Teminat olarak şunlar kabul edilir:

1. Para,

2. Bankalar ve özel finans kurumları tarafından verilen süresiz teminat mektupları,

3. Hazine Müsteşarlığına ihraç edilen Devlet iç borçlanma senetleri veya bu senetler yerine düzenlenen belgeler (Nominal bedele faiz dahil edilerek ihraç edilmiş ise bu işlemlerde anaparaya tekabül eden satış değerleri esas alınır.),

4. Hükümetçe belli edilecek Millî esham ve tahvilat “Bu esham ve tahvilat, teminatın kabul edilmesine en yakın borsa cetvelleri üzerinden % 15 noksanıyla değerlendirilir.”,

5. İlgililer veya ilgililer lehine üçüncü şahıslar tarafından gösterilen ve alacaklı amme idaresince haciz varakasına müsteniden haczedilen menkul ve gayrimenkul mallar.

Teminat sonradan tamamen veya kısmen değerini kaybeder veya borç miktarı artarsa, teminatın tamamlanması veya yerine başka teminat gösterilmesi istenir.

Borçlu verdiği teminatı kısmen veya tamamen aynı değerinde başkalarıyla değiştirebilir.”

<sup>77</sup> Candan, s. 85; Yapar, s. 88; Sarıcaoğlu, s. 880

sine istinaden alacaklı idarece ihtiyati hacze konu yapılabilmektedir. Maddede teminat olarak kabul edilen unsurların günümüz koşullarında para ve sermaye piyasalarıyla, teknolojik gelişmelere paralel olarak güncellenmesi ya da nelerin teminat olarak kabul edilebileceği konusunda tahsil dairesine takdir hakkının verilmesi gerektiği haklı olarak dile getirilmektedir.<sup>78</sup>

6183 sayılı Kanun'un 10'uncu maddesinde kabul edilen nakdi teminat unsurları; para, bankalar ve özel finans kurumları tarafından verilen süresiz teminat mektupları, Hazine Müsteşarlığınca ihraç edilen devlet iç borçlanma senetleri veya bu senetler yerine düzenlenen belgeler ile hükümetçe belli edilecek milli esham ve tahvillerdir.<sup>79</sup>

Teminat olarak gösterilebilecek aynı unsurlar ise mezkur Kanunda iki ayrı maddede düzenlemiştir. Bunlardan ilki, Kanun'un 10/5'inci maddesi uyarınca ilgililer veya ilgililer lehine üçüncü şahıslar tarafından gösterilen ve alacaklı kamu idaresince haciz varakasına istinaden hacedilen menkul ve gayrimenkul mallar; diğeri de Kanun'un 12'nci maddesinde düzenlen teminat hükmünde olan eşyalardır.<sup>80</sup>

---

<sup>78</sup> Yapar, s. 88; Leyla Durukan, "Kamu Alacaklarının Korunmasında Teminat Müessesinin İncelenmesi Ve Değerlendirilmesi", **Mali Çözüm Dergisi**, Sayı: 163, Ocak-Şubat 2021, s. 205

<sup>79</sup> Nakdi teminat unsurları hakkında geniş bilgi için bak., Koçak, s. 113-117; Çelik, s. 47-49; Yapar, s. 89-94; Sarıcaoğlu, s. 881-883; Candan, s. 86

<sup>80</sup> 6183 sayılı Kanun'un "Teminat hükmünde olan eşya" kenar başlıklı 12'nci maddesi:

*"Bar, otel, han, pansiyon, çalgılı yerler, sinemalar, oyun ve dans yerleri, birahane, meyhane, genel evler içerisinde bulunan eşya ve malzeme 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 270, 271 inci maddeleri hükümleri mahfuz kalmak şartıyla bu müesseselerin işletilmesinden doğan amme borçlarına karşı teminat hükmündedir.*

*Noterden tasdikli icar mukavelesinde gayrimenkul sahibinin demirbaşı olarak kayıtlı eşya ve malzemesi ile otel, han ve pansiyonlardaki misafir ve kiracıların kendilerine ait eşyaları bu hükümden hariçtir.*

*Üçüncü şahısların Medeni Kanunun 688 ve Borçlar Kanununun 222 nci maddelerine müsteniden yapacakları istihkak iddiaları mahfuz kalmak şartıyla, bu yerlerdeki mallar üzerindeki istihkak iddiaları alacaklı amme idaresinin bu teminat hakkını ihlal etmez."*; teminat olarak gösterilebilecek aynı unsurlar hakkında bak., Yapar, s. 94-98; Sarıcaoğlu, s. 883-885; s. 888-890; Çelik, s. 50-53

6183 sayılı Kanun'un 11'inci maddesinde<sup>81</sup>, aynı Kanun'un 10'uncu maddesinde belirlenen tür ve tutarda teminat gösteremeyen veya gösterdiği teminat kabul edilmeyen kamu borçlusuna şahsi kefalet gösterebilme imkanı tanımaktadır. Kefalet, bir kimsenin borçlunun yükümlülük altına girdiği borcun ödenmesini temin etmeyi, alacaklıya karşı taahhüt ettiği bir sözleşmedir.<sup>82</sup> 11'inci madde, kefil olarak gösterilecek kişinin, muteber bir şahıs olmasını, müteselsil kefil veya müşterek müteselsil borçlu sıfatlarını taşıması ve kefalet tespit edilecek şartlara uygun olarak, noterden tasdikli sözleşme<sup>83</sup> ile tesis edilmiş olması şartıyla kabul edilebileceğini belirtmiştir. Dolayısıyla adi kefalet kabul olunmayacaktır.<sup>84</sup>

Alacaklı tahsil dairesi, kamu borçlusu tarafından gösterilen şahsı, kefil olarak kabul edip etmemekte takdir yetkisine sahiptir.<sup>85</sup> Doktrinde, gösterilen şahsın, şahsi kefalet için aranan koşulları taşıyor olmasına rağmen, alacaklı tahsil dairesinin onu kabule zorlamayacağı dile getirilmektedir.<sup>86</sup> Kamu borçlusunun, Kanunda belirtilen koşulları taşıyan birini kefil olarak göstermesine rağmen tahsil dairesinin bu şahsı kabul etmemesi, kamu borçlusunun sonraki aşamalarda hukuki durumunu etkileyeceğinden, idarenin bu tasarrufunu dava konusu yapması mümkündür.

Kamu alacağının şahsi kefiliden tahsili durumunda, ödeme yapıldığına dair kefile bir belge verilir. Kefil, bir ispat aracı olarak kabul

---

<sup>81</sup> 6183 sayılı Kanun'un, "Şahsi kefalet" kenar başlıklı 11'inci maddesi:  
*"10 uncu maddeye göre teminat sağlayamayanlar muteber bir şahsı müteselsil kefil ve müşterek müteselsil borçlu gösterebilirler.  
Şahsi kefalet tesbit edilecek şartlara uygun olarak noterden tasdikli mukavele ile tesis olunur.  
Şahsi kefaleti ve gösterilen şahsı kabul edip etmemekte alacaklı tahsil dairesi muhtardır.  
Amme alacağını ödiyen kefile buna dair bir belge verilir."*

<sup>82</sup> Çelik, s. 54

<sup>83</sup> Bu sözleşme, Tahsilat Genel Tebliği Seri: A, Sıra No:1, Ek-2'deki şahsi kefalet senedine göre akdedilir.

<sup>84</sup> Candan, s. 88-89; Gerçek, s. 162; Sarıcaoğlu, s. 887

<sup>85</sup> Çelik, s. 55; Mutluer/Kuzeyli, s. 319

<sup>86</sup> Candan, s. 89

edilen bu belgeye dayanarak yapmış olduğu ödemeler için asıl borçlu-  
ya rücu edebilir.<sup>87</sup>

## **7. Teminat ile İlgili Özellik Gösteren Haller**

***Teminatın tamamlattırılması veya başka teminat istenmesi:***  
6183 sayılı Kanun'un 10'uncu maddesinin ikinci fıkrasına göre, verilmiş olan teminatın, sonradan tamamen veya kısmen değerini kaybetmesi ya da borç miktarının artması durumunda, alacaklı tahsil dairesi tarafından teminatın tamamlanması veya yerine başka teminat gösterilmesinin isteneceğini ifade etmektedir. Mezkur fıkradaki bu hükümden alacaklı idarenin, teminat olarak gösterilen değer/değerlerin maddi karşılığının sürekli takip etmesi yükümlüğü verdiğini, yine değer kaybı veya borç miktarı artışı durumunda takdiri değil, zorunlu olarak bu süreci işletmesi gerektiği anlaşılmaktadır.<sup>88</sup> Örneğin daha önce teminat olarak alınan makine veya benzeri eşyaların model değişikliği nedeniyle değerinin düşmesi ya da teminat olarak gösterilmiş olan hisse senedi veya tahvillerin serbest piyasa koşullarında değerinin değişmiş olması;<sup>89</sup> gecikme zammı veya gecikme faizi gibi sebeplerle borç tutarının artması durumunda<sup>90</sup> alacaklı tahsil dairesi, kamu borçlusundan teminatın tamamlanmasını ve/veya değiştirilmesini isteyecektir.

Kamu borçlusu lehine üçüncü kişilerce teminat gösterilmiş olması durumunda da teminatın tamamlanması veya değiştirilmesi bu üçüncü kişiden değil, kamu borçlusundan istenecektir.<sup>91</sup> Kamu borçlusu bu zorunluluğu yerine getirmediği takdirde, kamu alacağının teminatsız kalan veya teminata bağlanmamış kısmı için ihtiyati haciz kararı alınabilir.<sup>92</sup>

---

<sup>87</sup> Mutluer/Kuzeyli, s. 319; Sarıcaoğlu, s. 888

<sup>88</sup> Sarıcaoğlu, s. 892

<sup>89</sup> Çelik, s. 56-57

<sup>90</sup> Yapar, s. 101, Sarıcaoğlu, s. 893

<sup>91</sup> Yapar, s. 101

<sup>92</sup> Çelik, s. 57, Candan, s. 87

**Teminatın borçlu tarafından değiştirilmesi:** 6183 sayılı Kanunun 10. maddesinin son fıkrası, kamu borçlusuna, verdiği teminatı kısmen veya tamamen aynı değerde başka teminatlar ile değiştirebilme imkanı tanımaktadır. Daha önce verilen teminatın yerine gösterilmek istenen teminat, Kanun'da belirtilen teminatlardansa ve ilki ile aynı değerdeyse alacaklı kamu idaresi, bu isteği kabul etmemektedir.<sup>93</sup> Aksi durumda, talebi kabul edilmeyen kamu borçlusunun bunu vergi mahkemesine taşıması söz konusu olabilir.<sup>94</sup> Fıkıradaki bir açıklık bulunmasa da borçlu lehine üçüncü kişilerce teminat gösterilmiş olunması durumunda, bu üçüncü kişilerin de bu imkandan faydalanabileceği düşüncesindeyiz.

**Teminatların korunması, nemalarının durumu ve iadesi:** Teminat olarak kabul edilmiş olan değerler, 6183 sayılı Kanun'un hacz edilen menkul ve gayrimenkul malların korunmasına ilişkin düzenlemelerin yer aldığı 82, 83 ve 88'inci madde hükümleri doğrultusunda korunurlar.<sup>95</sup>

6183 sayılı Kanun'da teminatın iadesi ile ilgili herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Doğaldır ki teminatın alınış nedeni ortadan kalktığında teminatın da iade edilmesi gerekecektir.<sup>96</sup> Örneğin; kamu alacağının ödenmesi, yargı organlarınca terkinin,<sup>97</sup> teminat isteme talebinin mahkeme kararıyla iptal edilmesi, teminat istemine süreç içerisinde gerek olmadığına idarece karar verilmesi gibi durumlarda teminat iade edilmelidir.<sup>98</sup> Öte yandan, teminat olarak gösterilen menkul veya gayrimenkul malların, teminatın devamı süresince ortaya çıkan nemaları da borçluya ait olup bunların da verilmesi gerekir.<sup>99</sup>

---

<sup>93</sup> Candan, s. 87

<sup>94</sup> Çelik, s. 57

<sup>95</sup> Koçak, s. 125; Çelik, s. 58

<sup>96</sup> Çelik, s. 58; Candan, s. 87

<sup>97</sup> Çelik, s. 58

<sup>98</sup> Sarıcaoğlu, s. 894

<sup>99</sup> Yapar, s. 104

## **8. Teminat İstemine Karşı Dava Açma**

6183 sayılı AATUHK'un 9'uncu maddesi uyarınca alacaklı tahsil dairesinin kamu borçlusundan teminat istemine ilişkin talep yazısı, muhatabının hukuki durumunu etkileyen, sonuçta muhatap teminat gösterse de göstermese de bazı hukuki neticeleri doğuran bir idari işlemdir. Nitekim kamu borçlusu belirtilen süre içerisinde teminat göstermez veya gösterdiği teminat/kefil kabul edilmemiş ise ihtiyati haciz ve/veya ihtiyati tahakkuk yoluna gidilmek suretiyle kamu alacağını güvence altına alan diğer işlemlere başvurulabilecektir.<sup>100</sup> Diğer taraftan kamu borçlusunun teminat göstermesi durumunda da göstermiş olduğu değerler üzerinde kullanma, yararlanma veya tasarruf yetkisi teminat süresince kısıtlanmış olacaktır.<sup>101</sup> Teminat istemine ilişkin talep yazısının, kamu borçlusunun menfaatini etkileyen, hukuki durumunda kimi değişikliklere sebebiyet veren, kesin ve yürütülmesi gereken bireysel bir idari işlem olduğu gerek doktrinde gerekse de yargı kararlarında kabul edilmektedir.<sup>102</sup>

Tesis edilen idari işlemlerin, hukuk devletinde, dayanağı olan mevzuata uygun olarak yapılması ve uygulanması gerekir. Bu, kanunilik ilkesinin ve devamında bağlayıcı kaynaklara göre hareket etmek gerekliliğinin de doğal sonucudur. Alacaklı tahsil dairesinin bir idari işlemi olan teminat istemine muhatap olan kişi, bunu hukuken sorguluyorsa, doğal olarak buna karşı dava açabilecektir. Zira Anayasa ge-

---

<sup>100</sup> Bayraklı/Hatipoğlu, s. 389; Çelik, s. 58

<sup>101</sup> Bayraklı/Hatipoğlu, s. 398

<sup>102</sup> Candan, s. 84; Bayraklı/Hatipoğlu, s. 398; Yapar, s. 108; Açar, s. 169; Danıştay 9. D., 15.02.2006 tarih ve E:2004/770, K: 2006/333: Teminat istenmesine ilişkin dava konusu yazı, davacının hukukunu etkileyen, kesin ve yürütülmesi zorunlu işlem niteliğinde olup idari davaya konu olabilecek işlem olarak değerlendirilmesi gerektiği(Candan, dipnot:104, s. 84) benzer yönde Danıştay 4. D., 15.10.2008 tarih ve E: 2008/5821, K: 2008/3601: "Vergi idarelerinin vergi hukuku alanında tesis ettikleri ve verginin tahsilinin güvence altına alınmasına ilişkin işlemlerden olan teminat istenmesini gerektiren haller aynı zamanda ihtiyati haczin nedenini oluşturmakta olup teminat gösterilmemesi halinde hedef aldığı kişi ya da kişilerin varlıklarının ihtiyaten haczi yoluna gidilebileceğinden, bu kişilerin menfaatini etkileyen hukuki sonuçlar meydana getiren dava konusu teminat istenilmesine ilişkin işlem kesin ve yürütülmesi zorunlu bir idari işlem niteliği taşımaktadır." (www.kazancı.com).

reği, tahkim yolu öngörülen haller dışında idarenin her türlü işlem ve eylemi yargı denetimine tabidir (Anayasa m.125/1). Nitekim Anayasa Mahkemesi bu konuya ilişkin, 15.05.2019 tarih ve E:2018/142, K: 2019/38: “12. Teminat isteme işleminin iptali ve hukuka aykırı şekilde tesis edilen teminat isteme işlemi nedeniyle uğranıldığı ileri sürülen zararların tazmini talebiyle ilgililer tarafından idari dava yoluna başvurulması mümkündür.” tespit ve açıklamasında bulunmaktadır.

Teminat istemi, mali yükümlülüklerde tahsilat aşaması işlemi olması nedeniyle görevli mahkeme, 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun’un (BİMKK) 6’ncı maddesi uyarınca vergi mahkemesidir.<sup>103</sup> Yetkili mahkeme ise alacaklı tahsil dairesi sıfatıyla teminat isteme yazısını düzenleyip tebliğ eden dairenin, yetki alanı içerisinde yer aldığı vergi mahkemesidir. Dava açma süresine ilişkin olarak, 6183 sayılı AATUHK’da özel bir hüküm yer almadığından, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun (İYUK) dava açma süresini düzenleyen 7/1’inci maddesi<sup>104</sup> uyarınca 30 gün olup, açılan dava yürütmeyi kendiliğinden durdurmamaktadır.<sup>105</sup>

Vergi mahkemesinde açılacak dava, kural olarak iptal davası olacaktır. Burada teminat isteme yazısının bir idari işlemde bulunması gereken yetki, şekil, sebep, konu ve maksat unsurları yönünden hukuka uygunluğu yani hukuki denetimi yapılacak; hukuka aykırı olduğuna karar verildiğinde işlem, tesis edildiği andan itibaren geçersiz

<sup>103</sup> 2576 sayılı Kanun’un, “Vergi mahkemelerinin görevleri” kenar başlıklı 6’ncı maddesi:

*“Vergi mahkemeleri:*

- a) Genel bütçeye, il özel idareleri, belediye ve köylere ait vergi, resim ve harçlar ile benzeri mali yükümler ve bunların zam ve cezaları ile tarifelere ilişkin davaları,
  - b) (a) bendindeki konularda 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun uygulanmasına ilişkin davaları,
  - c) Diğer kanunlarla verilen işleri,
- Çözümler.”*

<sup>104</sup> 2577 sayılı Kanun’un, “Dava açma süresi” kenar başlıklı 7/1’inci maddesi: “1. Dava açma süresi, özel kanunlarında ayrı süre gösterilmeyen hallerde Danıştayda ve idare mahkemelerinde altmış ve vergi mahkemelerinde otuz gündür.”

<sup>105</sup> Bayraklı/Hatipoğlu, s. 402; Yapar, s. 109

olacaktır.<sup>106</sup> Diğer taraftan açılacak dava iptal davasının yanında tam yargı davasını da içerebileceği gibi, iptal davasından sonra da tam yargı davası açılabilir. Zira Anayasa'nın 125/7'nci fıkrasında "İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür" hükmünü, 129/5'inci fıkrasında ise "Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir." hükmünü içermektedir. Söz konusu Anayasa maddeleri yarıncı Kanuna aykırı olarak teminat istenmesi durumunda, zarara uğrayan muhatabın bu zararlarının tazmini gündeme gelebilecektir.<sup>107</sup>

Yapılacak hukuki denetim, idari işlemin diğer unsurlarıyla birlikte sebep unsuruna ilişkin de yapılabilir. Teminat isteme sebebinin AATUHK'un 9/1 veya 9/2'nci maddelerinde belirtilen koşullara göre yapılıp yapılmadığına ilişkin hukuki denetim yapılırken, teminatın istenildiği tarihteki duruma/koşullara bakılarak değerlendirme yapılmalı ve karar verilmelidir.<sup>108</sup> Öte yandan, teminat isteminin nedeni olan muhtemel kamu alacağına ilişkin daha sonra yapılan tarhiyatın dava konusu edilmesi ve bunun iptali, daha önceden tesis edilmiş bulunan teminat isteme işlemini hukuka aykırı hale getirmez.<sup>109</sup> Teminat isteme işleminin Kanun'a uygun olup olmaması, yapılacak tarhiyat işlemlerinden ayrı ve bağımsız olarak bir dava konusu oluşturmaktadır. Kanun tarafından bu iki işlem arasında kurulmuş bir bağ veya illiyet bulunmamaktadır.<sup>110</sup>

---

<sup>106</sup> Sarıcaoğlu, s. 896

<sup>107</sup> Sarısu, "Amme alacağının tahsilinde teminat uygulaması"

<sup>108</sup> Candan, s. 85; Yapar, s. 108

<sup>109</sup> Candan, s. 85; Yapar, s. 109; Dan. VDDK., 18.11.2005 tarih ve E:2005/148, K: 2005/255: "Özel kanunlarına göre henüz tahakkuk etmemiş vergi ve cezalar hakkında, kamu alacağının güvenceye bağlanması amacıyla öngörülen teminat istenmesi, ihtiyati tahakkuk ve ihtiyati hacze karşı açılacak davaların, dava konusu edilmekle tahsili duran vergi ve cezalar hakkında yapılacak yargılamadan ayrı ve bağımsız olarak incelenmesi gerekmektedir.", (aktaran, Candan, dipnot: 105, s. 85)

<sup>110</sup> Sarıcaoğlu, s. 896-897



6183 sayılı Kanun'un 9 ila 12'nci maddeleri arasında dava konusu olabilecek başkaca idari işlemler de bulunmaktadır. Örneğin, teminat olarak gösterilen değerın veya şahsi kefaletin idarece kabul edilmemesi, teminatın değiştirilme talebinin reddi, teminatın tamamlatırılması veya yerine başka teminat gösterilmesini isteme işlemleri, teminatın iade istemine ilişkin talebin reddi işlemleri için de iptal davası açılabilir.<sup>111</sup>

## Sonuç

Sürekliлик arz eden kamu hizmetlerinin aksamadan ve zamanında yerine getirilebilmesi, bunların finansmanına kaynaklık eden kamu gelirlerinin ilgili mevzuatlarında belirtilen zamanda tahsiline bağılıdır. Kamu gelirlerinin devlet ve toplum açısından taşıdığı önemden dolayı, alacaklı idarelere bunların takip ve tahsilinde özel hukuk alacaklarından farklı olarak mevzuatta bazı imtiyazlar verilmiştir. Kanun koyucu, kamu alacaklarının takip ve tahsilinde uygulanmak üzere 6183 sayılı AATUHK'ı kabul etmiştir. Mezkur Kanun, kamu alacaklarının tahakkuk veya vade tarihlerinde önce bunların tahsilini garantiye almak veya kolaylaştırmak amacıyla bazı önlemlere yer vermektedir. Bu önlemlerden biri de kanunda belirtilen şartların gerçekleşmesi durumunda ilgisinden teminat istenmesidir. Teminat, kamu alacağının tahsil edilmesini engellemek için bazı yollara tevessül eden ve/veya riske sokan kamu borçlusuna karşı, alacaklı idareyi alacağını tahsil etme noktasında rahatlatan ve güvence veren hukuki bir kurumdur. Teminat istenmesini gerektirir hallerin ortaya çıkması durumunda bağılı yetki ile donatılmış olan tahsil dairesinin, Kanun hükümlerini uygulaması, aynı zamanda görev ve sorumluluğunun da bir gereğidir.

Teminat istenmesini gerektiren sebeplerden ilki, 6183 sayılı Kanununun 9/1'inci maddesinde; *"213 sayılı Vergi Usul Kanununun 344 üncü maddesi uyarınca vergi ziyai cezası kesilmesini gerektiren haller **ile** 359 uncu maddesinde sayılan hallere temas eden bir amme alacağı-*

<sup>111</sup> Sarıcaoğlu, s. 897-898

*nın salınması için gerekli muamelelere başlanmış olduğu takdirde vergi incelemesine yetkili memurlarca yapılan ilk hesaplara göre belirtilen miktar üzerinden tahsil dairelerince teminat istenir.” hükmünü içermektedir. Fıkra yer alan “ile” bağlacının nasıl yorumlanacağı ile ilgili olarak doktrinde ve uygulamada farklı yaklaşımlar bulunmaktadır. Doktrinde bazı yazarlar “ile” bağlacını “veya, ya da” manasında yorumlayarak ister VUK’un 344’üncü maddesi uyarınca, isterse de VUK 359’üncü madde uyarınca vergi ziyayı cezası kesilmesi için tarh işlemlerine başlanmış olması hallerinin her birini alacaklı idarenin teminat isteme sebebi olarak kabul etmekte iken; kimi yazarlar ve bu arada idarece yayımlanan Tahsilat Genel Tebliği Seri: A, Sıra No:1’de vergi idaresi, fıkra geçen “ile” bağlacının “ve” şeklinde yorumlanması gerektiği şeklindedir.*

6183 sayılı Kanununun 9/1’inci maddesinin tarihi gelişimine/değişimine bakıldığında; Kanunun ilk kabul edildiği tarihte teminat sebebi olarak, sadece kasten kaçakçılık suçunu oluşturan fiillerle vergi ziyasına neden olunmasını kabul ettiği, 1980 yılında mezkur maddede kanun koyucu tarafından yapılan değişiklikle bu sebebe ağır kusurla vergi ziyasına neden olmayı da eklediğini ve en son 1998 yılında yapılan değişiklikle de artık kasıt şartının aranmadığı kaçakçılık suçunu oluşturan fiillerle vergi ziyasına neden olunması yanında, VUK 344’üncü maddesi uyarınca vergi ziyasına sebebiyet verilen diğer nedenlerin de dahil edildiğini ve teminat isteme nedenlerini genişletme niyetini ortaya koyduğu söylenebilir.

Benzer şekilde, muhtemel kamu borçlusunun ister VUK’un 359’üncü maddesinde belirtilen ve kaçakçılık suçunu oluşturan fiillerle, isterse de VUK’un 344’üncü maddesinin yapmış olduğu atıf dolayısıyla VUK 341’inci maddesinde belirtilen hallerle vergi ziyasına sebebiyet vermesinin (bunların suç veya kabahat kaynaklı oluş bir yana), ortaya çıkan/çıkacak “*kamu alacağı*” kapsamında bir fark yaratmadığı/yaratmayacağı düşüncesindeyiz. Her ne kadar mükellefin veya vergi sorumlusunun VUK 359’üncü maddesinde sayılan fiillerle vergi ziyasına sebebiyet vermesi halinde, mezkur maddenin şimdiki halinde kasten ibaresi yer almayacak olsa da ilgililerin bunu kural olarak bile-

rek/isteyerek işledikleri/işleyebilecekleri ve dolayısıyla kötü niyetli oldukları ve bunun neticede kamu alacağının tahsilini tehlikeye düşürdüğü/düşüreceği, buna istinaden teminat istendiği söylenilebilirse de aynı durumun VUK'un 341'inci maddesinde belirtilen ve vergi ziyana neden olunan örneğin mükellefin bilerek beyanname vermemesi, eksik veya yanlış beyanname vermesi, şahsi, medeni haller veya aile durumu hakkında gerçeğe aykırı beyan durumlar için de geçerli olabilir.

Alacaklı tahsil dairesinin mezkur Kanun'un 9'uncu maddesi çerçevesinde kamu borçlusundan teminat istemesi, idare hukuku anlamında bir idari işlemdir ve buna karşı iptal ve/veya tam yargı davası açılabilir. Çünkü işleme muhatap olan kişi, teminat gösterse de göstermese de bunun bir takım hukuki neticeleri olmakta ve ilgilinin hukuki durumunu etkilemektedir.

Teminat istenmesini gerektiren durumların çerçevesi Kanunla belirtilmiş olsa da bunların işletilmeye başlanması noktasında yine Kanunla bazı durumlarda idareye takdir hakkının verildiği görülmektedir. Mevzuatın idareye takdir hakkı vermiş olması, idarenin keyfi, özensiz davranabileceği anlamına gelmez. İdare, tasarrufunu/tercihini hangi yönde kullanırsa kullansın bunun mutlaka bir gerekçesinin, dayanağının bulunması gerekir. Zira tahsil dairesinin, Türkiye'de ikametgahı bulunmayan kişiden teminat istemesi ve bu kişinin de bunu dava konusu yapması durumunda idarenin, bu fıkra uyarınca şartların gerçekleşmiş olduğunu mahkemede ispatlaması; teminat istenmemesinden dolayı alacaklı idarenin alacağının tehlikeye girmesi veya tahsilatın gerçekleşmediği durumlarda da belki açılacak bir idari soruşturmada ve/veya rücu talebinde, takdir yetkisini kullanacak makamda bulunanın neden teminat istenmediğini, hukuki bir zeminde gerekçelendirip ortaya koyması gerekecektir. Tahsil dairesinin bu yetkisini kullanırken, hem kamu alacağını güvene alma hem de kamu borçlusuna kolaylık sağlama arasındaki dengeyi gözetmesi ve takdir yetkisinin kullanılmasına egemen olan ilkelere uygun davranması gerekir. Zira kamu alacağını korumaya yönelik teminat hükümlerinin uygulanması ile muhatabın özellikle mülkiyet, sos-

yal/toplumsal ve iktisadi haklarının ihlali arasında ince bir çizgi bulunmaktadır ve bunun gözetlenmesi gerekmektedir.

### **Kaynakça**

- Ağar, Serkan, Vergi Tahsilatından Kaynaklanan Uyuşmazlıklar ve Çözüm Yolları, Yaklaşım Yayınları, Ankara, 2009
- Akdoğan, Abdurrahman, Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi, Gazi Kitabevi, 11. Baskı, Ankara, 2013
- Ay, Hakan/Baran, Tülay, “Kamu Alacaklarının Korunma Yöntemleri ve Bir Değerlendirme”, Sosyoekonomi, 2014, Sayı:21, s.40, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/197773>, (15.06.2021)
- Barlass, İrfan, Kamu Alacaklarının Haciz Yoluyla Takibi, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2017
- Batı, Murat, “6183 Sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun’un İşlevsiz Hükümleri”, Vergi Sorunları Dergisi, Sayı:369, Haziran 2019
- Bayraklı, Hasan Hüseyin, Vergi İcra Hukuku, Afyon Kocatepe Üniversitesi Yayını, No.38, Afyonkarahisar, 2009
- Bayraklı, Hasan Hüseyin/Hatipoğlu, Mehmet, Ord. Prof. Dr. Ali Fuat Başgil’in Anısına Armağan, “Vergi Alacaklarının Takibinde Teminat İsteme ve Vergi Davasına Konu Olması”, Onikilevha Yayınları, 2019
- Baysal, Eda, “Vergi Hukuku Yönünden Amme Alacağının Korunmasına Dair Güvence Önlemlerinden Olan ‘Teminat İsteme’ Uygulamasında ‘Yetki’ ve ‘Neden’ Unsurlarının Tahlili”, Legal Mali Hukuk Dergisi, Haziran 2009
- Bilici, Nurettin, Vergi Hukuku, 50. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2020
- Candan, Turgut, Açıklamalı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, Yetkin Yayınları, 4. Baskı, Ankara, 2018

- Çelik, S. Binnur, Kamu Alacaklarının Takip ve Tahsil Hukuku(Vergi İcra Hukuku), Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2018
- Doğrusöz, Bumin, “Vergi İdaresinin Teminat İstemi”, <https://www.dunya.com/kose-yazisi/vergi-dairesinin-teminat-talebi/23939>, (12.06.2021)
- Durukan, Leyla, “Kamu Alacaklarının Korunmasında Teminat Müessesinin İncelenmesi Ve Değerlendirilmesi”, Mali Çözüm Dergisi, Sayı: 163, Ocak-Şubat 2021
- Gerçek, Adnan, Türk Vergi Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara, 2006
- Kaneti, Selim/Ekmekci, Esra/Güneş, Gülsen/Kaşıkçı, Mahmut, Vergi Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019
- Karadağ, Neslihan Coşkun, “Vergi Alacağının Güvence Altına Alınmasında Teminat, İhtiyati Haciz ve İhtiyati Tahakkuka İlişkin Özelikli Durumlar”, Maliye Dergisi, Sayı:162, Yıl:2012
- Karakoç, Yusuf, Genel Vergi Hukuku, Yetkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara, 2019
- Karakoç, Yusuf, Genel Vergi Hukuku, Yetkin Yayınları, 4. Baskı, Ankara, 2007
- Kızılot, Şükrü/Şenyüz, Doğan/Taş, Metin/Dönmez, Recai, Vergi Hukuku, Yaklaşım Yayınları, Ankara, 2006
- Koçak, Muhsin, Vergi-İcra Hukuku, Seçkin Yayınevi, 2. Baskı, Ankara, 2018
- Mutluer, Kamil / Kuzeyli, N. Nilay Dayanç, Vergi Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019
- Oktar, S. Ateş, Vergi Hukuku, Türkmen Kitabevi, 22. Baskı, İstanbul, 2017
- Ozansoy, Ahmet, “Teminat ve İhtiyati Hacizde “İle” nin Hayati Önemi”, Yaklaşım Dergisi, Sayı: 174, Yıl: 2007, (elektronik versiyon)

Öner, Erdoğan, Vergi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 5. Baskı, Ankara, 2015

Özdemir, Muharrem/Şenöz, Yadigar, “Vergi Hukukunda Teminat Hü-  
kümlerinin Tatbiki”,  
<https://www.alomaliye.com/2020/07/28/vergi-hukukunda-teminat-hukumlerinin-tatbiki/>, (10.06.2021)

Sarıcaoğlu, Ercan, “Kamu Alacağının Korunmasına Yönelik Bir Önlem: 6183 Sayılı Kanuna Göre Teminat”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 22, Sayı: 2, 2020

Sarısu, Gökçe, “Amme alacağının tahsilinde teminat uygulaması”,  
<https://www.vergidegundem.com/makale?categoryName=Ekonomist&publicationNumber=5&publicationYear=2009&publicationId=666661110>, (12.06.2021)

Şentürk, Akın Gencer, “Amme Alacaklarının Korunması Yöntemlerinden “Teminat İsteme” Uygulamasının İhtiyati Tahakkuk-İhtiyati Haciz Müesseseleri İle Bağlantısının Ortaya Konulması ve Bir İdari İşlem Olarak Vergi Hukuku Yönünden İrdelenmesi”, 15, <http://agencerhukuk.com/014.pdf>, (14.06.2021)

Şenyüz, Doğan, “İflasta Vergi Alacakları ve Sırası”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:67, Sayı: 4, 2018

Şenyüz, Doğan/Yüce, Mehmet/Gerçek, Adnan, Vergi Hukuku, Ekin Kitapevi, 11. Baskı, Bursa, 2020

Taşkan, Yusuf Ziya, Vergi Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018

Yapar, Burcu Kuzucu, Türk Vergi Hukukunda Kamu Alacaklarını Güvence Altına Alan Önlemler, (Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019)

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

<https://anil-antonetti.com/tr/turk-hukuku-teminat/>, (10.07.2021)

<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=11409&MevzuatTur=9&MevzuatTertip=5>

<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2019/06/20190620-8.pdf>,  
(10.06.2021)

<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2019/06/20190620-8.pdf>, (10.06.2021)

<https://anil-antonetti.com/tr/turk-hukuku-teminat/>, (10.07.2021)

## **CAN CHINA BE HELD RESPONSIBLE FOR ITS ROLE IN THE OUTBREAK OF COVID-19 PANDEMIC?<sup>1</sup>**

*Çin, Kovid-19 Pandemisinin Yayılmasından Sorumlu Tutulabilir mi?*

**Mesut ŞÖHRET\***

### **Abstract**

A breach of an international obligation entails that State's international responsibility, which entails a reparation obligation of that State or the right of the injured State to seek redress or to resort to countermeasures, or, in certain cases, the international community as a whole to respond by certain means to this unlawful act. The most usual consequence of an act contrary to international law is that the state that suffered from this act automatically resorted to the measures and procedures stipulated in international law in order to fulfill the obligation violated by the state that came into effect or to obtain redress from that state.

When we look at the studies on the concept of state responsibility in the literature, it is seen that there is a violation of the obligation

---

<sup>1</sup> This study is derived from the paper entitled "The Concept of State Responsibility and COVID-19 Pandemic" presented by the author at Selcuk Law Congress 2020 held in Konya / Turkey between 17-19 December 2020

\* Assist. Prof. Dr. Gaziantep University, Faculty Member of International Relations Department, [sohretmesut@yahoo.com](mailto:sohretmesut@yahoo.com), ORCID- ID: 0000-0003-4052-9286



in the regional sense due to the arrangement of the damages caused by the neighboring states to each other or the damage of more than one state as a result of an event. In this regard, within the scope of the concept of state responsibility, it is seen that a phenomenon such as the pandemic, which affects all the states of the world globally, is not discussed much. Although the studies on COVID-19 so far have generally dealt with the economic, political, psychological, sociological and health services dimensions caused by the pandemic, it is seen that the issue has not been examined much from the international law dimension.

This is also valid for the COVID-19 Pandemic, which affected the whole world and caused more than 4.5 million deaths and nearly 1 billion people to become ill. At this point, people and governments are trying to find the answer to the question of who is or should be responsible for this global epidemic. In a way, everyone is looking for a scapegoat. In particular, the USA and European states expect China to take full responsibility as a state and compensate for its losses on the grounds that it does not fulfill its international obligations and causes the spread of the COVID-19 pandemic to the world. In this respect, this study explains the concept of state responsibility in international law in general and examines the approaches to the COVID-19 pandemic through this concept. Although the studies on COVID-19 so far have generally dealt with the economic, political, psychological, sociological and health services dimensions caused by the pandemic, it is seen that the issue has not been examined much from the international law dimension.

In the study, the basic principles regarding the concept of State Responsibility were explained using the literature review method, and then the problem of whether the Chinese government fulfilled its responsibilities and international obligations in the spread of the COVID-19 epidemic to the whole world was tried to be examined. Although the concept of state responsibility is one of the basic principles of international law, there are not many academic studies directly examining this issue in the literature, since the pandemic, which

has been affecting the whole world for about two years, is relatively new. In this respect, it is expected that this study will contribute to the literature.

**Key Words:** International Law, State Responsibility, COVID-19 Pandemic, International Wrongful Act, Breach of International Obligation,

## **Özet**

Uluslararası bir yükümlülüğün ihlali, o Devletin uluslararası sorumluluğunu gerektirir, bu da ilgili devletin tazminat yükümlülüğünü veya zarar gören devletin tazminat arama ya da karşı önlemlere başvurma hakkını veya bazı durumlarda belirli yollarla bu yasa dışı eyleme karşı uluslararası toplumun bir bütün olarak yanıt verme hakkını gerektirmektedir. Uluslararası hukuka aykırı bir fiilin en olağan sonucu, bu fiilden zarar gören devletin, ihlal ettiği yükümlülüğünü yerine getirmek veya tazminini sağlamak için otomatik olarak uluslararası hukukta öngörülen tedbir ve usullere başvurusudur.

Literatürde devlet sorumluluğu kavramı ile ilgili çalışmalara bakıldığında genel itibariyle çalışmaların komşu devletlerin birbirlerine verdikleri zararların tanzim edilmesi veya meydana gelen bir olay neticesinde birden fazla devletin zarar görmesi nedeniyle bölgesel anlamda oluşan bir yükümlülük ihlalinin olduğu görülmektedir. Bu bakımdan devlet sorumluluğu kavramında küresel olarak tüm dünya devletlerini etkileyen pandemi gibi bir olgunun pek fazla tartışılmadığı görülmektedir.

Bu durum tüm dünyayı etkileyen ve 4,5 milyondan fazla insanın ölmesine ve yaklaşık 1 milyar insanın hasta olmasına neden olan COVID-19 Pandemisi içinde geçerlidir. Geline noktada insanlar ve hükümetler sözkonusu bu küresel salgından kimin sorumlu olduğu veya olması gerektiği sorusunun cevabını bulmaya çalışıyorlar. Bir bakıma aslında herkes bir günah keçisi arıyor. Özellikle ABD ve Avru-

palı devletler, Çin'in uluslararası yükümlülüklerini yerine getirmediği ve COVID-19 pandemisinin dünyaya yayılmasına neden olduğu gerekçesiyle devlet olarak tüm sorumluluğu üstlenmesini ve meydana gelen zararlarının karşılanmasını bekliyorlar. Bu bakımdan bu çalışma genel olarak Uluslararası hukukta yer alan devlet sorumluluğu kavramını açıklayarak bu kavram üzerinden COVID-19 pandemisine yönelik yaklaşımları incelemektedir. Şimdiye kadar yapılan COVID-19 ile ilgili çalışmalar genel olarak pandeminin neden olduğu ekonomik, siyasi, psikolojik, sosyolojik ve sağlık hizmetleri boyutuyla ele alsalarda konunun uluslararası hukuk boyutundan pek fazla incelenmediği görülmektedir.

Çalışmada literature taraması yöntemi kullanılarak Devlet Sorumluluğu kavramına ilişkin olarak temel prensipler açıklanmış ve sonrasında ise Çin hükümetinin COVID-19 salgının tüm dünyaya yayılmasındaki sorumlulukları ve uluslararası yükümlülükleri yerine getirip getirmediği sorunsalı incelenmeye çalışılmıştır. Her he kadar devlet sorumluluğu kavramı uluslararası hukukun temel prensiplerinden biri olsa da yaklaşık 2 yıldan beri tüm dünyayı etkileyen pandeminin göreceli olarak yeni olması nedeniyle literatürde doğrudan bu konuyu inceleyen pek fazla akademik çalışma bulunmamaktadır. Bu bakımdan bu çalışmanın literature katkı sağlayacağı beklenmektedir.

**AnahtarKelimeler:** Uluslararası Hukuk, Devlet Sorumluluğu, COVID-19 Pandemisi, Uluslararası Haksız Eylem Uluslararası Yükümlülüğün İhlali

## **Introduction**

While state responsibility as a concept that comprises the conditions and consequences of a wrongdoing has become dominant in international law, for a long time this concept was given scant scholarly attention. International responsibility is a regime of responsibility of international law. However, in order to understand this respon-

sibility regime, the basic concepts of general liability law must be known. Defining and naming international law concepts and rules by analogy with the concepts and rules in the domestic law order often yields unhealthy results. Because the international law regulates relationships with its own material conditions and is a separate legal system from domestic law.

According to the current international law, the international liability is an international law institution aimed at eliminating the effects of acts contrary to international law caused by an international law person or certain damages arising from their activities in accordance with international law. Thus, a damage done through the international responsibility institution is eliminated in an international order. Thus, it is ensured that any damage done through international responsibility is eliminated in an international order.

“The present structure of international responsibility is based on the premise of individual attribution of wrongfulness. The elements of the internationally wrongful act have proven to be sufficient for the purposes of establishing the responsibility of a State.”<sup>2</sup> In this respect “State responsibility is a fundamental principle of international law, arising out of the nature of the international legal system and the doctrines of state sovereignty and equality of states. It provides that whenever one state commits an internationally unlawful act against another state, international responsibility is established between the two.”<sup>3</sup> International law also imposes such liability on its subjects, principally on states. The law of state responsibility occupies a central place in international law. Its basic principle, now well-established, provides that every internationally wrongful act entails the responsibility of the state involved. This liability is known as state responsibility. Besides states, other international persons such as international

---

<sup>2</sup> León Castellanos-Jankiewicz, **Causation and International State Responsibility**, SHARES Research Paper 07, ACIL 2012-07, p.64

<sup>3</sup> Malcolm N.Shaw, **International Law**, 6.th Edition, New York: Cambridge University Press, 2008, p.778

organizations are also responsible for their wrongful acts. A breach of an international obligation gives rise to a requirement for reparation

While not all definitions of law require that a breach necessarily be sanctioned, this idea at the core of state responsibility does support international law's normative character. A breach of an international obligation entails that State's international responsibility, which entails a reparation obligation of that State or the right of the injured State to seek redress or to resort to countermeasures, or, in certain cases, the international community as a whole to respond by certain means to this unlawful act. The most usual consequence of an act contrary to international law is that the state that suffered from this act automatically resorted to the measures and procedures stipulated in international law in order to fulfill the obligation violated by the state that came into effect or to obtain redress from that state.

## **I. EMERGENCE OF STATE RESPONSIBILITY**

The source of the rules on international responsibility is the international customary law rules. Discussions of the law of state responsibility have become inextricably linked to the work of the United Nations International Law Commission (ILC). In 1949, the General Assembly referred state responsibility to the Commission as one of its initial topics for discussion and resolution, and it remained part of the Commission's work until 2001.<sup>4</sup> This work of the commission not only provides extremely valuable information but also provides basic principles in case of wrongful acts of states.

Until recently law on state responsibility was not well developed, nor was it codified. In 2001, the UN General Assembly adopted the Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (the Draft Articles), prepared by the International Law Commission (ILC). The possible adoption of the Draft Articles as a Convention was left unresolved.

---

<sup>4</sup> René Provost, Introduction: State Responsibility in International Law State, Ashgate, 2002.p. 3,

According to the United Nations International Law Commission ('ILC'), causation is not necessary aspect to be able to determine existence of an internationally wrongful act. Moreover, no need to attributing wrongful acts to a State concerning its damage. The reason for that coming from the internationally wrongful act, which is primarily based on with the new legal relationships emerging from a determination of State responsibility. However the early perception of 'international wrongfulness' based on the function of international responsibility in which state interact. However the early introduction of 'international wrongfulness' primarily oriented the function of international responsibility towards redressing the international legal order in which States interact.<sup>5</sup>

As a result of the codification and development by the ILC and a relatively wide practice of international courts, the concept of responsibility has now acquired a meaning which goes well beyond that of a simple connector between a wrong and its consequences. Depending on the context, saying that a state is responsible may reflect certain understandings of the nature of attribution, the role of "defences", and the specific content of reparation, as well as the way in which responsibility is or ought to be given effect.<sup>6</sup>

The structuring role of the concept of responsibility faces certain challenges. The ongoing changes and transformations in the international legal system inevitably change the sovereign interstate system and the international responsibilities of states. The work of the ILC was a feature that characterized a particular stage in the evolution of international law, roughly corresponding to the dominant period of the interstate system, which may lose its central position once that interstate system loses its dominant role. However, due to globalization process the dominant interstate system has been changing and the international legal system evolved in the face of recent threats and developments.

---

<sup>5</sup> Jankiewicz, 2012, p.11-12

<sup>6</sup> Andre Nollkaemper, "Responsibility", Amsterdam Center for International Law, No. 3, 2017, p.4, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2914250>

“A key function of the internationally wrongful act is to reinforce the public order international, and its legal content is more akin to that of a sanction restoring international equilibrium. Obligations of this type are not reciprocal: sanctions arise primarily from wrongful conduct which destabilizes the international system of rules and not primarily from failure to observe contractual obligations. Therefore, damage, fault and the accompanying causal analysis to determine breaches of primary rules are not a necessary element of international responsibility, which is mainly concerned with spelling out the secondary rules which will restore the breached legal order. Thus, the public purpose of international responsibility overshadows its elements pertaining to private restorative justice. In sum, the absence of damage, fault and causal analysis are explained through the functions of the overarching concept of ‘internationally wrongful act.’”<sup>7</sup>

## II. BASIC PRINCIPLES OF STATE RESPONSIBILITY

The concept of responsibility is a fundamental notion of international law. In this respect, there is a close relationship between responsibility and law. Therefore, it is possible to say “state responsibility” is required aspect of international law as a whole.<sup>8</sup> In other words, if there is no responsibility, there is no law. Accordingly, in the international legal system, responsibility corresponds to the result of the law itself.<sup>9</sup>

The Draft Articles lay down the basic rules on state responsibility by way of both codification and progressive development. In general term, State responsibility arises because of the breach of an obligation or a legal duty owed by a state under international law. This rule has been regulated by the ILC as the first article of the draft as follows:

---

<sup>7</sup> Jankiewicz, 2012, p.11

<sup>8</sup> Martti Koskenniemi, “Doctrines of State Responsibility” in *The Law of International Responsibility*, Eds. James Crawford, Alain Pellet and Simon Olleson, New York, OUP, 2010, p.45-46

<sup>9</sup> Alain Pellet, “The Definition of Responsibility in International Law” in **The Law of International Responsibility**, Eds. James Crawford, Alain Pellet and Simon Olleson, New York, OUP, 2010, p.4-5

“A breach of international law by a State entails its international responsibility. An internationally wrongful act of a State may consist in one or more actions or omissions or a combination of both. Whether an act is an international tort depends primarily on the requirements of that obligation. ...In this aspect the term “international responsibility” refers to the new legal relations which emerge the internationally wrongful act of a State under international law.”<sup>10</sup>

This rule was acknowledged by the Permanent Court of International Justice (PCIJ) in a number of cases. For example, in *The Factory at Chorzow* case (Germany vs. Poland, 1928), the “Court stated that it is a principle of international law that the breach of an engagement involves an obligation to make reparation.”<sup>11</sup>

“It is a principle of international law that the breach of an engagement involves an obligation to make reparation in an adequate form. Reparation therefore is the indispensable complement of a failure to apply a convention and there is no necessity for this to be stated in the convention itself”<sup>12</sup>

With a requirement to undo the wrong—responsibility does not flow from all conduct in contravention of international law, but only from a breach of obligations that by their nature lend themselves to such responsibility.<sup>13</sup> It can be said that all subsequent rules are built on this ground and basic rule. According to this rule, there is no “culpability” among the elements of international responsibility.

The Articles, however, do not attempt to define “the content of the international obligations, the breach of which gives rise to re-

---

<sup>10</sup> Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries, 2001, Yearbook of the International Law Commission, Volume II, Part Two, 2001, p.32, <https://legal.un.org/ola/Default.aspx> Erişim Tarihi: 4 Haziran 2021

<sup>11</sup> Summaries of Judgments, Advisory Opinions and Orders of the Permanent Court of International Justice. New York: United Nations, 2012, p.157

<sup>12</sup> *Factory at Chorzow* (Germany v. Poland), 1927 PCIJ (ser. A) No. 9 5, 21, para 55

<sup>13</sup> Daniel Bodansky, *The Art and Craft of International Environmental Law*, Cambridge: Harvard University Press, 2010, p.88



sponsibility.” They are generally focused on the general conditions of wrongful actions.

These rules are thus concerned with the secondary rules of state responsibility. The Draft determines, “in general, when an obligation has been breached and the legal consequences of that breach. In this way the Draft Articles are (secondary rules) that address basic issues of responsibility and remedies available for breach of primary (substantive) rules of international law, such as with respect to the use of armed force. The Draft establishes the following:

- Conditions for an act to qualify as internationally wrongful act
- Circumstances under which actions of officials, private individuals and other entities may be attributed to the state
- General defenses to liability
- The consequences of liability
- Admissibility of claims.”<sup>14</sup>

The Draft deals only with the responsibility of states for conduct that is internationally wrongful acts. It does not deal with the obligations of states arising out of acts that are not prohibited and that may have been expressly permitted under international law (such as compensation for property duly taken for a public purpose). The Draft also does not deal with the responsibility of international organizations or of other non-state entities, including individuals. The applicable rules of international law will continue to govern questions of state responsibility not regulated by Draft Articles (Art. 56). Thus, the Draft leaves a wide area of state responsibility to be governed by the customary rules on state responsibility.

---

<sup>14</sup> Saurabh Chopra, Basis of International Responsibility, <http://esaurabhchopra.blogspot.com/2012/05/>? Erişim Tarihi: 5 Haziran 2021

### **i. The Subject of State Responsibility**

The close connection between the concept of responsibility and the concept of international obligations also indicates that the role of responsibility in international governance ultimately depends on the relative significance of law in global governance. When the role of law declines and relevant actors opt for different modes of regulation, the role of responsibility changes.<sup>15</sup>

The Draft Articles deal only with the responsibility of states. Therefore, the position of individuals, corporations, and other groups is not as clear as that of states. However, since the end of the World War II, international responsibility of individuals in the criminal field has witnessed remarkable development. The Nuremberg and Tokyo trials, the establishment of the International Criminal Tribunals for Yugoslavia (1993) and Rwanda (1994), the Special Court for Sierra Leone (2002), and the establishment of International Criminal Court (2002) have established the responsibility of individuals for their criminal acts.

Article 58 of the Draft Articles makes it clear that the “individual responsibility under international law of any person acting on behalf of a State” is distinct from the State responsibility. It is not limited to criminal responsibility and thus civil responsibility of an individual cannot be ruled out. However, where individuals have committed the wrongful acts as state officials, the state will also be internationally responsible for its failure to stop those acts. So far there has been practically no development on the civil responsibility of individuals or corporations for breaches of international law.<sup>16</sup>

In other words, every wrongful act of a state causes state responsibility but the trial for the most serious crimes related to the international community has been limited to "real persons" only and it has

---

<sup>15</sup> Nollkaemper, 2017, p.7

<sup>16</sup> Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries, 2001, Yearbook of the International Law Commission, Volume II, Part Two, 2001, p.139, <https://legal.un.org/ola/Default.aspx> Erişim Tarihi: 4 Haziran 2021

been ruled that the criminal liability of individuals will not affect the responsibility of the state under international law.<sup>17</sup> For instance, in 1946, the Nuremberg International Military Criminal Court stated that international crimes can be committed by individuals, not by abstract institutions, that states cannot have criminal responsibilities in their judgment that the punishment of individuals who commit such crimes is the principle of international law.<sup>18</sup> Similarly in the Article 25/1 Rome Statute of the International Criminal Court, the trial for the most serious crimes related to the international community as a whole was limited to “real persons” and it was ruled that the criminal liability of individuals would not affect the responsibility of the state under international law.<sup>19</sup>

When the state practices regarding the criminal liability of the states are examined, it is seen that the states can be found guilty, but abstaining from punishment. For example, according to French law, the state is independent of the penal rules to which other institutions are bound due to its special duty as a protector of public interest.<sup>20</sup> Similarly, under Belgian law, an institution (state) may commit a crime, but it cannot be the subject of criminal sanction. Therefore, throughout the history of international law, it is stated that the acts that are considered as state crime today are committed by individuals

---

<sup>17</sup> Ummuhan Elcin Ertuğrul, *The Responsibility of States for Breaches of Obligation under Peremptory Norms of International Law*, Unpublished PhD Dissertation, Gazi University Institute of Social Sciences, Ankara, 2011, p.26

<sup>18</sup> Philippe Kirsch, *Applying the Principles of Nuremberg in the ICC*, Keynote Address at the Conference “Judgment at Nuremberg” held on the 60th Anniversary of the Nuremberg Judgment, Washington University, St. Louis, USA, 30 September 2006, p.2

[https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/ED2F5177-9F9B-4D66-9386-5C5BF45D052C/146323/PK\\_20060930\\_English.pdf](https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/ED2F5177-9F9B-4D66-9386-5C5BF45D052C/146323/PK_20060930_English.pdf) Erişim Tarihi: 7 Haziran 2021

<sup>19</sup> Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries, 2001, Yearbook of the International Law Commission, Volume II, Part Two, 2001, p.142, <https://legal.un.org/ola/Default.aspx> Erişim Tarihi: 7 Haziran 2021

<sup>20</sup> Nina H.B. Jorgensen, “The Responsibility of States for International Crime”, **Oxford Monographs in International Law**, Oxford: Oxford University Press, 2000, p.78

under the authority of the state and accepted as the crime of individuals.<sup>21</sup>

As for the criminal responsibility of States under international law, it has not been clearly established or accepted, even though the act is criminal in nature such as genocide or war crimes. In such cases, individuals are made criminally liable, even if they may be acting in their official capacity and on the perceived interests of the state (Rome Statute of the ICC, Articles 27, 33). However, individuals may seek remedies against states that are responsible for serious breaches of international law such as genocide, war crimes, or denial of fundamental human rights.<sup>22</sup>

#### **ii. Existence of Unlawful Action and Conduct Attributable to the State**

The international responsibility of the state arises from the violation of an international obligation and the imposition of this violation in the state. In that case, in attributing responsibility to a state for the breach of an international obligation, fault or culpa is a debatable issue. According to the supporters of 'objective responsibility' doctrine, there should be a casual connection between the act and the breach by the state or by its organs.<sup>23</sup>

In addition to finding an act that violates international law or an activity for which responsibility is envisaged, this action or activity must belong to an international legal person. Being able to speak of an act contrary to international law or an activity for which liability is assumed as a result of loss necessitates their attachment to states or international organizations.

---

<sup>21</sup> Ertuğrul, 2011, p.26-27

<sup>22</sup> Surinder Kaur Verma, State Responsibility, in **Public International Law I**, Eds. Nejat Doğan, Faculty of Open Education Publication No: 2629, Eskisehir, 2017, p.153

<sup>23</sup> Ian Brownlie, **Principles of Public International Law**, Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 437

The general rule is that the only state organs or other state agents have responsibility at the international level. In other words, it is the responsibility of persons and bodies acting on behalf of the state for the work and actions performed. The scope of state responsibility for official acts is very large; therefore, the definition of 'organ' for this purpose is more comprehensive and suitable. As a rule, in order to be able to talk about the international responsibility of the states, while seeking for the existence of an act contrary to international law, some specific treaties can also envisage objective responsibilities. It is possible to consider the damages that may arise due to the use and transportation of nuclear materials within this scope.

The international responsibility of a state results from an omission or commission of an internationally wrongful act. An internationally wrongful act of a state presupposes that there is a conduct consisting of an action or omission: (Draft Article 2)

a) "is attributable to the State under international law and

b) constitutes a breach of an international obligation of the State"<sup>24</sup>

In principle, the presence of these two elements will entail the international responsibility of a state. It is international law that determines what constitutes an internationally unlawful act, irrespective of any provisions of municipal law.

Conduct attributable to the state may consist of actions or omissions. For a particular conduct to be characterized as an internationally wrongful act, it must first be attributable to the state to create its responsibility either generally or specifically in certain circumstances. In order for an act of the state to be attributable, it must involve some action or omission by its actor or actors. "Once an unlawful act has taken place, which has caused injury and which has been committed by an agent of the state, that state will be responsible in international law to the state suffering the damage irrespective of good or bad

---

<sup>24</sup> Pellet, 2010, p.9

faith.”<sup>25</sup> Then the question remains as to which persons should be considered as acting on behalf of the state. In this context, the unjust actions of the organs that make up the state and act on behalf of the state, individuals and institutions under the authority of the state may be imposed on the state.<sup>26</sup>

In this regard, there is no distinction between the legislative, executive, or judicial organs of the state (Art. 4 /2, Draft Articles). No matter whether the act is a “commercial act” (*acta jure gestionis*) or an “act of State” (*acta jure imperii*), the responsibility may arise.<sup>27</sup>

“Acts or omissions of any state organ or an entity empowered to exercise elements of the governmental authority, acting in its official capacity, are attributable to the state even if the organ or entity in that capacity may have acted in excess of authority or contrary to instructions (*ultra vires* of its authority). A State may be responsible for the conduct which is clearly in excess of authority if the official has used his/her official position. This approach brings us reveals that the governing principles are:

- The state is responsible for its own acts, i.e., the acts of its organs or agents.
- The state is not responsible for the acts of private parties, unless these acts can be attributed to the state due to special circumstances warranting such an attribution.”<sup>28</sup>

“Attribution in international State responsibility is the process whereby wrongful conduct is ascribed to a State. Since ‘there are no activities of the state which can be called “its own” from the point of view natural causality’, the theory of attribution has been resorted to, in order to ascribe the conduct of State agents to the State”<sup>29</sup>

---

<sup>25</sup> Shaw 2008, p.783

<sup>26</sup> Melda Sur, **Uluslararası Hukukun Esasları (Principles of International Law), 2. Edition**, İstanbul: Beta Yayınları, 2006, p. 237-239

<sup>27</sup> Verma, 2017, p.154

<sup>28</sup> Verma, 2017, p. 155-156

<sup>29</sup> Jankiewicz, 2012, p.16

In this context, of course, the Chinese government cannot be held guilty of the actions of private parties regarding the spread of the New Type of Corona Virus, but it is possible to say that the Chinese government officials have a responsibility for the spread of the disease to the world. Because, although the virus that caused the pandemic did not knowingly and willingly spread to the world by the Chinese government, it should be said that some Chinese government bodies and employees working in these organs are responsible for the delay in spreading this virus all over the world or at least reporting it to WHO.

### **iii. Loss and causal link**

The concept of "loss", which normally means "reduction in assets", is far from possessing the importance and independence it has in private law as an element in international liability law. The most fundamental element of the relations between the states is not only the economic (material; patrimonial) element, but rather the intellectual elements such as the honor, dignity and moral value of international law persons, even if, in a final analysis, they often form the basis of these relations.<sup>30</sup> In that case, the violation of a state's right by another state will cause a damage that we cannot deem necessary to bear, even if it does not have material consequences. Based on this, we can say that any violation of a right is a compensation obligation, even if the convicted state does not cause a material or pecuniary damage to the state.<sup>31</sup>

In order to establish responsibility in international law, there must be a causal link between a breach of an obligation and the alleged damage. Another condition for the emergence of international responsibility is the existence of loss. It means, harm must occur with an illegal act. In terms of international law, loss can be defined as the decrease in the area covered by the rights of states law subjects.

---

<sup>30</sup> Göran Lysén, **State Responsibility and International Liability of States for Lawful Acts: A Discussion of Principles**, Uppsala 1997, p.97-98

<sup>31</sup> Aréchaga Eduardo de Jiménez, Attila Tanzi, "International State Responsibility", In **International Law: Achievements and Prospects**, Ed. Mohammed Bedjaoui, Paris UNESCO, 1991, p.348

Damage for the emergence of international accountability may be damages to subjects of state law subjects. However, there may also be losses for states, citizens, companies and officials for international organizations.<sup>32</sup> (Pirim 2016, 359)

The relations between damage and casual link explained in Draft Article 31. It is regulated that the responsible state has a full remuneration liability for damage caused by an act contrary to international law. The responsible state for an act contrary to international law is under the obligation to pay compensation for "damage caused". The term "damage caused by" in the article refers to the situation where there is a causal link between the verb we have examined and the damage. The term "loss caused by" in the related articles states that there is an obligation to eliminate all the consequences resulting from the act contrary to international law, and to incur losses arising from the act contrary to international law.<sup>33</sup> In terms of the causality link, the issue of the extent of responsibility, especially in the case of distant events and intervening causes, has been a subject discussed in every legal system. These issues will in a way depend on the assessment of different obligations by practitioners.<sup>34</sup> Because the need for a causal link, it may not be in the same relationship with every violation of an international obligation.

The peculiarization of harm to an illegal act is not only related to historical and causal transactions, but also to legal transactions. Various expressions have been used to describe the link between harm and unlawful verb in order for the expense obligation to arise. For instance, attributable to the wrongful act as a proximate cause, in some cases, "directness, "foreseeability" and "remoteness" criteria

---

<sup>32</sup> Ceren Zeynep Pirim, "Uluslararası Hukukta Manevi Zarar," **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, No. 127, 2016, p.359

<sup>33</sup> Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries, 2001, Yearbook of the International Law Commission, Volume II, Part Two, 2001, p.92, <https://legal.un.org/ola/Default.aspx> Erişim Tarihi: 11 Haziran 2021

<sup>34</sup> Dinah Shelton, "Righting Wrongs: Reparations in The Articles on State Responsibility", **The American Journal of International Law**, Volume. 96, No. 4, 2002, p. 846



could be taken into consideration in terms of the event encountered. Although there is a connection between action and result in many ways, rather, it can be said that the efficient causal link is accepted.<sup>35</sup>

“The vital question for this approach is whether the conduct or event founding liability was necessary for the production of the harm. In a nutshell, it determines,

a) which actions or interventions are attributable to an agent, and

b) whether they are sufficiently relevant to count as causal”<sup>36</sup>

“Also known as ‘cause-in-fact’, this theory is expressed in three variants. A first group believes the action must in the circumstances be necessary for the outcome (but-for condition). For others, it must form a necessary part of a complex of conditions sufficient for the outcome (necessary element of a sufficient set or NESS). Finally, some describe the required connection in a quantitative mode by requiring that the action be a ‘substantial factor in’ or ‘contribute to’ the outcome.”<sup>37</sup> While casual link refers to the link between act and consequence (often loss); the attribute refers to the link between the action and the perpetrator.<sup>38</sup>

#### iv. Liability Arising From Imperfection

Imperfection is one of the primary sources of responsibility. Unfair action liability is based on the fault. For this reason, the liability of unfair action is also called the liability of imperfection. Generally, it does not show the behavior expected from a normal and cautious person in order to prevent the illegal result or to prevent the illegal

---

<sup>35</sup> Ali Bal, “Born of The State’s International Responsibility (Devletin Uluslararası Sorumluluğunun Doğması)”, Unpublished Graduate Dissertation, **Dokuz Eylül University Institute of Social Sciences**, Izmir, 2006, p.182

<sup>36</sup> Michael Moore, “Causation in the Law”, The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Winter 2019 Edition), Eds. Edward N. Zalta <https://plato.stanford.edu/archives/win2019/entries/causation-law/> Erişim Tarihi: 12 Haziran 2021

<sup>37</sup> Jankiewicz, 2012, p.9

<sup>38</sup> Moore, 2019

result. In other words, anyone who does not make every effort to prevent illegal action is deemed defective. The defect can be divided into two as intent or neglect depending on the degree of lack of will. In order for the fault-based liability to be the case, anyone who is claimed to be responsible must harm someone else with an illegal and defective act.<sup>39</sup>

In order for responsibility to arise due to unlawful action, four conditions must be fulfilled. These are as follows:<sup>40</sup>

**Unlawfulness:** Violations of the rules of the law order that are directed towards protecting the assets of people or persons are considered illegal actions. Behavior that is considered illegal action, for example: action against the contract or it can be an “active” action, such as injuring someone or destroying his property, it may also be a “passive” behavior, such as the construction person not taking the necessary protective measures.

**Harm:** In order to the fault to arise, a loss must have occurred from unlawful action. “In private law, any act causing damage involves the responsibility of the person committing the act, and requires reparation to be made. In international law, a wrongful act entails the responsibility of the State, but reparation does not automatically follow. As noted by Brownlie, ‘the idea of reparation...tends to give too restrictive a view of the legal interests protected [by the law of state responsibility]. The duty to pay compensation is a normal consequence of responsibility, but is not conterminous with it.”<sup>41</sup> However, if no harm has occurred from the unlawful action, compensation will not be in question.

**Imperfection:** In order for someone who harms someone else to be responsible in an illegal act, it should also be “defective”. Generally, anyone who requests an illegal result or does not take the necessary

---

<sup>39</sup> Erkiner, 2010, p.29

<sup>40</sup> Şeref Gözübüyük, **Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları (Introduction to Law and Basic Principles of Law)**, Ankara: Turhan Kitapevi, 2001, p. 187

<sup>41</sup> Brownlie, 2008, 421; Jankiewicz, 2012, p.64

effort to prevent an illegal result is deemed defective. The defect manifests itself in two forms: haste and neglect. In case an illegal result is desired, it can be mentioned intent. If an unlawful outcome is not requested, negligence is mentioned if an unlawful outcome is caused by not taking the measures required by the situation

**Causality:** In order to responsibility to arise, there must be a causal link between unlawful action and harm. Causality link should be considered as cause-effect relationship. Loss, as a result of the allegedly responsible event must have been born. This incident must be the cause of the damage. In determining the causality link, ordinary life flow and general life experiences are used. The causal link element is also not regulated, in line with the fact that the existence of damage is not mentioned as a condition in the 2001 Commission Draft. But in the article 31 / II, it is regulated that the responsible state has a full reparation obligation for the damage caused by the act contrary to international law. In addition to that, according to the article 36/I, The responsible state for an act contrary to international law is under the obligation to pay compensation for "damage caused". The term "damage caused" in the article refers to the situation that there is a causal link between the act we are examining and the harm. However, this expression (damage caused) refers to just an obligation to compensate for damages arising from an act contrary to international law, not all consequences arising from an act contrary to international law.<sup>42</sup> In this respect, although a link can be established between the verb and the result, it can be said that the more appropriate causal link is accepted. According to the theory of appropriate causality link, "between the necessary condition which is generally favorable to bring about a result of the kind that occurs in the concrete event, according to the normal course of events and life experiences, by its nature and main tendency, or which objectively increases the likeli-

---

<sup>42</sup> Bal, 2006, p.181-182

hood of such an outcome and the outcome in question the connection is called the appropriate causal link.”<sup>43</sup>

#### **v. Breach of an International Obligation**

At the international level, the responsibility is an inevitable consequence of the existence of liability. This is because the violation of an international legal person's international obligation requires her international responsibility. In this respect, to be able to determine the responsibility of a state, it is necessary to establish that the given conduct attributable to a state constitutes a breach of its international obligations. “There is a breach of an international obligation by a state when an act of that state is not in conformity with what is required by that obligation, regardless of its origin or character.”<sup>44</sup>

The reason why an internationally wrongful act is wrong is that the relevant state does not comply with the behavior it should display. The negligence or executive behavior of the states may be the source of the responsibility arising from the failure to fulfill the international obligation. For the international responsibility of states, the source of the obligation does not matter. The obligation may arise from a violation of customary international law, as well as from an agreement, general principles of law, unilateral actions of states or other rules of international law.<sup>45</sup> A breach by a state of its international obligation gives rise to its international responsibility.

Determination whether a particular course of action is found to be against the international obligations of the state, means comparing the action that actually took place with the action that should be taken. Appreciation of an emerging course of action is a matter of fact;

---

<sup>43</sup> Eren, Fikret **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, (Law of Obligations General Provisions Volume I)**, İstanbul 1998, p.509

<sup>44</sup> Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries, 2001, Yearbook of the International Law Commission, Volume II, Part Two, 2001, p.54, <https://legal.un.org/ola/Default.aspx> Erişim Tarihi: 12 Haziran 2021

<sup>45</sup> James Crawford, **The International Law Commission's Articles on State Responsibility**, Cambridge: Cambridge University Press, 2002, p.126

the legal issue consists of the interpretation of the rule of law that imposes the alleged breach of liability. In general, it cannot be said which acts are against international law; however, it can be said whether a certain action is against a certain rule or not. In each case, then, the act in fact committed by the state in each case must be compared with the style of behavior legally determined by the international obligation.<sup>46</sup>

#### **vi. Obligation in Force, Continuing Wrongful Acts, and the Time Factor**

The time is also very important factor to be able determine effect of wrongful acts. In this respect, Article 13 of the Draft Articles states the basic principle: "An act of a State does not constitute a breach of an international obligation unless the State is bound by the obligation in question at the time the act occurs."<sup>47</sup> If the State is not bound by the obligation at the time of the act, it does not constitute a breach of the State's de facto international obligation. According to Article 13, emerging of a state's responsibility, when the violation occurs, the State must be bound by the obligation that has been violated. This principle is an established principle in the field of liability law.

Article 13 states another basic principle. In order for State responsibility to exist, it must be bound by the obligation that the State has allegedly violated at the moment of committing the act that caused the alleged violation. This principle provides an important assurance to States. International law does not work backwards in the field of State responsibility. That's why, it is important to examine at what point an obligation entered into force for the state, when it ceased to bind the state, or when it was terminated. It is, however, not easy to determine the time when the obligation came into force under customary international law. Another problem is to determine exactly

---

<sup>46</sup> LYSÉN,1997, p.62

<sup>47</sup> Article 13, Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries, 2001, Yearbook of the International Law Commission, Volume II, Part Two, 2001, p.57, <https://legal.un.org/ola/Default.aspx> Erişim Tarihi: 16 Haziran 2021

when, or during what period, a wrongful act occurred and how long it continued. Wrongful acts may continue over a period of time such as the COVID-19 pandemic.

Every act against international law occurs over time. In this respect, firstly, the moment of breach of the international obligation and secondly, the time of commission of the wrongful act (extending from its commencement to its cessation) should be determined. This second aspect of the time factor is related to the duration of breach. In both ways, the subject can be expressed in the term “when the illegal act (or crime) was committed (or committed)” (*tempus commissidelicti*). Here, not only the illegal act itself, but also the “law” that renders an act unlawful constitutes an aspect of the time factor.<sup>48</sup>

A continuing wrongful act “occupies the entire period during which the act continues and remains not in conformity with the international obligation, provided that the state is bound by the international obligation during that period.”<sup>49</sup> In this respect, Article 14 of the Draft Articles states that “the breach of an international obligation by an act of a State not having a continuing character occurs at the moment when the act is performed, even if its effects continue.”<sup>50</sup> Because the effects and consequences of an action change and expand over time, it does not have a static structure. For this reason, the action must continue over time in order to be expressed as a wrong action. In order to determine the responsibility in these cases, the continuance in force of the obligation breached is taken into account.

The aim of Article 14 is to distinguish between a continuing violation and a violation that has been committed and completed. It happened at the moment act was made. Although its results and effects continue, the act has been committed. The phrase “when it is done” of

---

<sup>48</sup> Bal, 2006, p. 132

<sup>49</sup> Article 13, 2001, p.59

<sup>50</sup> Article 14, Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries, 2001, Yearbook of the International Law Commission, Volume II, Part Two, 2001, p.59, <https://legal.un.org/ola/Default.aspx> Erişim Tarihi: 15 Haziran 2021

course indicates the time interval required for the act to be done. According to that, if the claims are true about China, hiding corona virus from the world then the Chinese government must take responsibility for the moment the virus first appeared and spread around the world. The breach of this international obligation in a particular event that a state must prevent extends to the entire period of time during which the event continues and remains in breach of its obligation. It is clear that there is continuity of inactivity (neglect) here.

### **III. THE RESPONSIBILITY OF CHINESE ADMINISTRATION FROM OUTBREAK OF COVID-19**

Whether the act or negligence committed by individuals or institutions can be attributed to the state is the subject of international law, just as in unfair acts. It is not important whether the act of being unfair is accepted as the act according to the national law of the state concerned. While international law defines the status of individuals and organs, they can benefit from the rules of domestic law, but the final decision will be determined according to international law.<sup>51</sup> In this respect, Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts the articles 4-11 pointed out acts of the state in the context of responsibility as follows:

- ✓ Behavior of state bodies: The state bodies of China related with public health and epidemic disease unit is responsible from not informing authorized state branch or WHO about new type corona virus. If – during this outbreak – The Chinese administration and especially Public Health Unit or Ministry of Health had fulfilled its obligations under the International Health Regulations (IHR), “much of the current disaster could have been avoided. But it seems that the Chinese administration has not learned the lessons of SARS. Time and again throughout the early stages of the initial outbreak, Chinese authorities lied about the situation. They cracked down on doc-

---

<sup>51</sup> Martin Dixon, **International Law**, Fifth Edition, Oxford: Oxford University Press, 2005, p.232

tors discussing the virus, and some were detained by the police. Even when the Chinese authorities declared the outbreak to the WHO on 31 December 2019, they gave no detail of the evidence they held on human-to-human transmission, and continued to suppress explicit data on this point until they quarantined Wuhan on 23 January 2020, by which time five million locals had been allowed to travel out of the city.”<sup>52</sup>

- ✓ Behavior of the person or state unit using public power: At the beginning of the pandemic, the reaction of Chinese administration was unreasonable. At the beginning of the pandemic process, the authorities of China tried to hide this disease from the world and its own public as much as possible. In this context, the doctor Li Wenliang, was a good example of the wrong attitude of the regional authorities in the days when corona virus cases first started to appear in Wuhan. Who made the first warnings about the corona virus epidemic and who also caught the virus in the hospital where he worked, was tried to be silenced for a long time. On December 30, 2019 Dr. Li sent a message to a social media group that he was in contact with his colleagues about the epidemic and suggested that they wear protective clothing to avoid contamination. Four days later, officials from the Public Security Department came and asked him to sign a letter. The letter accused him of "making false claims that violently shake the social order." "We warn you: If you continue this illegal activity with the same arrogance and stubbornness, you will be taken into action - understood?" he was writing. Below is Dr. Li handwritten, "Understood." Dr. Li was one of eight people the police accused of "spreading rumors" and investigated. At the end of January, Dr. Li posted a copy of the letter on his blog on Weibo and described what happened. In the first weeks of

---

<sup>52</sup> Matthew Henderson, et all., *Coronavirus Compensation? Assessing China's Potential Culpability and Avenues of Legal Response*, The Henry Jackson Society, 2020, p.7



January, officials in Wuhan claimed that the virus could only be transmitted in contact with animals. No guidelines were prepared to protect doctors. Meanwhile, the authorities apologized to him, but it was a bit late now.<sup>53</sup>

- ✓ The behavior of an organ placed in another state order
- ✓ Exceeding of authority or behavior contrary to instructions
- ✓ Behavior under the direction or control of the state: “Dr. Li and seven other doctors were quickly summoned by Chinese authorities for propagating “rumors” about SARS-like cases in the area — but their warnings were prescient. Soon, health officials worldwide would be scrambling to combat a novel virus with a striking genetic resemblance to SARS. The outbreak in Wuhan has exploded to more than 20,000 confirmed cases just in China.If society had at the time believed those ‘rumors,’ and wore masks, used disinfectant and avoided going to the wildlife market as if there were a SARS outbreak, perhaps it would’ve meant we could better control the corona virus today,”<sup>54</sup> However, it should be keep in mind “this is not China’s first experience of a lethal influenza epidemic. COVID-19 is related to the SARS virus which caused an epidemic in China and overseas in 2002 and 2003.The Chinese administration attempted to cover up evidence of this for months, resulting in avoidable deaths and disruption at home and abroad.”<sup>55</sup>
- ✓ Riot movements or similar behavior

---

<sup>53</sup> Stephanie Hegarty, “Chinese doctor LiVenliang, who was wanted to be silence dafter coronavirus warning, died” 4 February 2020, <https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-51370050> Erişim Tarihi: 8 Haziran 2021

<sup>54</sup> Gerry Shih, and Hannah Knowles,, A Chinese doctor was one of the first to warn about coronavirus. Hegotdetained—andinfected, 4 February 2020, <https://www.washingtonpost.com/world/2020/02/04/chinese-doctor-has-coronavirus/> Erişim Tarihi: 8 Haziran 2021

<sup>55</sup> Henderson, 2020, p.7

- ✓ Behaviors that are recognized and adopted by the state as their own behavior

On the other hand, the articles 16-18 are regulated as unfair acts attributed to the state because of the action of another state which is as follows:

- ✓ Helping to occurrence of international unfair action: Chinese government officials mediated the spread of the corona virus from Wuhan to other parts of China, even if it was not intentional. If officials from the Chinese Public Safety Department had taken the necessary precautions and informed the World Health Organization and other countries in time, perhaps the virus would not have turned into a global pandemic. For this reason, in fact, the Chinese state authorities help to occurrence of international unfair action by the methods they apply and by hiding information about the virus.
- ✓ Instructing and controlling international unfair act
- ✓ Forcing another state

The Draft Article 12 stipulates that “there is a breach of an international obligation when an act of that state is not in conformity with what is required of it by that obligation, regardless of its origin or character. A breach that is of a continuing nature extends over the entire period during which the act continues and remains not in conformity with the international obligation in question.”<sup>56</sup> This has been affirmed by the Court in a number of cases. However, the respondent state may justify its action by claiming self-defense or force majeure (superior or irresistible force) for its non-performance. There are three important elements regarding state responsibility: attribution (imputability), breach (causation), and the absence of any valid justification or legal excuse.<sup>57</sup>

---

<sup>56</sup> Shaw, 2008, p.782

<sup>57</sup> Verma, 2017, p.154

In order an international unfair act to exist, it is not necessary that a behavior attributable to the State must have caused harm. According to the International Law Commission, “any act contrary to international obligation” is “an international unlawful act”, whether it causes harm or not, and the “international responsibility” of the State that is the offender occurs. The point to be noted here is that the importance of the damage is not removed from the liability law; however, the harm has been removed from being a factor to be looked for. Loss is important in determining the type and form of repair, especially in calculating compensation. In fact, the damage plays a determining role in the issue of responsibility and the determination of the victim. The existence of harm is necessary for the State, whose responsibility arises due to the violation, to occur in a concrete way and to fulfill these obligations arising from its responsibility. In other words, if the damage is not concretely present, the State's responsibility exists in an abstract manner, but in the event of a tangible damage, the obligation to repair arising from the state's responsibility may be tangible.<sup>58</sup>

The condition for a breach of an international obligation in terms of liability is the non-fulfillment of an obligation prescribed by a rule of international law, which is deemed to have been caused by a state as a result of the actions or omissions of certain persons or groups of individuals. In this respect, the individuals are generally not subject to international obligations, and they cannot commit acts that would make them responsible outside the penalty area for acts that would be deemed contrary to international law. Therefore, the correct criterion for the emergence of responsibility is not merely the existence of some acts (violation of obligations) that are contrary to international law which are accepted to be responsible for the state; If it can be accepted that the situation arising from the acts of individuals and

---

<sup>58</sup> Hakki Hakan Erkiner, “State's International Responsibility From Unfair Act (Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Milletlerarası Sorumluluğu)”, Unpublished Phd Dissertation, **Marmara University Institute of Social Sciences**, Istanbul, 2010, p.10-11

groups of persons is caused by the state, this should be qualified as illegal according to international law.

According to Article 14 of the Draft Article/3, “the breach of an international obligation requiring a State to prevent a given event occurs when the event occurs and extends over the entire period during which the event continues and remains not in conformity with that obligation.”<sup>59</sup> However, the consequences of a continuing wrongful act will depend on the context as well as on the duration of the breach. Accordingly, if it is proven that China did not inform the WHO organization about COVID 19 in a timely manner and it becomes clear that this epidemic occurred before the time reported by China, then China will face a major legal problem.

Breach of an obligation under international law is generally found to be equal to act contrary to the rights of others. In normal circumstances, international law person cannot have an international obligation that does not match an international right of another person of international law, or even the international community as a whole. For example, when considered in the context of COVID-19, when the epidemic first occurs, the Chinese government urgently needs to inform especially WHO and all relevant international organizations and other states as well. Because “China owed an international obligation under the International Health Regulations, 2005 to report timely, accurate and sufficiently detailed public health information about the events happening in its territory to the WHO. But China failed to perform its obligations and therefore, it is responsible for an international wrongful act.”<sup>60</sup>The failure of the Chinese government to fulfill this obligation not only harmed the economic conditions of the states, but also caused many people to die because of new type of corona virus.

---

<sup>59</sup> Article 14, 2001, p.59

<sup>60</sup> Global Economic Impact of the COVID-19 In the Context of International Law, <https://www.hukukcular.org.tr/global-economic-impact-of-the-covid-19-in-the-context-of-international-law/> Erişim Tarihi: 12 Haziran 2021

The illegality can occur in the form of doing something that the state should or should not do. An illegal act can occur either through an action or through omission. In some cases, a specific behavior is expected from the state concerned. In some cases, a minimum standard of liability is set and the state is free to do more. The mention of an act not in conformity with the obligation in Article 12 of the draft has a flexible nature that covers the various forms that the violation can take.<sup>61</sup> Concerning “COVID-19 pandemic, the only binding legal regulation which addresses the prevention, protection and control of the international spread of disease is the International Health Regulations, 2005. According to Article 6”<sup>62</sup>

“Each State Party shall assess events occurring within its territory by using the decision instrument in Annex 2. Each State Party shall notify WHO, by the most efficient means of communication available, by way of the National IHR Focal Point, and within 24 hours of assessment of public health information, of all events which may constitute a public health emergency of international concern within its territory in accordance with the decision instrument, as well as any health measure implemented in response to those events.”<sup>63</sup>

“Following a notification, a State Party shall continue to communicate to WHO timely, accurate and sufficiently detailed public health information available to it on the notified event, where possible including case definitions, laboratory results, source and type of the risk, number of cases and deaths, conditions affecting the spread of the disease and the health measures employed; and report, when

---

<sup>61</sup> Article 12, Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries, 2001, Yearbook of the International Law Commission, Volume II, Part Two, 2001, p.54, <https://legal.un.org/ola/Default.aspx> Erişim Tarihi: 15 Haziran 2021

<sup>62</sup> Global Economic Impact of the COVID-19 In the Context of International Law, <https://www.hukukcular.org.tr/global-economic-impact-of-the-covid-19-in-the-context-of-international-law/> Erişim Tarihi: 15 Haziran 2021

<sup>63</sup> International Health Regulations, 2005, World Health Organization, p.12, <https://www.who.int/ihr/publications/9789241580496/en/> Erişim Tarihi: 15 Haziran 2021

necessary, the difficulties faced and support needed in responding to the potential public health emergency of international concern.”<sup>64</sup>

As can be clearly seen from the statement here, International Health Regulations obliges member states to notify WHO within 24 hours of an emergency situation threatening public health within their borders. Failure to comply with this situation clearly means a violation of an international obligation. At this point, it is important to note that according to Article 6 of International Health Regulations member states are obliged to notify WHO about an emergency situation threatening public health within their borders at least 24 hours. However, the People's Republic of China is subjected to serious criticism that it has concealed the developments related to COVID-19 for a long time. In fact, the point where other states criticize the Chinese administration is that the Chinese administration did not take the necessary precautions when the Corona Virus first appeared in Wuhan, and in this context, it did not prevent the entrance and exit to the region, causing the epidemic to spread to other countries. According to some sources, although COVID-19 actually appeared in August (New coronavirus may have emerged in summer 2019) or October 2019<sup>65</sup> the Chinese government reported this development to WHO on December 31, 2019, causing a delay of about 4 months and the spread of the new type of Corona Virus to other countries.<sup>66</sup>

---

<sup>64</sup> International Health Regulations, 2005, p.12

<sup>65</sup> Morgan Mc Fall-Johnsen, Satellite image and internet trend suggest the coronavirus may have emerged months before China reported it, <https://www.businessinsider.com/coronavirus-in-wuhan-fall-satellite-data-internet-searches-2020-6> Erişim Tarihi: 17 Haziran 2021

<sup>66</sup> Timeline of ECDC's response to COVID-19, <https://www.ecdc.europa.eu/en/covid-19/timeline-ecdc-response> Erişim Tarihi: 17 Haziran 2021

## **CONCLUSION**

The responsibility of the state can be accepted as a general principle of international law, with positive rules and the assumption that an act is considered unlawful by reference to the rules that create rights and obligations. In this respect, the law of liability is related to the realization of an act contrary to the law and the consequences of the act, especially the recovery of the loss suffered. In international law, the emergence of the state responsibility is conditional on international tort and attribution of this tort to the state. Violation of any norms of international law has been recognized as an international tort. There was no difference in quality between the violated norm being from international treaty, international custom or other sources of international law. When an international commitment has been breached, it is a principle of international law to adequately remedy it; therefore, reparation is a mandatory and complementary condition in the execution of a contract, not necessarily written in this contract.

In this context, it is clearly seen that the Chinese administration has some international tort (these may be deliberate or unintentional) during the emergence and spread of the COVID-19 pandemic. In this context, the most important development that can be considered as an international tort is to hide people who show signs of a new type of corona virus from both the country and the international community, and try to silence doctors who want to reveal this and try to put pressure on them. More importantly than this, and the development that constitutes the legal basis for China's committing international torts crime, comes out within the scope of the International Health Regulations, 2005. According to Article 6 because the Chinese administration did not report any suspicious situation threatening public health by violating the rule of an international treaty, which it had previously signed and was binding for it, to WHO within 24 hours. In addition, since he did not take the necessary measures to prevent the spread of the virus (not taking contamination measures), therefore Chinese state officials became responsible for the spread of the virus all over the world. Of course, we do not claim here that China

deliberately took this action. However, it is clearly that the Wuhan-based virus spreading to all countries of the world has been neglected by the authorities of China's health institutions and the people who govern the country politically. Moreover, if the Chinese administration had quarantined the region and closed the entrances and exits to the region instead of silencing the doctors who made rumors about the virus when the virus had not fully spread, perhaps the new type of corona virus would not turn into a global pandemic. By this way, China seems responsible for COVID-19 – and if legal claims were brought against Beijing they could amount to trillions of dollars.

According to Article 12, when there is an inconsistency between the behavior required by a State under an international obligation and what it actually does, a breach of an international obligation has been created by that State if the conduct of the State is incomplete with respect to the behavior that it should have taken under the obligation. In question article states that the origin or nature of the obligation breached does not matter. The international responsibility of the State may also arise from a breach of bilateral obligations or from a breach of an obligation to more than one State. In fact, responsibility may have arisen from the breach of an obligation to the general of the international community. As in the example of the spread of the Corona virus all over the world, breach of an international obligation can affect the entire international community. A State may exhibit relatively mild torts, as well as much more severe torts than these. Severe violations of the obligations to the general of the international community will constitute such grave tort.

In addition, it is an undeniable fact that there is a connection between the actual situation, namely the damage (material and moral damages caused by the corona virus) and the cause. While the breach of an international obligation is necessary for an act contrary to international law, it is not sufficient. An additional condition is necessary to create an automatic link between the state to which the act is attached and the claiming state in terms of responsibility; this is the existence of a damage suffered by the claiming state. Here, the neces-



sity of harm is not part of the primary rules, but is related to secondary rules, as the existence of harm will come to the fore at the diplomatic or judicial level. Therefore, a state will only have liability if another is harmed due to an illegal act. The necessity of the damage derives from the fundamental legal postulate that “no person can bring a case without a legal interest”. In this respect, states do not have floating rights to seek redress for any violation or contravention of any other state.<sup>67</sup>

In this respect, it is obvious that in the corona virus pandemic that affects the whole international community, the Chinese administration is responsible for the damages it has inflicted on other states and its citizens due to the violation of its international obligations, and that this responsibility is obliged to compensate. For example, in the USA, “Missouri’s attorney general filed a lawsuit against the Chinese government over its handling of the outbreak, saying China’s response led to devastating economic losses for the state. Missouri’s lawsuit was filed in a federal court last April by state Attorney General Eric Schmitt, alleging negligence on China’s part. The complaint said Missouri and its residents have lost possibly tens of billions of dollars, and it seeks cash compensation. The Chinese government lied to the world about the danger and contagious nature of COVID-19, silenced whistleblowers, and did little to stop the spread of the disease,”<sup>68</sup> However, “China is bound by international law to report crucial public health information in a timely, accurate and detailed manner. However, it ‘failed in its obligations to do this’ through December and January in the early stages of the outbreak,”<sup>69</sup>

It is seen in the official statements that China will not accept responsibility for these claims and that the virus has emerged naturally and has spread to the world outside of its control, and will claim that

---

<sup>67</sup> Bal, 2006, p. 152

<sup>68</sup> Tan, Huileng China ‘owes us’: Growing Outrage Over Beijing’s Handling of the Coronavirus Pandemic, 24 April 2020, <https://www.cnbc.com/2020/04/24/lawsuits-outrage-over-chinas-handling-of-the-coronavirus-pandemic.html> (18.06.2021)

<sup>69</sup> Henderson, 2020, p.16

other states have not taken the necessary precautions even though they warn the world and will defend itself in this way. In this case, it is possible to say that China rejects those claims and will try to ignore the compensation claims and resist the judiciary as much as possible. For instance an official transcript of a regular press briefing of Chinese foreign ministry spokesman Geng Shuang: The lawsuit from Missouri 'has no factual or legal basis' and "it only invites ridicule," The Chinese Government did nothing but warn the World Health Organization and the USA and other relevant countries about the pandemic in an open and transparent manner. "Such a lawsuit is nothing short of frivolous litigation which defies the basic theory of the law," "Based on the principle of sovereign equality prescribed by international law, US courts have no jurisdiction over the sovereign actions taken by Chinese governments of all levels in response to the pandemic."<sup>70</sup> In other words, states have sovereignty free of judgment, so if China does not want to, trial is not possible. Since China will not be a party to this case, even if compensation is awarded, China will not pay it.

## **REFERENCES**

- Bal, Ali, 2006, "Born of The State's International Responsibility (Devletin Uluslararası Sorumluluğunun Doğması)", Unpublished Graduate Dissertation, Dokuz Eylül University Institute of Social Sciences.
- Bodansky, Daniel, 2010, *The Art and Craft of International Environmental Law*, Cambridge: Harvard University Press.
- Brownlie, Ian, 2008, *Principles of Public International Law*, Oxford: Oxford University Press.

---

<sup>70</sup> Tan, 2020.

- Chopra, Saurabh, 2012, "Basis of International Responsibility", <http://esaurabhchopra.blogspot.com/2012/05/?> Erişim Tarihi: 5 Haziran 2021
- Crawford, James, 2002. *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*, Cambridge: Cambridge University Press,
- Dixon, Martin, 2005. *International Law, Fifth Edition*, Oxford: Oxford University Press,
- Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries, 2001, *Yearbook of the International Law Commission, Volume II, Part Two*, 2001, p.32, <https://legal.un.org/ola/Default.aspx> Erişim Tarihi: 4 Haziran 2021
- Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries, 2001, *Yearbook of the International Law Commission, Vol. II, Part Two*, 2001, p.54
- Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries, 2001, *Yearbook of the International Law Commission, Vol. II, Part Two*, 2001, p.57
- Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries, 2001, *Yearbook of the International Law Commission, Vol. II, Part Two*, 2001, p.59
- Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries, 2001, *Yearbook of the International Law Commission, Vol. II, Part Two*, 2001, p.91
- Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries, 2001, *Yearbook of the International Law Commission, Vol. II, Part Two*, 2001, p.139

Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries, 2001, Yearbook of the International Law Commission, Vol. II, Part Two, 2001, p.142

Eren, Fikret, 1998. Law of Obligations General Provisions Volume I (Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I), İstanbul,

Erkiner, Hakki Hakan, 2010. "State's International Responsibility From Unfair Act (Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Milletlerarası Sorumluluğu)", Unpublished Phd Dissertation, Marmara University Institute of Social Sciences, Istanbul.

Ertuğrul, Ummuhan Elcin, "The Responsibility of States for Breaches of Obligations under Peremptory Norms of International Law", Unpublished Phd Dissertation, Gazi University Institute of Social Sciences, Ankara, 2011.

Factory at Chorzow (Germany v. Poland), 1927 PCIJ (ser. A) No. 9 5, 21, para 55

Global Economic Impact of the COVID-19 In the Context of International Law, <https://www.hukukcular.org.tr/global-economic-impact-of-the-covid-19-in-the-context-of-international-law/> Erişim Tarihi: 12 Haziran 2021

Gözübüyük, Şeref, 2001. Introduction to Law and Basic Principles of Law (Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları), Ankara: Turhan Kitapevi

Hegarty, Stephanie "Chinese doctor Li Venliang, who was wanted to be silenced after coronavirus warning, died" 4 February 2020, <https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-51370050> Erişim Tarihi: 8 Haziran 2021

Henderson, Matthew et al., 2020. Coronavirus Compensation? Assessing China's Potential Culpability and Avenues of Legal Response, The Henry Jackson Society,

International Health Regulations, 2005, World Health Organization,

<https://www.who.int/ihr/publications/9789241580496/en/>

Erişim Tarihi: 15 Haziran 2021

Jankiewicz, León Castellanos, 2012. Causation and International State Responsibility, SHARES Research Paper 07, ACIL 2012-07.

Jiménez, Aréchaga Eduardo de and TANZI, Attila, 1991. "International State Responsibility", In *International Law: Achievements and Prospects*, Ed. Mohammed Bedjaoui, Paris UNESCO,

Johnsen, Morgan McFall, Satellite image and internet trends suggest the coronavirus may have emerged months before China reported it, <https://www.businessinsider.com/coronavirus-in-wuhan-fall-satellite-data-internet-searches-2020-6> Erişim Tarihi: 17 Haziran 2021

Jorgensen Nina H.B., 2000. "The Responsibility of States for International Crime", *Oxford Monographs in International Law*, Oxford: Oxford University Press,

Kirsch, Philippe, Applying the Principles of Nuremberg in the ICC, Keynote Address at the Conference "Judgment at Nuremberg" held on the 60th Anniversary of the Nuremberg Judgment, Washington University, St. Louis, USA, 30 September 2006, [https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/ED2F5177-9F9B-4D66-9386-5C5BF45D052C/146323/PK\\_20060930\\_English.pdf](https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/ED2F5177-9F9B-4D66-9386-5C5BF45D052C/146323/PK_20060930_English.pdf) Erişim Tarihi: 7 Haziran 2021

Koskenniemi, Martti, 2010. "Doctrines of State Responsibility" in *The Law of International Responsibility*, Eds. James Crawford, Alain Pellet and Simon Olleson, New York, OUP,

Lysén, Göran, 1997. *State Responsibility and International Liability of States for Lawful Acts: A Discussion of Principles*, Uppsala

Moore, Michael, 2019. "Causation in the Law", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Eds. Edward N. Zalta

<https://plato.stanford.edu/archives/win2019/entries/causation-law/> Erişim Tarihi: 12 Haziran 2021

Nollkaemper, Andre, 2017. "Responsibility", Amsterdam Center for International Law, No. 3.

Pellet, Alain, 2010. "The Definition of Responsibility in International Law" in *The Law of International Responsibility*, Eds. James Crawford, Alain Pellet and Simon Olleson, New York, Oxford University Press.

Pirim, Ceren Zeynep 2016. "Uluslararası Hukukta Manevi Zarar," *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, No. 127: 339-374

Provost, René 2002. *Introduction: State Responsibility in International Law*, Ashgate, <https://ssrn.com/abstract=2202475>

Shaw, Malcolm N. 2008. *International Law*, 6.th Edition, New York: Cambridge University Press,

Shelton, Dinah, "Righting Wrongs: Reparations in The Articles on State Responsibility", *The American Journal of International Law*, Volume. 96, No. 4, 2002: 833-856

Shih, Gerry and Knowles, Hannah, 2020. A Chinese doctor was one of the first to warn about coronavirus. He got detained — and infected, 4 February 2020,

<https://www.washingtonpost.com/world/2020/02/04/chinese-doctor-has-coronavirus/> Erişim Tarihi: 8 Haziran 2021

Summaries of Judgments, 2012. *Advisory Opinion sand Orders of the Permanent Court of international Justice*. New York: United Nations,

Sur, Melda, 2006. *Principles of International Law (Uluslararası Hukukun Esasları)*, 2. Edition, İstanbul: Beta Yayınları,

Tan, Huileng 2020. China 'owes us': Growing Outrage Over Beijing's Handling of the Coronavirus Pandemic, 24 April 2020,

<https://www.cnn.com/2020/04/24/lawsuits-outrage-over-chinas-handling-of-the-coronavirus-pandemic.html> Erişim Tarihi: 18 Haziran 2021

Timeline of ECDC's response to COVID-19, <https://www.ecdc.europa.eu/en/covid-19/timeline-ecdc-response> Erişim Tarihi: 17 Haziran 2021

Verma, Surinder Kaur, 2017. "State Responsibility", in Public International Law I, Eds. Nejat Doğan, Faculty of Open Education Publication No: 2629, Eskisehir,

## **TÜRK VERGİ HUKUKUNDA YOKLAMA İŞLEMİ**

*Inspection In Turkish Tax Law*

**Zeliha ALPSOY\***

### **ÖZET**

Yoklama hem vergi mükellefi ya da sorumlusu olan hem de fiilen bu statüde olmakla birlikte gerekli bildirimleri yapmayan kişilere uygulanabilen bir işlemdir. Yoklama, kâğıt üstünde vergi idaresine sunulan durum ile gerçek durum arasındaki farklılıkların tespit edilebilmesi açısından büyük önem taşıyan bir vergi denetim yoludur. Diğer vergi denetim yollarına kıyasla ön hazırlık süreci ve uygulaması çoğunlukla daha kısa süre içerisinde tamamlanabilmektedir. Devletin, yoklama yapmak suretiyle eksik vergi ödemek isteyen ya da hiç vergi ödemek istemeyen kişilere varlığını hissettirmesi gerekir.

Yoklama mevzuata uygun bir şekilde icra edilmesi halinde hem kısa hem de uzun vadede tüm toplum yararına sonuçları olan bir işlemdir. Bu nedenle çalışmada öncelikle yoklama kavram olarak açıklanmaya çalışılmış, bunun ardından yoklama işleminin amacı, yoklama yapmaya yetkili olanlar, yoklama zamanı, yoklama fişi, elektronik yoklama, yoklama türleri, yoklama işleminin icrasında dikkat edilmesi

---

\* Öğretim Görevlisi, KTO Karatay Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu, Konya, Türkiye, [zeliha.alpsoy@karatay.edu.tr](mailto:zeliha.alpsoy@karatay.edu.tr), ORCID 0000-0001-5260-6117.



gereken hususlar ve yoklamanın sonuçları doktrin ve yargı kararları ışığında incelenmiştir.

Çalışmada yoklamaya ilişkin eksiklikler tespit edilmeye ve bu tespitler hakkında çözüm önerileri sunulmaya çalışılmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Yoklama, Yaygın ve yoğun vergi denetimi, Yoklama fişi, Elektronik yoklama, Elkoyma.

### **ABSTRACT**

Inspection is a process that can be applied to people who are both taxpayer or responsible and who do not make the necessary notifications despite being in this status. It is a tax audit method that is of great importance in terms of detecting the differences between the situation presented to the tax administration on paper and the actual situation. Compared to other tax audit methods, the preliminary preparation process and implementation can usually be completed in a shorter time. The government must make its presence felt by those who want to pay missing taxes or who do not want to pay any taxes.

When an audit is carried out in accordance with the legislation, it is a process that has consequences for the benefit of the whole society in both short and long terms. For this reason, firstly, the study tries to explain the inspection as a concept, after that, the purpose of the inspection process, those who are authorized to do the inspection, the time of the inspection, inspection receipt, the electronic inspection, the types of inspection, the points to be taken into consideration during the inspection process, and the results of the inspection are examined in the light of doctrine and judicial decisions.

The study tries to determine the deficiencies regarding the inspection and to offer solutions for these findings.

**Key words:** Inspection, common and intensive tax inspection, inspection receipt, electronic inspection, seizure

## **GİRİŞ**

Vergiler devletin gelir kaynaklarından biridir. Hem toplum hem de devlet açısından vergilendirme işlemlerinin sağlıklı bir şekilde yapılması önem arz eder. Ülkemizde vergilendirme çoğunlukla beyan usulü uyarınca yapılmaktadır<sup>1</sup>. Vergilendirmede beyan usulünün tercih edilmesi vergilendirmede demokrasi ilkesinin de bir gereğidir<sup>1</sup>. Beyan usulünde devlet vergilendirmeye esas olan miktarın belirlenmesinde vergiyi ödeyecek olan kişilere güvenmektedir. Fakat mükellefler veya vergi sorumluları çeşitli sebeplerle eksik, hatalı bildirimlerde bulunabilmektedir. Bu nedenle beyan usulünün vergi adaletini ihlal etmeden uygulanabilmesi devletin denetimleri etkin bir şekilde yapmasına bağlıdır<sup>2</sup>. Yapılan denetimler sonunda beyannamede matrahın eksik bildirildiği ya da hiç bildirilmediğinin tespit edilmesi halinde idarenin, matrahı bizzat tespit etmesi gerekir. Bu aşamada *ikmalen* ya da *re'sen vergi tarhı* yapılması ve *vergi cezalarının* uygulanması söz konusu olabilir. Buna ek olarak vergisel ödevlere uyulmaması durumunda da vergi cezalarının uygulanması söz konusu olabilmektedir<sup>3</sup>.

Denetim yapılmayan bir vergi sisteminde vergi kaçırın mükellefler, vergilerini ödeyen mükelleflerden ekonomik açıdan daha güçlü bir pozisyona sahip olur. Taraflar arasındaki bu ekonomik dengesizliğin vergi kaçırmayan mükellefin de vergi kaçırmaya başlaması suretiyle ortadan kaldırılmaya çalışması muhtemel bir durumdur. Görüldüğü gibi denetim eksikliği mükelleflerin kanunlara aykırı hareket etmesine yol açarak devletin gelir kaybı yaşamasına sebep olabilmek-

---

<sup>1</sup> **KAHRAMAN**, Tahsin, *Türk Vergi Hukukunda Yoklama ve Denetim*, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bursa, 1990, s. 12-13; **KARAKOÇ**, Yusuf, *Genel Vergi Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 238.

<sup>1</sup> **FURTUN**, İdris Hakan, *"Türk Hukukunda Vergi Mükellefini Denetleme Araçları"*, *Vergi Hukuku Örneğinde Hukuka Uygun ve Etkin Kamu Denetimi Sempozyum Kitabı*, Editörler: Bahri **ÖZTÜRK**/Funda **BAŞARAN YAVAŞLAR**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010, s. 302.

<sup>2</sup> **KAHRAMAN**, s. 14.

<sup>3</sup> **FURTUN**, s. 302.

tedir<sup>4</sup>. Daha geniş bir açıdan bakıldığında vergi kanunlarının ihlal edildiği ve herhangi bir denetimle karşılaşılmayan bir yerde insanlar, diğer kuralları da çiğnemekte bir sakınca görmemeye başlayabilir. Yani devletin bir alandan denetimini çekmesinin etkilerinin diğer alanlarda da hissedilmesi muhtemeldir. Böylelikle kanunların çiğnenmesinin olağan olarak karşılandığı bir toplumun ortaya çıkması tehlikesi ile karşı karşıya kalırız. Bu nedenle yoklama işleminin iyi anlaşılması ve uygulanması büyük önem arz etmektedir.

Çalışmada önce vergi denetim yolları hakkında kısa bir bilgi verildikten sonra yoklama işlemi yargı kararları ve doktrindeki görüşler ışığında ayrıntılı olarak incelenmeye çalışılmıştır.

## I. VERGİ DENETİM YOLLARI

Vergi alacağı, bir tarafında vergi idaresi diğer tarafında yükümlü ya da sorumlunun bulunduğu bir alacak ilişkisidir. Vergi alacağı kamusal borç niteliğinde olup içeriği genellikle belirli bir para ediminin ifa edilmesi şeklindedir<sup>5</sup>. Vergi, vergi idaresi için alacak vergi mükellefi için ise borç niteliği taşımaktadır (Vergi Usul Kanunu<sup>6</sup> (VUK) m. 19/2). Vergi denetimi, yasaya uygun bir şekilde vergilendirme işlemlerinin yerine getirilip getirilmediğinin tespiti amacıyla yapılan denetim türüdür<sup>7</sup>. Vergi denetiminin *araştırıcı ve bulucu* bir fonksiyonu vardır. Mükellefin işlemlerinde yaptığı hatalar ve eksikliklerin yapılan araştırma neticesinde ortaya çıkarılarak düzeltilmesi amaçlanmaktadır<sup>8</sup>. Yine düzenli olarak icra edilen vergi denetimleri mükellefin kanunların gösterdiği şekilde hareket etmesine neden olmaktadır<sup>9</sup>.

Hukukumuzda mükellefin beyanı doğrultusunda vergilendirme işleminin icra edilmesi şeklinde bir kural vardır. Buna göre mükellef

<sup>4</sup> **YENİÇERİ**, Harun, Türk Vergi Hukukunda Yoklama, Ekin Yayınevi, Bursa, 2014, s. 15.

<sup>5</sup> **KANETİ**, Selim/**EKMEKÇİ**, Esra/**GÜNEŞ**, Gülsen/**KAŞIKÇI**, Mahmut, Vergi Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019, s. 162.

<sup>6</sup> esmi Gazete, T. 10.1.1961, Sayı: 10703. (Lexpera)

<sup>7</sup> **SABAN**, Nihal, Vergi Hukuku, Beta, 5. Baskı, İstanbul, 2009, s. 183.

<sup>8</sup> **YENİÇERİ**, s. 18.

<sup>9</sup> **YENİÇERİ**, s. 19.

belirlenen sürede ve usulde vergilendirmeye esas olan, vergiyi doğuran olayı vergi idaresine bildirir. Bu bildirim üzerine vergilendirme yapılır. Mükellef vergiyi doğuran olayı hiç bildirmeme yoluna gidebileceği gibi eksik bildirme yoluna da gidebilir. Yoklama vergi idaresinin mükellefin vergi kanunlarına uyup uymadığını denetleme yollarından birisidir<sup>10</sup>. Bu denetleme yollarına hukuk devleti ilkesi ile belirlenen sınırlar çerçevesinde başvurulması ve denetleme sonuçlarının yargı organlarınınca denetlenebilmesinin mümkün olması gerekir<sup>11</sup>.

Mükelleflerin beyan etmedikleri gelirlerini tespit etmek amacıyla başvuru tek yol yoklama değildir. Vergi incelemesi, aramalı inceleme ve bilgi edinme olarak ifade edilen işlemler de bu amaca hizmet eden işlemlerdir. Her bir işlemin kendisine özgü özellikleri vardır. Bu işlemler birbirinden farklı olmakla birlikte bir olayda birbirlerini destekleyecek şekilde uygulanmaları halinde istenilen amaca ulaşılması ihtimali artmaktadır<sup>12</sup>. İdare hukuku açısından bu işlemler asli işlem niteliğindeki vergi tarhının hazırlanması için başvuru *ön işlem* niteliğindedir. Bu nedenle bu işlemler tek başına bir iptal davasına konu edilemez. Fakat bu işlemlerdeki hukuka aykırılıklar vergi tarhının iptali amacıyla açılan davada incelenebilir<sup>13</sup>.

## **II. YOKLAMA**

### **A. Yoklama Kavramı**

Vergi borcunun tahsil aşamasına gelebilmesi için önce somut bir hal alması gerekir. Bu ise mükellef ya da vergi sorumlusunun beyanname vermesi üzerine gerçekleştirilen; tarh, tebliğ ve tahakkuk gibi işlemlerin yapılmasına bağlıdır. Vergi idaresi, vergi borcu doğmasına sebep olacak olaylara ilişkin eksik ya da hatalı bildirim yapılması ih-

---

<sup>10</sup> **ARSLAN**, Mehmet, Vergi Hukuku, Dora Basım Yayım Dağıtım, 9. Baskı, Bursa, 2016, s. 268.

<sup>11</sup> **FURTUN**, s. 301.

<sup>12</sup> **KARABOYACI**, Abdullah, "Vergi Denetimi Açısından Beyan Edilen Gelirin Doğruluğunun Tespit Yöntemleri", TBB Dergisi, S. 115, 2014, s. 213, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2014-115-1429>, Erişim: 29.12.2020.

<sup>13</sup> **FURTUN**, s. 303.

timali nedeniyle bizzat mükellefiyete ilişkin olayları tespit etmeye çalışmaktadır. Bu şekilde maddi olayların tespiti için yapılan işlemler yoklama olarak isimlendirilmektedir<sup>14</sup>. Vergi idaresine yapılacak bildirimlerin yazılı olarak yapılması gerekir. Fakat okuma yazması ve defter tutma mecburiyeti olmayanlar sözlü bildirim yapabilirler. Sözlü olarak yapılan bildirimler hakkında vergi idaresi memurları tarafından tutanak tutulur (VUK m. 169). Tutanak, muhtemel bir ihtilafı önlemek adına bildirimde bulunan kişi tarafından imzalanmalıdır. Bu kişi imza atamıyorsa mühür kullanabilir, mührü yoksa parmak basabilir. Parmak basılması halinde hangi elin, hangi parmağı olduğunun da belirtilmesi gerekir<sup>15</sup>.

Yoklama sözlük anlamı olarak, *vergi mükelleflerini ve mükellefiyetle ilgili maddi olayları, kayıtları mevzuları araştırmak ve tespit etmek olarak ifade edilmektedir*<sup>16</sup>. Mükellef kavramı VUK m. 8/1'de "*vergi kanunlarına göre kendisine vergi borcu terettübeden gerçek veya tüzel kişidir*" şeklinde tanımlanmıştır. Yoklama hem mükelleflere hem de mükellef olmayan fakat yoklamaya konu olabilecek durumla ilişkili olan kişilere yönelik olarak icra edilebilir<sup>17</sup>. Vergiyi doğuran olay<sup>18</sup> mükellefin şahsında gerçekleşir ve mükellef, şahsında gerçekleşen bu olay nedeniyle oluşan vergi borcunu yine kendisi ödemekle yükümlüdür<sup>19</sup>. Madde kapsamında mükellefin vergi borcunu ödemek olan maddi yükümlülüğü ifade edilmiş olsa da mükellefin şekli yükümlülükleri de vardır. Defter tutmak, kanunun öngördüğü çeşitli bildirimlerde bulunmak mükellefin şekli ödevlerine örnek olarak gösterilebi-

<sup>14</sup> **ÖZBİLEN**, Şevki, Vergi Hukuku, Gazi Kitapevi, Ankara, 2013, s. 208-209; **KARAKOÇ**, s. 238.

<sup>15</sup> **YENİÇERİ**, s. 71.

<sup>16</sup> **YILMAZ**, Ejder, Hukuk Sözlüğü, Yetkin Yayınları, 9. Baskı, Ankara, 2005, s. 1347.

<sup>17</sup> **SOYLU GÖKSOY**, Emine, Türk Vergi Hukuku'nda Yoklama, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Maliye Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2019, s. 7, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>, Erişim: 19.1.2021.

<sup>18</sup> Vergiyi doğuran olay kavramı vergi kanunlarında düzenlenen ve gerçekleşmesi halinde vergi doğumuna sebep olan olaydır. Bakınız, **GÜNDEŞLİ**, Ersan, "*Vergi Hukukunda Yoklama ve Vergi Tabanının Genişlemesi*", Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi, S. 17, 2005, s. 52.

<sup>19</sup> **KARAKOÇ**, s. 153; **GÜNDEŞLİ**, s. 52.

lir<sup>20</sup>. Yoklama işleminde odak noktası olan kişiler, yükümlülük kaydı bulunan kişilerdir. Böylelikle vergi ödemek zorunda olan kişiler arasında haksız bir rekabet ortamının oluşmasının önüne geçilmiş olur<sup>21</sup>.

VUK mükellefleri veya ilgilileri, vergilendirme hukukuyla ilgili olayları vergi idaresine bildirimle zorunlu tutmuştur. Bildirim zorunluluğu getirilen olaylar mükellefiyetle ilgili maddi olaylardır. Vergi idaresi bildirim yapılan bu olayların doğruluğunu olay yerinde tahkikat yaparak tespit edebilir. Bu tahkikat da yoklama ismi altında icra edilmektedir<sup>22</sup>. Yoklama ile olaylara ilişkin kayıtlar ve mevzular da yerinde görülüp incelenir. Bu nedenle basit bir tespitin ötesinde bir işlemdir<sup>23</sup>. Yoklama ile mevcut durumun bir fotoğrafı çekilmekte vergilendirmeye ilişkin olaylar dış görünüşleri itibarıyla bir araştırmaya tabi tutulmaktadır<sup>24</sup>. Yoklama mükellef tarafından yapılan bildirimlerin gerçekte örtüşüp örtüşmediğinin tespit edilmesine hizmet etmektedir<sup>25</sup>. Devletin; nerede, ne iş yapıldığı, bu işin ekonomik etki alanının ne olduğu konularına ilişkin bilgileri çabuk ve emin bir şekilde öğrenmesi yollarından birisi de yoklamadır. Yoklama devletin, kâğıt üstünde kendisine sunulan durumun ötesini görmesini sağlar.

Yoklama bir idari işlem olup<sup>26</sup> bu işlemin *yetki, şekil, sebep, konu ve maksat* yönlerinden hukuka uygun olması gerekir (İdari Yargılama Usul Kanunu<sup>27</sup> (İYUK) m. 2/1-a). Yoklama işlemindeki hukuka aykırılık yoklama işleminin dayanak olduğu diğer işlemlerin de hukuka aykırı olması sonucunu doğurur<sup>28</sup>.

<sup>20</sup> **KIZILOL**, Şükrü/**TAŞ**, Metin, Vergi Hukuk ve Türk Vergi Sistemi, Gazi Kitabevi, 5. Baskı, Ankara, 2013, s. 37.

<sup>21</sup> **YURTERİ**, İsmet, “*Türk Vergi Sisteminde Yoklama ve Yaygın ve Yoğun Vergi Denetimi*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C. 26, S. 100, 2012, s. 262.

<sup>22</sup> **KOCAHANOĞLU**, Osman Selim, Vergi Suçları Vergi Cezaları ve Kurtulma Yolları, Yaylacık Matbaası, 2. Baskı, İstanbul, 1983, s. 6-7.

<sup>23</sup> **KOCAHANOĞLU**, s. 7.

<sup>24</sup> **KIZILOL/TAŞ**, s. 100.

<sup>25</sup> **YENİÇERİ**, s. 61.

<sup>26</sup> **GÜNDEŞLİ**, s. 53.

<sup>27</sup> Resmi Gazete, T. 20.1.1982, Sayı: 17580. (Lexpera)

<sup>28</sup> **KARABOYACI**, s. 222; **TEKİN**, Fazıl/**ÇELİKKAYA**, Ali, Vergi Denetimi, Seçkin Yayıncılık, 8. Baskı, Ankara, 2018, s. 139; **SÖYLER**, İlhami, “*Vergi Yoklamasının Geçerlilik Koşulları*”, Vergi Raporu, S. 145, 2011, s. 64,

Yoklama ile sınırlı bir denetim yapılmakta olup<sup>29</sup> bu denetim yoklamanın yapıldığı ana yönelik olarak durum tespiti niteliğindedir. Başka bir tespit olmadan yoklama sonrası dönemde de aynı hukuki durumların devam ettiği sonucuna varılamaz<sup>30</sup>. Bu nedenle yoklama ile tespit edilen durumlar yoklama sonrasına ilişkin bir delil niteliği taşımaz<sup>31</sup>.

Yoklamada ayrıntılı bir araştırma yapılması söz konusu değildir<sup>32</sup>. Ayrıntılı teknik bilgi olmadan ve kısa sürede tamamlanabilen bir işlem olması nedeniyle yoklama işleminin çok sayıda kişiye uygulanması mümkündür<sup>33</sup>. Yoklama vergi kaybının var olup olmadığının tespiti için yapılmaz. Fakat günlük olarak yapılması gereken işlemlerin yapıp yapılmadığına ilişkin yapılan inceleme esnasında var ise vergi kaybı da ortaya çıkar<sup>34</sup>.

Yoklama aynı zamanda mükellefin gerçek anlamda bir ticari faaliyet yapma isteği içinde bulunup bulunmadığı konusunda da fikir verebilir. Bu bakımdan fiili durum göz önüne alınarak, mükellefin aslında kâğıt üzerinde iş yapmak istediği düşüncesi hakim olursa, mükellefe yönelik olarak farklı denetleme araçlarına başvurulabilir<sup>35</sup>.

Yoklama cebri yaptırımlar barındırmaması nedeniyle vergi incelemesi ve aramalı incelemeden ayrılmaktadır. Yoklamanın cebri yaptırım barındırmaması mükellefler nazarında etkisinin daha az olmasına neden olabilir. Bununla birlikte yoklama, bu denetim araçlarından daha kolay uygulanması ve yoklamayı takip edecek olan denetim araçlarına gerekli bilgi kaynağını oluşturması nedeniyle önemli bir denetleme aracıdır.

---

[http://vergiraporu.com.tr/uplimage/org/2011-145-Vergi\\_Yoklamasinin\\_Gecerlilik\\_Kosullari-Ilhami\\_Soyler\\_%20.pdf](http://vergiraporu.com.tr/uplimage/org/2011-145-Vergi_Yoklamasinin_Gecerlilik_Kosullari-Ilhami_Soyler_%20.pdf)

Erişim:

11.10.2021.

- <sup>29</sup> **ÖNER**, Erdoğan, Vergi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 12. Baskı, Ankara, 2020, s. 99.
- <sup>30</sup> **SABAN**, s. 186; Danıştay 4. Daire, E. 1998/1176, K. 1999/1134, T. 17.3.1999. (Lexpera)
- <sup>31</sup> **SABAN**, s. 186.
- <sup>32</sup> **AKDOĞAN**, Abdurrahman, Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi (Temel İlke ve Esaslar, Vergileme ve Vergiler Hukuku, Uygulama Örnekleri), Gazi Kitapevi, 14. Baskı, Ankara, 2019, s. 117.
- <sup>33</sup> **AKDOĞAN**, s. 117.
- <sup>34</sup> **YENİÇERİ**, s. 41.
- <sup>35</sup> **KARABOYACI**, s. 219.

Bizatihi yoklama işleminin varlığı mükelleflerin vergi yükümlülüklerini gönüllü bir şekilde yerine getirmelerine hizmet etmektedir<sup>36</sup>.

Uygulamada “*yaygın ve yoğun vergi denetimi*” ismiyle düzenli olarak yoklama yapılmaktadır<sup>37</sup>. Yoklama; işe başlama, işi bırakma, iş yeri adres değişiklikleri, işletme değişiklikleri, ölüm olayının bildirilmesi, bina ve arazi değişikliklerinin bildirilmesi gibi bireysel bildirimlere konu olabilecek hususların tespitine yöneliktir. Yaygın ve yoğun vergi denetimi ise mükellef tarafından yapılması gereken fakat bildirilmesi gerekmeyen ödev ve sorumlulukların denetlemesi için yapılmaktadır<sup>38</sup>. Günlük hasılatın tespiti, ödeme kaydedici cihazların kullanımı ve denetimi, defter, levha ve belge denetimi, yol denetimi yaygın ve yoğun vergi denetimine örnek olarak gösterilebilir<sup>39</sup>. Düzenli olarak yapılan yoklama mükelleflerin kanun dışına çıkmalarını engeller. Bu da kamu gelirlerinin artması sonucunu doğurur<sup>40</sup>.

## **B. Yaygın ve Yoğun Vergi Denetimi**

Yaygın ve yoğun vergi denetimi yoklama başlığı altında ve yoklama işlemi bünyesinde düzenlenmiştir<sup>41</sup>. Yoklama yapmaya yetkili olanlara ek yetkiler verilmesi suretiyle ortaya çıkan bir denetleme yöntemidir<sup>42</sup>. Kavramda yer alan yaygın ifadesi belirli bir bölge içinde kalarak yapılan vergi denetimini, yoğun ifadesiyse belirlenen sektöre yönelik olarak yapılan vergi denetimini ifade etmektedir<sup>43</sup>.

Yaygın ve yoğun vergi denetiminde<sup>44</sup> “*vergi kanunlarına uyum*” denetlenirken yoklamada “*mükellefiyetle ilgili hususların tespiti*” söz

<sup>36</sup> KARABOYACI, s. 219-220.

<sup>37</sup> YENİÇERİ, s. 42.

<sup>38</sup> YENİÇERİ, s. 58.

<sup>39</sup> YENİÇERİ, s. 58.

<sup>40</sup> YENİÇERİ, s. 43.

<sup>41</sup> TEKİN/ÇELİKKAYA, s. 145.

<sup>42</sup> SOMUNCU, Ahmet, “*Yaygın ve Yoğun Vergi Denetimi: Hukukî Yapı ve Uygulamanın Değerlendirilmesi*”, Erciyes Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, S. 43, 2014, s. 134, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/66615>, Erişim: 12.1.2021.

<sup>43</sup> SOYLU GÖKSOY, s. 16.

<sup>44</sup> Yaygın ve yoğun vergi denetimi için uygulamada; *kayıt ve belge düzeni denetimi, kayıt düzeni kontrolü, cari denetim, anında yapılan denetim, vergi kontrolü, maddi*



konusudur<sup>45</sup>. Yoklamanın odak noktası, vergi idaresine bildirilmesi gereken hususlara ilişkin mevcut durumunun tespit edilmesidir. Yaygın ve yoğun vergi denetimindeyse odak nokta vergi idaresine bildirilmesi gerek durumlar değildir<sup>46</sup>. Yaygın ve yoğun vergi denetimiyle vergiye ilişkin olaylardan zamanında haberdar olunması, düzenli ve sağlıklı bir şekilde belgelerin hazırlanması, vergi kayıp kaçaklarını ve muhtemel hataları önlemek amacı güdülmektedir<sup>47</sup>. Burada odak nokta bildirimler dışında kalan ve mükellef tarafından gerçekleştirilmesi gereken ödevlerin yerine getirilip getirilmediğinin tespiti olup<sup>48</sup> işlem, yoklama işlemi kapsamında icra edilmektedir<sup>49</sup>.

3239 sayılı Kanunun<sup>50</sup> 12. maddesiyle VUK m. 127’de değişiklikler yapılmıştır. Böylelikle yaygın ve yoğun vergi denetimi kavramı ortaya çıkmıştır<sup>51</sup>. Düzenleme ile yoklamayı icra eden personele geniş yetkiler tanınmıştır<sup>52</sup>.

Yaygın ve yoğun vergi denetimi, vergiyi doğuran olayın olduğu anda daha dinamik bir izleme yolu olarak kanunda düzenlenmiş bir denetim yoludur. Bu denetim yolu ile yoklama arasında diğer denetim yollarıyla olduğu gibi çok keskin sınırlar bulunmamaktadır<sup>53</sup>. Bu nedenle çalışmada konu sadece yoklama kavramı üzerinden incelenmiştir.

### C. Yoklamanın Amacı

Yoklama işlemi vergi idaresi tarafından icra edilmekte olup işlemle mükelleflerin iş durumları, kayıtları ve hesapları denetlenerek

---

*kontrol ve yüzeysel denetim kavramları da kullanılmaktadır. Bakınız, TEKİN/ÇELİKKAYA, s. 146.*

<sup>45</sup> KORKMAZ, s. 21; Naklen, TEKİN/ÇELİKKAYA, s. 146.

<sup>46</sup> YENİÇERİ, s. 71

<sup>47</sup> TEKİN/ÇELİKKAYA, s. 146.

<sup>48</sup> YENİÇERİ, s. 71-72.

<sup>49</sup> YURTERİ, s. 265.

<sup>50</sup> Resmi Gazete, T. 11.12.1985, Sayı: 18955. (Lexpera)

<sup>51</sup> SOMUNCU, s. 150.

<sup>52</sup> SOMUNCU, s. 151.

<sup>53</sup> ÇAVUŞ, Adnan, Vergi İdaresinin Yükümlüyü Denetim Yolları, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Maliye Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2006, s. 117-118, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>, Erişim: 18.1.2021.

kontrol edilmektedir<sup>54</sup>. VUK m. 8/4 gereği mükellef ibaresi vergi sorumlusunu da ifade etmektedir. Bu nedenle mükelleflerle birlikte vergi sorumlusu niteliğinde olan kişilere yönelik olarak da yoklama işleminin gerçekleştirilmesi mümkündür<sup>55</sup>. Yoklamanın amacı VUK m. 127/1'de "*mükellefleri ve mükellefiyetle ilgili maddi olayları, kayıtları ve mevzuları araştırmak ve tespit etmek*" şeklinde ifade edilmiştir. Maddi olay, vergiyi doğuran olayı<sup>56</sup>, vergiyi doğuran olay ise vergi alacağının ortaya çıkmasına sebep olan olguyu ifade etmektedir. Vergiyi doğuran olgu da vergi kanunlarında açıkça düzenlenmektedir<sup>57</sup>. Maddede geçen mevzular ibaresi ile ne kast edildiği açık olmamakla birlikte kavram, vergiyi doğuran olaya ilişkin tüm bilgilerin yoklama aracılığıyla tespit edilebileceği şeklinde anlaşılabilir<sup>58</sup>. Kayıt kelimesi ile muhasebe kayıtları ve her türlü yazılı dokümanlar kast edilmektedir. Mükellefiyete ilişkin kanuni ya da kanuni olmayan defter ve belgeler, kayıtlar kavramının içinde yer almaktadır<sup>59</sup>. Verginin konusu, üzerine vergi konulmuş olan iktisadi değerlerdir<sup>60</sup>. Verginin konusu soyut bir ifade olmakla birlikte verginin konusu ilgili kanunun ilk maddesinde belirtilmektedir. Verginin konusu bir gelir elde etmek, bir şey almak, satmak gibi farklı unsurlar olabilir. Verginin konusu çoğunlukla vergi kanununun adını da belirlemektedir<sup>61</sup>.

Yoklama, vergi idaresinin vergi alacağının somut olarak ortaya konulmasına hizmet eden bilgilerin elde edilmesi sürecini ifade eder<sup>62</sup>. Yoklamada bazı istisnai durumlar dışında mükellef ya da işletmenin dışarıdan görünen olayları tespit edilir<sup>63</sup>. Bu amaca ulaşmak için mükellefin iş yeri ve deposu gibi yerlere giderek vergi idaresinde mükellef

<sup>54</sup> **KOCAHANOĞLU**, s. 6.

<sup>55</sup> **SOMUNCU**, s. 145.

<sup>56</sup> **TURGAY**, s. 257; Naklen, **SÖYLER**, İlhami, Türk Vergi Hukukunda Yoklama, Maliye ve Gümrük Bakanlığı Araştırma, Planlama ve Koordinasyon Kurulu Yayın No: 1987/295, s. 36.

<sup>57</sup> **KANETİ/EKMEKÇİ/GÜNEŞ/KAŞIKÇI**, s. 162.

<sup>58</sup> **SOMUNCU**, s. 146.

<sup>59</sup> **SÖYLER**, s. 37.

<sup>60</sup> **KAHRAMAN**, s. 8.

<sup>61</sup> **SÖYLER**, s. 38.

<sup>62</sup> **SÖYLER**, s. 16.

<sup>63</sup> **KOCAHANOĞLU**, s. 6.

sıfatıyla kaydının olup olmadığı, işçi olarak çalışan kişilerin bulunup bulunmadığı ya da bu kişilerin sayısı ya da kira ödenip ödenmediği gibi hususlar hakkında araştırma yapılarak durum tespiti yapılır<sup>64</sup>. Yoklamayı diğer denetim yollarından ayıran belki de en önemli nokta yoklamada belge ve defter incelemesinin yapılmamasıdır<sup>65</sup>.

Yoklamanın iki fonksiyonu vardır. Bunlardan ilki mükellef ya da mükellefiyetle ilgili olan maddi olay ve konuların tespiti; diğeri ise vergi kanunları ile mükellefe getirilen şekli ödevlerin yerine getirilip getirilmediğinin araştırılmasıdır<sup>66</sup>. Yoklama işlemin usulünce icra edilmesi aynı zamanda kanuna aykırı fiil ve hareketlerin önceden öğrenilmesi ve önlenmesine hizmet edebilir. Çünkü yoklama işleminde maddi olayların tespiti ile yetinilmemekte, adres değişikliği gibi vergi dairesine bildirilmesi gereken değişikliklerle bağlantılı olan kayıtlara da bakılması mümkündür<sup>67</sup>.

Vergi idaresinin kendi bölgesindeki bazı olay veya kanuna aykırı filleri yoklama aracılığıyla tespit etmesi mümkündür. Bu durum da yoklamanın amacı içerisinde yer almaktadır<sup>68</sup>. Yoklama işlemiyle; şartları oluşmuşsa yeni mükellefiyet tesisi yapmak, *vergi matrahına esas teşkil edecek bilgileri toplamak ve bu bilgilerin doğruluğunu araştırmak*, vergileme sürecine katkı sağlayacak olayları kayıt altına almak amaçlanmaktadır<sup>69</sup>. Düzenli şekilde yapılan yoklamalarla hasılatın tespit edilmesi halinde, vergi incelemesinin daha sağlıklı bir şekilde yapılması sağlanmaktadır. Böylelikle daha gerçekçi ve isabetli bir şekilde matrahın belirlenmesi yoluna gidilmiş olunmaktadır<sup>70</sup>.

Yoklama yapılmasını gerektirecek durumlar önce mali olan ve mali olmayan nedenler olmak üzere iki başlık altında incelenebilir.

---

<sup>64</sup> ÖNER, s. 99-100.

<sup>65</sup> ÖNER, s. 100.

<sup>66</sup> ÖNER, s. 99.

<sup>67</sup> KOCAHANOĞLU, s. 6-7.

<sup>68</sup> KOCAHANOĞLU, s. 7.

<sup>69</sup> EMİRKAN, Uçar, Kamusal Mali Denetim, Türkiye'de uygulaması ve Eleştirisi, Maliye Tetkik Kurulu, Yayın No: 172, Damga Matbaası, Ankara, 1977, s. 62; Naklen, ARSLAN, s. 268.

<sup>70</sup> ARSLAN, s. 269.

Devletin gelirlerini arttırmak amacıyla yoklama yapılması mümkündür. Bunlar mali sebeplerle yapılan yoklamalar olarak kabul edilir<sup>71</sup>. Mali olmayan sebeplerle yapılan yoklamalar ise kendi içinde *ekonomik, sosyal ve hukuksal* nedenler olarak üç temel başlık altında incelenmektedir. Vergi kayıplarını telafi etmek adına devlet; borçlanma, emisyon veya ek vergiler koyma yoluna gitmek durumunda kalmaktadır. Bu yollara başvurulması kişiler üzerinde çeşitli ekonomik sonuçlar doğurmaktadır. Böylelikle ekonomik dengelerin bozulmasını önlemek adına yoklama yapılması gerekmektedir<sup>72</sup>. Yoklama ile mükellefin vergileme dışında kalması önlenmektedir. Vergi kayıp ve kaçaklarının önüne geçilmesine hizmet eden yoklama işlemi bu yönüyle sosyal adaletin tesisine de yardımcı olmaktadır<sup>73</sup>. Yoklama mükellefin işlemlerini hukuki zeminde icra etmesine de katkıda bulunmaktadır<sup>74</sup>.

Yoklama neticesinde vergi tarhiyatı ya da ceza kesilmesi yoluna gidilmesi mükellefin vergi kanunlarına aykırı hareket etmekten alıkonulmasına hizmet etmektedir. Bu da yoklamanın caydırıcı etkisi olarak isimlendirilmektedir<sup>75</sup>. Yoklama tutanağı ile hukuka aykırı eksik ya da hatalı işlemler tespit edilmektedir. Tutanak ile kayıt altına alınan bu işlemlerin telafisi yapılmaktadır. Yine yapılan bu tespitler mükellefin aynı hataları tekrarlamasını da geleceğe yönelik olarak önlemektedir. Bu durum yoklama işleminin düzeltici etkisi olarak isimlendirilmektedir<sup>76</sup>.

Vergi denetim yollarından vergi incelemesi ve aramalı inceleme ile kıyaslandığında yoklama öncesi süreç daha kısadır. Yani denetim yolları arasında en pratik olan ve çabuk uygulanabilen yoklama işlemdir. Yoklama mükellefin ticari hayattaki itibarı açısından da olumsuz bir etki uyandırma ihtimali en az olandır. Bu nedenle belirli aralıkla tekrarlanan yoklamayla hem vergi gelirlerinin azalması önlen-

---

<sup>71</sup> SÖYLER, s. 20-21.

<sup>72</sup> SÖYLER, s. 21.

<sup>73</sup> SÖYLER, s. 21.

<sup>74</sup> SÖYLER, s. 22.

<sup>75</sup> SÖYLER, s. 23.

<sup>76</sup> SÖYLER, s. 24.

bilir hem de denetlenmiş olmak nedeniyle mükellefin ticari hayatı üzerinde meydana gelebilecek olumsuz etkilerin en aza indirilmesi sağlanabilir.

### **Ç. Yoklama Yapmaya Yetkili Olanlar**

Yoklama, mükellefin bağlı bulunduğu vergi dairesince icra edilir. Vergi dairesi kendi yetki alanı ile sınırlı olarak yoklama yapar<sup>77</sup>. Yoklama; *vergi dairesi müdürleri, yoklama memurları, yetkili makamlar tarafından yoklama işi ile görevlendirilenler, vergi incelenmesine yetkili olanlar, gelir uzmanları* tarafından icra edilir (VUK m. 128). Yoklama yapan kişilerin yoklama konusunda yeterli eğitime sahip olmasının yanı sıra halkla ilişkiler konusunda da eğitime tabi tutulmaları gerekir<sup>78</sup>. Uygulamaya bakıldığında vergi dairesi müdürlerinin dairedeki işlerinin yoğun olması, vergi incelemesi yapmaya yetkili olanlarınsa vergi incelemesi yapmaya ağırlık vermeleri nedenleriyle çoğunlukla yoklamaya iştirak edemedikleri görülmektedir. Bu nedenlerle yoklama, genellikle yoklama memurları tarafından icra edilmektedir<sup>79</sup>.

VUK 168 Seri No'lu Genel Tebliği<sup>80</sup> yoklama memurlarını, *yoklamaya yetkili olanlar* ve *yoklamaya özel yetkili olanlar* olarak ikiye ayırmıştır<sup>81</sup>. Yoklamaya yetkili olanlar VUK m. 127/1-a-d-e fıkraları dışında kalan işlemleri yapabilirken, yoklamaya özel yetkili olanlar maddede sayılan tüm işlemleri yapmaya yetkilidirler<sup>82</sup>. Kadrolu yoklama memurlarının yetersiz kalması durumunda vergi dairesi yoklama işleminin icrasında diğer memurlardan yararlanabilir. Kanunda *yetkili makamlar tarafından yoklama işi ile görevlendirilenler* olarak ifade edilen bu gruptaki memurlar da *yoklamaya yetkililer* ve *yoklamaya özel yetkililer* olarak ikiye ayrılmaktadır. Yoklamaya yetkili olanlar m. 127/1-a-d-e fıkraları dışındaki yapmaya yetkili olup yoklamaya

---

<sup>77</sup> ÖNER, s. 99.

<sup>78</sup> YENİÇERİ, s. 42.

<sup>79</sup> YURTERİ, s. 258.

<sup>80</sup> Resmi Gazete, T. 15.3.1992, Sayı: 21172. (Lexpera)

<sup>81</sup> SÖYLER, s. 50; VUK Genel Tebliği, Sıra No: 168. (Lexpera)

<sup>82</sup> SÖYLER, s. 51; VUK Genel Tebliği, Sıra No: 168. (Lexpera)

özel yetkili olanlar m. 127'deki tüm işlemleri yapmaya yetkilidirler<sup>83</sup>. VUK m. 135<sup>84</sup>'de vergi incelemesi yapmaya yetkili olanlar sayılmıştır. Vergi incelemesi yapmaya yetkili olanlar yoklamaya özel yetkili olanlar statüsünde olup m. 127'de sayılan tüm işlemleri yapabilirler<sup>85</sup>. Yoklamanın maddede sayılan kişilerce icra edilmesi gerekir aksi halde yetkisiz kişi tarafından yapılan yoklama işlemi hüküm ve sonuç doğurmaz<sup>86</sup>. Yoklamanın bu konuda özel olarak örgütlenmiş bir yapı tarafından yapılması yönünde bir görüş de bulunmaktadır<sup>87</sup>. Esasında yoklama vergi dairesi dışına çıkılarak yapılan vergi incelemesi ve aramalı incelemeye nazaran teknik boyutu daha düşük bir işlemdir. Kanun yoklamaya yetkili meslek gruplarını oldukça geniş tutmakla birlikte sayılan grupların çoğu için yoklama ikincil nitelikli bir iş olarak görülüp ötelenebilir. Bu nedenle yoklama memurlarının sayısını çoğaltılarak esas işi yoklama yapmak olan kişilerce işlemin yapılmasını sağlamak işlemin verimli ve düzenli bir şekilde uygulanması açısından daha yerinde olacaktır.

Yoklama yapan görevlilerin elinde yoklama yapmaya yetkili olduklarını gösteren fotoğraflı resmi bir belge bulunmalıdır (VUK m. 129/1). Nezdinde yoklama yapılan kişilerden bir talep gelmese bile bu belgenin gösterilmesi gerekir (VUK m. 129/2). Toplu yoklama yapıyorsa sadece kolbaşının<sup>88</sup> bahsi geçen belgeyi ibrazı yeterlidir (VUK m. 129/3). Kimlik gösterme mükellefin korunmasına hizmet eden ve işlemin kötüye kullanılmasına engel nitelikte olan bir zorunluluktur<sup>89</sup>. Yoklama yapılırken kanunda gösterilen unsurlara riayet edilmesi gerekir. Kanunda sayılanlar dışındakilerce yoklama yapılma-

<sup>83</sup> **SÖYLER**, s. 51-52; VUK Genel Tebliği, Sıra No: 168. (Lexpera)

<sup>84</sup> VUK m. 135 "*Vergi incelemesi; Vergi Müfettişleri, Vergi Müfettiş Yardımcıları, ilin en büyük mal memuru veya vergi dairesi müdürleri tarafından yapılır. Gelir İdaresi Başkanlığının merkez ve taşra teşkilatında müdür kadrolarında görev yapanlar her hal ve takdirde vergi inceleme yetkisini haizdir.*"

<sup>85</sup> VUK Genel Tebliği, Sıra No: 168. (Lexpera)

<sup>86</sup> **SÖYLER**, *Vergi Raporu*, s. 64.

<sup>87</sup> **YURTERİ**, s. 268.

<sup>88</sup> Kolbaşı yoklamayı gerçekleştiren ekibin başında olan kişiyi ifade etmektedir. **BİYAN**, Özgür, *Vergi Hukuku (Lisans Öğrenimi İçin)*, Dora Yayıncılık, Bursa, 2018, s. 227.

<sup>89</sup> **AKDOĞAN**, s. 119.

sı<sup>90</sup>, kanunda sayılan kişilerin fotoğraflı yetki belgelerini göstermeden yoklamaya başlamaları ya da kolbaşının yetki belgesini göstermemesi işlemi hukuka aykırı hale getirir<sup>91</sup>.

Yoklama memurlarının “vergi mahremiyetini” ihlal etmeme yükümlülükleri vardır. Buna göre, görevleri vasıtasıyla öğrendikleri sır veya gizli bilgileri açıklayamaz kendileri ya da başkaları yararına bu bilgileri kullanamazlar (VUK m. 5/1)<sup>92</sup>. Vergi mahremiyetinin ihlali durumunda Türk Ceza Kanunu (TCK) m. 239 uyarınca cezalandırılırlar (VUK m. 362). Yapılan yoklama işleminde VUK m. 359’da düzenlenen suçların işlendiğinin tespit edilmesi halinde savcılığa bildirilmesi gerekir (VUK m. 367)<sup>93</sup>.

#### D. Yoklama Zamanı

Yoklama ilgiliye haber verilmeksizin her zaman yapılabilir (VUK m. 130/1-2). Yoklama yapılacak iş yerinin özelliğine göre yoklama zamanı belirlenmelidir. Buna göre gece faaliyet gösteren bir işletme söz konusuysa burada gece yoklama yapılması mümkündür<sup>94</sup>. Yoklamanın zamanına ilişkin düzenlemeyle yoklamanın etkinliğinin artırılması hedeflenmiştir<sup>95</sup>. Yoklama zamanının önceden bildirilmesi halinde, *mükellefin veya mükellefiyetle ilgili olayların ve konuların* mevcut haliyle tespiti ve gerçeğin araştırılması amaçlarının gerçekleşmesi tehlikeye düşer<sup>96</sup>. Her an yoklama yapılabileceğini bilen mükellef bu bilinç sayesinde vergi kanunları uyarınca işlemlerini yapmaya gayret gösterecektir<sup>97</sup>. Düzenleme vergi dairesine istediği sıklıkta yoklama yapabilme yetkisi vermekle birlikte bu yetkinin keyfi bir şekilde kullanılabileceği anlamına gelmemektedir<sup>98</sup>. Yoklama ile yapı-

<sup>90</sup> ÇAVUŞ, s. 120.

<sup>91</sup> SÖYLER, s. 66-67.

<sup>92</sup> YENİÇERİ, s. 50.

<sup>93</sup> YENİÇERİ, s. 51.

<sup>94</sup> ARSLAN, s. 270; KARAKOÇ, s. 241; KANETİ/EKMEKÇİ/GÜNEŞ/KAŞIKÇI, s. 236; KIZILOT/TAŞ, s. 101.

<sup>95</sup> FURTUN, s. 305.

<sup>96</sup> KOCAHANOĞLU, s. 7.

<sup>97</sup> AKDOĞAN, s. 120.

<sup>98</sup> GÜNDEŞLİ, s. 55.

lan tespitler işlemin yapıldığı zaman dilimine ilişkin olup yapılan tespitler işlem öncesi duruma ilişkin delil olarak kullanılmamalıdır<sup>99</sup>.

Kanuna göre yoklamanın her zaman yapılması mümkün olmakla birlikte bu yetkinin kötüye kullanılmaması gerekir. Örneğin gece faaliyet göstermeyen bir iş yerine gece yoklama yapılmaması gerekir<sup>100</sup>. Yoklama İYUK m. 2/1-a gereği bir sebebe dayanılarak yapılmalıdır. Bu sebep tarh dosyasına bakan memurun bildirimine<sup>101</sup> ya da başka bir duruma dayanabilir. Hangi sebebe dayanılarak yapılırsa yapılsın yoklamanın yapılma sıklığı önem arz eder. Amacını aşacak sıklıkla tekrar eden yoklamalar işlemi hukuka aykırı hale getirebilir. Bu şekilde yapılan yoklama mükellefin kanun dışı faaliyetler gerçekleştirdiği izlenimi uyandırarak mükellefin maddi veya manevi zararının doğmasına sebep olabilir. Yine bu şekilde yoklama yapan memurun da görevi kötüye kullandığından bahisle cezai sorumluluğu yoluna gidilebilir. Fakat işlem sıklıkla uygulanmakla birlikte hukuka aykırı olarak nitelendirilemiyorsa devletin zarar tazmin sorumluluğu bulunmamaktadır.

Kanuna aykırı olarak yoklama yapılacağıının mükellefe önceden bildirilmesi durumunda, bu bildirim yapan memurun sorumluluğu yoluna gidilmesi gerekir. Şöyle ki, bildirim yapılması yoklama işleminin amacına ulaşılması ihtimalini ortadan kaldıracığı gibi kamu kaynaklarının boşuna harcanması sonucunun yanı sıra muhtemel hukuka aykırılığın devam ettirilmesine de sebep olacaktır.

### **E. Yoklama Fişi**

Yoklama işleminin sonuçları tutanak mahiyetinde olan "*yoklama fişine*" yazılır (VUK m. 131/1). Yoklama fişi ile tespit yapıldığı için fiş tespit tutanağı niteliğindedir. Fakat bazı durumlarda ceza ihbarname-si yerine geçmesi de mümkündür (VUK m. 353/3)<sup>102</sup>.

<sup>99</sup> **SABAN**, s. 186; Danıştay 9. Daire, E. 2011/9377, K. 2015/450, T. 17.2.2015. (Lexpera)

<sup>100</sup> **SÖYLER**, s. 67.

<sup>101</sup> **SÖYLER**, s. 64.

<sup>102</sup> **KIZILOT/TAŞ**, s. 101.



Yoklama fişi ile tespit edilen bilgiler vergi dairesi tarafından mükellef hakkında yapılan tarh ya da ceza işlemlerine esas alınmaktadır<sup>103</sup>. Yoklama fişinde mükellef ya da vergi sorumlusuna ilişkin bilgilere yer verilmesi gerekir<sup>104</sup>. Yoklama fişi kanunda ön görülen usule aykırı olarak tanzim edilirse bu fişe dayanarak mükellef ya da vergi sorumlusu aleyhine işlem yapılamaz<sup>105</sup>.

Yoklama fişi iki nüsha olarak düzenlenir. Yoklama tarihi bu fişe yazılır. Yoklama yapılan yerde bulunuyorsa nezdinde yoklama yapılan kişi veya yetkili olan bir kişinin imzası alınır. Bu fişlere varsa mükellefin itirazlarının da yazılıp imza atılması gerekir<sup>106</sup>. Aksi halde fiş hukuki olarak bir sonuç doğurmaz<sup>107</sup>. Bu kişiler yoklamaya iştirak etmemişse veya yoklamaya iştirak etmekle birlikte imzadan çekinirlerse bu durum da fişe yazılarak fiş; *polis, jandarma, muhtar veya ihtiyar meclisi üyelerinden birine* imzalatılır (VUK m. 131/2). Konuya ilişkin yapılan bir yargılamada, yoklama işlemi esnasında yükümlü ya da yetkilisinin iş yerinde bulunmaması nedeniyle VUK m. 131/2’de sayılan kişilerden birine fişin imzalatılması gerekirken, bu yapılmayarak fişin sadece davalı idareyi temsil eden zabıta memuruna imzalatılması nedeniyle yapılan işlemin hukuka aykırı olduğuna karar verilmiştir<sup>108</sup>. İmzadan imtina durumunda yoklama memurunun VUK m. 131/2 uyarınca hareket etmesi gerekirken, imzadan imtina notunu düştükten sonra tebliğ işlemini tamamlaması görevi kötüye kullanma suçunu oluşturabilir<sup>109</sup>. İmzadan imtina sebebinin yazılmamış olması yoklama fişine dayanılarak yapılan usulsüzlük cezasını hukuka aykırı hale ge-

<sup>103</sup> ÖNER, s. 100; SÖYLER, s. 23.

<sup>104</sup> SÖYLER, s. 68.

<sup>105</sup> KARAKOÇ, s. 242; YENİÇERİ, s. 91

<sup>106</sup> ÇAĞLAR, Kemal, Vergi Usul Kanunu ve Yorumu, Adalet Yayınevi, 5. Baskı, Ankara, 2020, s. 232; KOCAHANOĞLU, s. 8.

<sup>107</sup> KOCAHANOĞLU, s. 8.

<sup>108</sup> İstanbul Bölge İdare Mahkemesi, 5. VDD, E. 2017/1214, K. 2017/3528, T. 29.9.2017. (Lexpera)

<sup>109</sup> Yargıtay 5. Ceza Dairesi, E. 2014/2273, K. 2016/3712, T. 11.4.2016. (Legal)

tirmez<sup>110</sup>. İmzadan imtina halinde maddede sayılan kişilerden birinin imzası yeterlidir<sup>111</sup>.

Mükellefin yetkilisi kavramından mükellef ile arasında hukuki, mali veya ticari bir bağ bulunan kişilerin anlaşılması gerekir. Buna göre; *işçi, çırak, katip, eş, vekil veya mümessil işletmede sürekli çalışan muhasebeci ve muhasebeci yardımcısı* mükellefin yetkilisi olarak kabul edilir<sup>112</sup>. Danıştay bir kararında, yükümlü ya da yükümlünün yetkilisinin bulunmadığı durumlarda fişin, VUK m. 131/2'de sayılan kişilerce imzalanması gerektiğini belirterek şirket ortağının oğlu tarafından imzalanan fişle yapılan tespitin yükümlüyü bağlamayacağını ifade etmiştir<sup>113</sup>. İmza atacak kişinin nezdinde yoklama yapılan kişi adına hareket etme, karar alma yetkisi bulunmalıdır. Aksi halde sadece nezdinde yoklama yapılan kişinin çalışanı olmak yapılan işlemin VUK m. 131'e uygun olması için yeterli değildir<sup>114</sup>. Yoklama fişinde sadece yoklamayı yapan memurun imzası var ise bu işleme dayanarak tarhiyat yapılamaz<sup>115</sup>. Kanunda yoklama fişinin iki nüsha olarak düzenleneceği belirtilmekle birlikte gerek görülmesi halinde ikiden fazla nüsha olarak da düzenlenebilir<sup>116</sup>. Yoklama fişine tarihin yazılmamış olması bu tutanağa istinaden yapılan işlemleri hukuka aykırı hale getirebilir<sup>117</sup>. Mükellef ya da temsilcisi yoklama devam ederken yoklama yapılan yerden ayrılır ve bir daha dönmezse bu durum imzadan imtina olarak kabul edilmelidir. Yoklama fişine bu ayrıntı da yazılarak fişin m. 131/2'de sayılan kişilerden biri tarafından imzalanması gerekir. İmzadan çekinme halinde imzadan çekinen kişinin kimliğinin

<sup>110</sup> Danıştay VDDK., E. 2000/172, K. 2000/353, T. 27.10.2000 (Lexpera); Danıştay 11. Daire, E. 1997/3205, K. 1999/701, T. 17.2.1999. (Lexpera)

<sup>111</sup> **ÖZBALCI**, Yılmaz, Vergi Usul Kanunu Yorum ve Açıklamaları, Oluş Yayıncılık, Ankara, 2012, s. 434.

<sup>112</sup> **TURGAY**, s. 261; Naklen, **SÖYLER**, s. 70; **GÜNDEŞLİ**, s. 54; **SÖYLER**, s. 70; **ÖZBALCI**, s. 434.

<sup>113</sup> Danıştay VDDK., E. 1997/236, K. 1998/226, T. 25.9.1998. (Lexpera)

<sup>114</sup> Danıştay 4. Daire, E. 2001/655, K. 2001/1831, T. 3.5.2001. (Lexpera)

<sup>115</sup> **ÖZBALCI**, s. 434; Danıştay VDDK., E. 1999/247, K. 2000/31, T. 28.01.2000 (Lexpera); Danıştay 9. Daire, E. 2015/3269, K. 2016/648, T. 22.02.2016. (Lexpera)

<sup>116</sup> **SÖYLER**, s. 69.

<sup>117</sup> **SÖYLER**, s. 70.

açıkça yazılması gerekir. Fişin muhtara imzalatılması durumunda muhtarın yoklama yapılan yerde hazır bulunduğu dair açıklamanın da fişe yazılması gerekir. Aksi halde bu fiş VUK m. 131'e uygun bir fiş niteliğinde olmaz<sup>118</sup>.

Danıştay kararına konu bir olayda, yapılan yoklama işlemi sonrasında davacının pansiyon işlettiğinden bahisle davacı adına mükellefiyet tesis edilmiştir. İşleme dayanak olan yoklama fişinde bahsi geçen gayrimenkulde kalan kişilerin imzasının bulunduğu yine mükellefiyet tesisinde esas alınan, polis tarafından tutulan tutanakta da davacının kardeşinin beyanlarının bulunduğu görülmüştür. Bununla birlikte yoklama fişiyle davacının nezdinde bir araştırma ve tespit yapılmadan mükellefiyet tesisi işlemi Danıştay tarafından hukuka aykırı bulunmuştur<sup>119</sup>.

Yargı kararına konu olan başka bir olayda, vergi dairesi elemanlarınca davacının kiraya verdiği konutlarda kalan kişiler nezdinde kira bedelleri ve kiranın ne şekilde ödendiği hususlarına ilişkin yoklama işlemi yapılarak özel usulsüzlük cezası kesilmiştir. Davacı yoklama fişlerinin konuya taraf olanlar nezdinde düzenlenmediğini ileri sürmüştür. Mahkeme bu iddiaya, fişlerin kiracılardan birinin oğlu diğerinse eşi nezdinde tutulduğu, bu kişilerin vergiyi doğuran olay ile tabi ve açık bir bağa sahip oldukları ayrıca kira bedeli ve kiranın ödenme şekline ilişkin somut bilgi vermeleri gerekçeleriyle itibar etmemiştir<sup>120</sup>. Konuya ilişkin başka bir karardaysa, yoklama fişi ile davacı tarafından sunulan belgeler arasında bulunan çelişkilerin ortadan kaldırılmasına yönelik bir araştırma yapılmamış olması, böylelikle kira bedelinin ne kadar olduğu, kira başlangıç tarihinin ne zaman olduğu, kira bedeli tahsilinin ne şekilde yapıldığı hususlarının şüpheli

<sup>118</sup> Danıştay 4. Daire, E. 1998/4026, K. 1999/36, T. 14.1.1999. (Lexpera)

<sup>119</sup> Danıştay 3. Daire, E. 2012/5063, K. 2015/3579, T. 25.5.2015. (Lexpera)

<sup>120</sup> İzmir Bölge İdare Mahkemesi, 1. VDD, E. 2016/1349, K. 2017/291, T. 16.2.2017. (Lexpera)

ye yer bırakmayacak şekilde ortaya konulamamış olması nedenleriyle kesilen özel usulsüzlük cezaları hukuka aykırı bulunmuştur<sup>121</sup>.

Yargı kararına konu başka bir olaydaysa, on müşteriye ödeme kaydedici cihaz fişi verilmediği tespit edilmiş ve bu duruma ilişkin yoklama memurları tarafından beşer dakika aralıkla üç adet tutanak tanzim edilmiştir. Mahkeme tutanakların aynı zaman dilimi içerisinde düzenlendiği ve olayda tek bir tespit bulunduğunu kabul etmiştir. Bu nedenle tespit sayısı esas alınarak özel usulsüzlük cezası kesilmesi gerekirken düzenlenmeyen belge sayısı temel alınarak özel usulsüzlük cezası kesilmesi hukuka aykırı bulunmuştur<sup>122</sup>.

Yoklama fişinin bir nüshası *yoklaması yapılan şahıs veya yetkilisine* bırakılır. Bu kişiler işleme katılmamışsa fiş, yoklaması yapılan kişinin bilinen adresine yedi gün içerisinde postayla gönderilir (VUK m. 132/1). Bilinen adres kavramdan neyin anlaşılması gerektiği VUK m. 101<sup>123</sup>'de düzenlenmiştir. Bu adreslere ek olarak usulüne uygun olarak yapılan yoklama işlemi sonrasında düzenlenen yoklama fişinde bildirilen iş yeri adresleri, VUK m. 131'de belirtilen kişilerden birinin imzasının fişte bulunması koşuluyla bilinen adres olarak kabul edilebilir<sup>124</sup>. Adresin yanlış olması ya da tebliğ işleminin yapılamaması halinde ilan tebligat yapılır (VUK m. 103)<sup>125</sup>. VUK m. 107/A uyarınca elektronik ortamda tebliğ yoluyla da fişin tebliğ edilmesi mümkündür. Anayasa Mahkemesi bir kararında, bilinen adresler dışındaki bir adrese posta yoluyla tebligat yapılmaya çalışılması ve tebliğ işleminin

<sup>121</sup> Konya Bölge İdare Mahkemesi, 1. VDD, E. 2018/326, K. 2019/98, T. 11.1.2019 (Lexpera)

<sup>122</sup> İstanbul Bölge İdare Mahkemesi, 2. VDD, E. 2016/461, K. 2017/1446, T. 30.3.2017. (Lexpera)

<sup>123</sup> VUK m. 101 "*Bu Kanuna göre bilinen adresler şunlardır:*

1. *Mükellef tarafından işe başlamada veya adres değişikliğinde bildirilen işyeri adresleri,*
2. *Yoklama fişinde veya ilgilinin imzası bulunmak şartıyla yetkili memurlar tarafından bir tutanakla tespit edilen işyeri adresleri,*
3. *25/4/2006 tarihli ve 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanununa göre oluşturulan adres kayıt sisteminde bulunan yerleşim yeri adresi."*

<sup>124</sup> **AYYILDIRIM**, Kadir, Türk Vergi Hukukunda Tebligat, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 188-189.

<sup>125</sup> Danıştay 4. Daire, E. 2001/4412, K. 2002/1623, T. 11.4.2002. (Lexpera)

gerçekleşmemesi nedeniyle ilanen tebliğ yapıldığı olayda mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir<sup>126</sup>. Yoklama işlemin başında bulunmakla birlikte işlem devam ederken yoklama yapılan yerden ayrılanlara da fişin posta yoluyla gönderilmesi gerekir. Yoklama vergi karnesi<sup>127</sup> alan hakkında yapılmış ise yapılan işlem vergi karnesine kayıt edilir (VUK m. 132/2). Yoklama fişinin diğer nüshası ise vergi dairesinde mükellef ile ilgili dosyaya konulur<sup>128</sup> (VUK m. 132/3).

Vergi dairesinin kanunda öngörülen yedi günlük süreyi geçirmesi durumunda ne yapılması gerektiği hususunun ayrıca irdelenmesi gerekir. Buradaki yedi günlük süreye uyulmaması durumunda bir müeyyide öngörülmemiş olunması nedeniyle süre, düzenleyici süre niteliğindedir<sup>129</sup>. Bu nedenle vergi dairesinin yoklama fişini yedi günlük süre geçtikten sonra posta ile göndermesi, işlemin geçersizliği sonucunu doğurmamalıdır. Fişin geç gönderilmesinin esas etkileyen bir durum olmaması nedeniyle işlemi hukuka aykırı hale getirmeyeceğinin kabulü hukuka ve kanuna daha uygundur. Bu şekilde yedi gün geçtikten sonra postaya verilen fişe dayanılarak tarhiyat işlemi yapılabilir<sup>130</sup>. Fakat fişin zamanaşımı süresi içerisinde gönderilmesi gerekir. Geç postaya verilme nedeniyle şartları oluşmuşsa memurun sorumluluğu yoluna gidilebilir<sup>131</sup>. Konuya ilişkin Danıştay kararına konu bir olayda ilk derece mahkemesinin, "*davacının bulunamaması nedeniyle mahalle muhtarı nezdinde düzenlenen 25.10.1996 tarihli yoklama tutanağı ile davacının dilekçe tarihine kadar faaliyette bulunduğu tespit edildiğinden söz edilerek tarhiyat yapıldığı, ancak davacının bilinen adresleri araştırılmadan tutanağın muhtar nezdinde düzenlendiği, konuyla ilgili kanun hükmü uyarınca yoklama fişinin 7 gün içinde posta ile gönderilmesi yoluna başvurulmadığı ve bu durumda usulüne uygun düzenlenip, tebliğ edilmeyen yoklama tutanağına dayanılarak yapılan*

<sup>126</sup> Anayasa Mahkemesi, 2. Bölüm, Başvuru No: 2013/5949, T. 12.3.2015. (Lexpera)

<sup>127</sup> VUK m. 247'de vergi karnesi alma mecburiyetinde olanlar düzenlenmiştir.

<sup>128</sup> **KOCAHANOĞLU**, s. 8.

<sup>129</sup> **KARAKOÇ**, s. 260.

<sup>130</sup> Aksî Görüş; **YENİÇERİ**, s. 94; **ÇAVUŞ**, s. 141.

<sup>131</sup> **KARAKOÇ**, s. 260.

*tarhiyatta isabet görülmediği gerekçesiyle vergi ve cezanın kaldırılmasına karar vermiştir*" şeklindeki kararı Danıştay tarafından hukuka uygun bulunmuştur<sup>132</sup>. Karar metninden fişin yedi gün geçtikten sonra gönderilmesi nedeniyle mi yoksa tebligat işleminin hiç yapılmamış olması nedeniyle mi hukuka aykırı bulunduğu açık değildir. Danıştay VUK hükümleri uyarınca karar vermekle yükümlüdür. Fişin hiç tebliğ edilmemesi durumunda karar hukuka uygundur. Fakat maddede geçen yedi günlük sürenin düzenleyici süre olarak kabul edilmesi nedeniyle, fişin bu süre geçtikten sonra postaya verilmesi işlemin hukuka aykırılığı sonucunu doğurmayacaktır.

Yoklama fişinde var olan fiili durum yansıtılmalıdır. Yoklamayı yapan memurun fişi var olan durumu olduğundan farklı gösterecek şekilde tanzim etmemesi gerekir<sup>133</sup>. Yoklama fişlerinin içeriğinin doğru olduğuna ilişkin bir karine bulunmaktadır. Yoklama fişinin aksinin kanıtlanması mümkündür<sup>134</sup>. Yoklama fişi ve cetveli tek başına iptal davasına konu edilemez. Ancak bu fişe istinaden yapılan nihai işleme ilişkin iptal davası açılabilir<sup>135</sup>. Fişin açılacak bir iptal davasında delil olarak kullanılması mümkündür<sup>136</sup>.

Yoklama esnasında üçüncü bir kişi hakkında bilgi tespiti yapılmışsa bu durumun da tutanağa geçirilmesi gerekir. Fakat bu şekilde elde edilen bilgi ile üçüncü kişiye ilişkin bir işlem yapılmaması gerekir. Kural fişin nezdinde yoklama yapılan ya da temsilcisi tarafından imzalanmasıdır. Bu fiş nedeniyle nezdinde yoklama yapılmayan üçüncü kişi aleyhine işlem yapılmaması gerekir. Üçüncü kişi hakkında işlem yapılmasının gerekli görülmesi halinde bu kişi hakkında yeni bir yoklama yapılarak, yoklama fişi düzenlenmeli ve gerekli işlemler kendisi hakkında tutulan fişe istinaden yapılmalıdır. Aksi halde kişinin nezdinde yapılmayan bir yoklamaya istinaden kişi hakkında işlem tesis edilmesi hukuka aykırıdır.

---

<sup>132</sup> Danıştay 4. Daire, E. 1998/842, K. 1999/529, T. 17.2.1999. (Lexpera)

<sup>133</sup> **SÖYLER**, s. 69.

<sup>134</sup> **YENİÇERİ**, s. 91.

<sup>135</sup> **YENİÇERİ**, s. 91; **ÇAVUŞ**, s. 139.

<sup>136</sup> **ÇAVUŞ**, s. 139-140.

## F. Elektronik Yoklama

Elektronik yoklama (E-yoklama) işlemi, yoklama yapmaya yetkili olan kişiler tarafından icra edilen bir işlem olup işlem sonunda mobil cihazlarla E-yoklama fişi tanzim edilmektedir<sup>137</sup>. E-yoklama fişinin içeriği, ön izleme yaptırılmak suretiyle nezdinde yoklama yapılan ya da yetkili kişiye gösterilir. İçeriğe ilişkin bir ihtilafın bulunmaması halinde nezdinde yoklama yapılan ya da yetkilisi tarafından elektronik imza ile imzalanır. Bu kişilerin elektronik imzalarının bulunmaması halinde *yoklamaya ilişkin özet bilgilerle benzersiz kodun üzerine yazıldığı e-yoklama imza formu*, yoklamayı yapanlar ve nezdinde yoklama yapılan ya da yetkilisi tarafından ıslak imza ile imzalanır. E-yoklama fişinin nezdinde yoklama yapılan ya da temsilcisi tarafından imzalanmasının ardından bu fiş, yoklama yapmaya yetkili olanlar tarafından onaylanır. Onay aşamasının ardından imzalama süreci bitmiş olur<sup>138</sup>.

E-yoklama fişi nezdinde yoklama yapılan ya da yetkilisinin yokluğunda oluşturulursa ya da bu kişiler imzadan imtina ederse bu durum e-imza kayıt formuna işlenir. Fiş yoklama yapan tarafından onaylanır. Bu aşamada başka bir işlem yapılmaz. E-yoklama imza formunun bir örneği de ilgili kişiye bırakılır<sup>139</sup>.

VUK m. 132/A'da düzenlenen E-yoklama fişi, VUK m. 131'de düzenlenen yoklama fişi ile aynı mahiyettedir (VUK m. 132/A/1). VUK, E-yoklamaya ilişkin şekil ve esaslar hakkında düzenleme yapma yetkisini Maliye Bakanlığı'na vermiştir (VUK m. 132/A/2). Buna ilişkin olarak 453 Sıra No'lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği<sup>140</sup> çıkarılmıştır. Tebliğde E-yoklama sonunda nezdinde yoklama yapılan ya da temsilcisi bulunmaz ya da imzadan imtina ederlerse başka bir işleme gerek kalmadan tek taraflı olarak onay yapılacağı belirtilmiştir. Görüldüğü gibi tebliğde VUK m. 131/2'de sayılan kişilerce fişin imzalanması

<sup>137</sup> ARSLAN, s. 271.

<sup>138</sup> ARSLAN, s. 271-272; Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği, Sıra No: 453. (Lexpera)

<sup>139</sup> ARSLAN, s. 272; Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği, Sıra No: 453. (Lexpera)

<sup>140</sup> Resmi Gazete, T. 20.6.2015, Sayı: 29392. (Lexpera)

aranmamıştır. E-yoklama, yoklama işleminin çağın gerisinde kalmasını önleyen bir uygulama olup esasında yoklama fişinin elektronik ortamda düzenlenmesinden ibarettir. Yani VUK m. 131'de düzenlenen yoklama fişi ile VUK m. 132/A'da düzenlenen E-yoklama fişi esas açısından farklılıklar içermemektedir. Bu nedenle normlar hiyerarşisi gereği açık kanun hükmünün uygulanarak şartlar oluşmuşsa VUK m. 132/2'de sayılan kişilerin E-yoklama fişini imzalamaları daha yerinde olacaktır.

E-yoklama işlemi teknik sebeplerle ya da yapılacak işin niteliğinden kaynaklanan sebeplerle yapılamazsa yoklama fişi fiziki olarak üç nüsha olarak düzenlenir. Bunlar nezdinde yoklama yapılan ya da yetkilisine imzalatılır. Bu kişiler yoksa ya da imzadan imtina ederlerse fişe buna ilişkin açıklama yazılır. Tanzim edilen örneklerden birincisi nezdinde yoklama yapılan ya da yetkilisine bırakılır. Bu kişilerin işleme katılmaması halinde bahsi geçen fiş yedi gün içerisinde postayla gönderilir<sup>141</sup>.

Yargı kararına konu bir olayda, E- yoklama fişi ile seksen iki farklı müşteriye belge düzenlenmediği tespit edilerek özel usulsüzlük cezası kesilmiştir. Yapılan işleme ilişkin açılan davada mahkeme, E- yoklama fişinde bu müşterilerin kimlik bilgileri ve ne kadarlık belge düzenlenmesi gerektiği gibi somut tespitlerin bulunmadığı gerekçesiyle yapılan işlemi hukuka aykırı bulmuştur<sup>142</sup>.

### **G. Yoklamanın Kapsamı**

Yoklama işlemini icra edenlerin yetkileri VUK m. 127'de sayılmıştır. Madde kapsamında düzenlenen hususlardan bir kısmı delil tespiti, bir kısmı ise tedbir niteliğine sahiptir<sup>143</sup>. Maddede sayılanlar dışında kalan *işe başlama, işi bırakma, iş ve adres değişikliği, işin tasfiye edilmesi, işin nakli, ölüm ve bazı muafiyetlerin tespiti gibi; mükellef ve mükellefiyetle ilgili maddi olayları, kayıt ve mevzuları araştırmaya yönelik*

<sup>141</sup> **ARSLAN**, s. 272; Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği, Sıra No: 453. (Lexpera)

<sup>142</sup> İzmir Bölge İdare Mahkemesi, 3. VDD, E. 2020/1290, K. 2020/1567, T. 19.11.2020. (Lexpera)

<sup>143</sup> **KIZILOL/TAŞ**, s. 100.



denetim faaliyetleri yoklamanın genel konularını oluştururken VUK m. 127'de sayılanlar ise yoklamanın özel konularını oluşturmaktadır<sup>144</sup>.

Yoklama VUK'da diğer denetim araçlarından önce düzenlenmiştir. Bu durum vergi dairesinin mükellefin yükümlülüklerine ilişkin ilk bilgileri yoklama vasıtasıyla elde etmesi sebebiyle olabilir. Buna göre mükellef tarafından verilen işe başlama dilekçesi üzerine vergi dairesi tarafından aynı gün veya ilk işgünü içinde mükellefin iş yerinde bir yoklama yapılır. Böylelikle mükellefin işe başladığına ilişkin tespiti yapılmış olur<sup>145</sup>. İşin özü gereği yapılan bu tespit genellikle mükellefe yönelik ilk tespit niteliğindedir. Mükellef ve iş yerine ilişkin yapılan bu tespitler yoklama fişi ile kayıt altına alınmaktadır. Böylelikle iş yerinin işe başlama şartları da kayıt altına alınmış olmaktadır<sup>146</sup>.

Yoklama vasıtasıyla vergi dairesine bildirim yapmadan faaliyette bulunanlar<sup>147</sup> ile bayram gibi özel günlerde gerçekleşen gerçek hasılatın tespiti yapılabilmektedir<sup>148</sup>. Kayıt dışı istihdamın kayıt altına alınmasına yoklama ile yapılan tespitlerin katkısı vardır<sup>149</sup>. Yoklama esnasında bir suçun varlığına yönelik şüphe doğuracak delille karşılaşılması durumunda ne yapılması gerektiği kanunda açıkça düzenlenmemiştir. Kanaatimce bu durumda olaya Ceza Muhakemesi Kanunu<sup>150</sup> (CMK) m. 138/1 kıyasen uygulanarak delilin koruma altına alınması ve durumun savcılığa derhal bildirilmesi gerekir.

VUK m. 7<sup>151</sup>'de sayılan kişiler vergi kanunlarının uygulanmasına yardımla mükellef kılınmıştır. VUK m. 127/3'deyse yoklama yapan memurların güvenliklerinin Cumhurbaşkanı tarafından belirlenen

---

<sup>144</sup> ÇAVUŞ, s. 121.

<sup>145</sup> KARABOYACI, s. 218-219.

<sup>146</sup> KARABOYACI, s. 219.

<sup>147</sup> KARABOYACI, s. 220.

<sup>148</sup> KARABOYACI, s. 221.

<sup>149</sup> KARABOYACI, s. 221.

<sup>150</sup> Resmi Gazete, T. 17.12.2004, Sayı: 25673. (Lexpera)

<sup>151</sup> VUK m. 7 "Bilümm mülkiye amirleri, emniyet amir ve memurları, belediye başkanları, köy muhtarları ve kamu müesseseleri vergi kanunlarının uygulanmasında uygulama ile ilgili memurlara ve komisyonlara ellerindeki bütün imkanlarla kolaylık göstermeye ve yardımda bulunmaya mecburdurlar."

esaslara göre sağlanacağı ifade edilmiştir. Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu<sup>152</sup> (PVSK) m. 1’de polisin görevi; *asayışı, amme, şahıs, tasarruf emniyetini ve mesken masuniyetini* korumak olarak ifade edilmiştir. VUK m. 7 ve PVSK m. 1 birlikte değerlendirildiğinde yoklamanın icrasının kolaylaştırılması amacı var ise VUK m.7’de sayılanların yoklamayı icra edenlere yardımla mükellef olduğu, bu kişilerin güvenliğinin tehlikede olması durumunda ise kolluk güçlerinin yardımla mükellef olduğu neticesi ortaya çıkmaktadır. Yoklamanın icrasının kolaylaştırılması ya da yoklama memurlarının güvenliğinin sağlanması hususlarında izlenecek yol kanunlarla belirlenmişken konuya ilişkin olarak VUK m. 127/3’de Cumhurbaşkanı tarafından yapılacak bir düzenlemeye atıf yapılması konunun muğlak bir hal almasına sebep olmuştur.

Yoklama yapmakla görevli memura direnmek, cebir ya da tehdit yoluna gidilmesi TCK m. 265’de düzenlenen “Görevi yaptırmamak için direnme” suçunu oluşturabilir<sup>153</sup>. Yoklama memuru kimliğini açıklamadan yoklama yapmaya çalışır ve mükellef tarafından yoklama yapması engellenirse TCK m. 265’de düzenlenen suç oluşmayacaktır. Suçun oluşması için öncelikle memurun kendisini tanıtmaması gerekir. Memurun kimliğini bildirmesi yapılan yoklamanın hukuka uygun olmasına hizmet edeceği gibi mükellefin muhatabının kimliğine ilişkin bilgisizliğinin de ortadan kalkmasını sağlayacaktır. Mükellefin yoklama memuruna cebir ve tehdit kullanmadan pasif bir direnç göstermesi bu suçu oluşturmaz<sup>154</sup>. Eylemin TCK m. 265 kapsamına girmesi için maddede sayılan fiillerin mükellef tarafından icra edilmesi gerekmez<sup>155</sup>.

Kişiler vergiyi doğuran olaya ve vergilendirme işlemine ilişkin sorulara Anayasa m. 38/5 uyarınca susma hakkını kullanarak cevap vermeyebilir. Kişilerin kimliği hakkındaki sorulara cevap vermemesi

<sup>152</sup> Resmi Gazete, T. 14.7.1934, Sayı: 2751. (Lexpera)

<sup>153</sup> **YENİÇERİ**, s. 48; **ÇAĞLAR**, s. 229; Ayrıntılı bilgi için bakınız: **İNELLİ**, Ender, “Yoklama Yaptırmamak için Direnmek TCK’ya Göre Suçtur”, *Yaklaşım Dergisi*, Yıl: 18, S. 216, 2010, s. 143-148.

<sup>154</sup> **ARTUK**, M. Emin/**GÖKCEN**, Ahmet/**YENİDÜNYA**, A. Caner, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Adalet Yayınevi, 15. Baskı, Ankara, 2015, s. 1142.

<sup>155</sup> **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA**, *Özel Hükümler*, s. 1143-1144.

Kabahatler Kanunu m. 40'da düzenlenen "Kimliği bildirmeme" kabahatini oluşturabilir. Kimlik ve adres bilgilerine ilişkin yalan beyanda bulunmalarıysa TCK m. 206'da düzenlenen "Resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyan" suçunu oluşturabilir<sup>156</sup>.

VUK m. 127'ye göre yoklama işlemini icra edenler aşağıda belirtilen yetkilere sahiptirler.

*a) Maliye ve Gümrük Bakanlığınca belirlenmiş usuller dahilinde özel yetki verilmiş olmak kaydıyla günlük hasılatı tespit etmek*

Yoklama yapmaya yetkili olan kişi belgelerden ya da mevcut iş akışından yararlanarak hasılat belirlemesi yapabilir. Böylelikle hasılatla ilişkin gerçek durumun kayıt altına alınması sağlanmaktadır<sup>157</sup>. Yıl içerisinde farklı zamanlarda yapılan günlük hasılat tespitleri mükellefin yıllık gayrisafi hasılatının belirlenmesinde yol gösterici niteliğe sahiptir. Mükellef tarafından yapılan bildirim ile yoklamalar neticesinde tespit edilen miktar arasında dikkat çekici bir fark olursa mükelleften bu farklılığın sebebini açıklaması istenmelidir. Mükellef gelirindeki düşüklüğü açıklayamazsa yoklama neticesinde elde edilen veriler üzerinden takdir komisyonu kararı veya vergi inceleme raporuna istinaden cezalı tarhiyat yoluna gidilir<sup>158</sup>.

*b) 3100 Sayılı Kanun kapsamına girip ödeme kaydedici cihaz kullanmak mecburiyetinde olanların bu mecburiyete uyup uymadıklarını, bu cihazları belli edilmiş esaslara göre kullanıp kullanmadıklarını ve günlük hasılatı tespit etmek,*

Maddede geçen ödeme kaydedici cihaz ifadesinden; *gerekli şartları taşıyan elektronik yazar kasalar, yazar elektronik teraziler, yazar elektronik terminaller* kast edilmektedir<sup>159</sup>. Bu cihazlar yapılan yoklamada kontrol edilerek mükellefin vergi kanunlarında getirilen esaslara uyup uymadıklarının tespiti yapılmaktadır. Bu yetki belge düzeninin yerleşmesinin sağlanması ve etkin bir şekilde uygulanması açısından

<sup>156</sup> SOYLU GÖKSOY, s. 39.

<sup>157</sup> AKDOĞAN, s. 117-118.

<sup>158</sup> SÖYLER, s. 41.

<sup>159</sup> KAHRAMAN, s. 37.

dan önem arz etmektedir<sup>160</sup>. Günlük hasılat yazar kasalardan alınan rapor vasıtasıyla tespit edilebilir<sup>161</sup>. Hasılat tespiti sonrasında vergi tarhiyatı yapılabilmesi için bu tespitin değişik zamanlarda tekrar edilmesi gerekir. Tek bir hasılat tespitine dayanılarak vergi tarhiyatının yapılmaması gerekir<sup>162</sup>.

Yoklamada ödeme kaydedici cihazların 3100 sayılı Kanun<sup>163</sup> hükümlerine ve vergi idaresinin belirlediği şekle uygun kullanılıp kullanılmadığı, satış fişlerinin içeriğinin doğru olup olmadığı ya da cihazın arızalanması durumunda takip edilmesi gereken usullere uyulup uyulmadığı da denetlenmektedir<sup>164</sup>.

*c) Günü gününe kayıt yapılması zorunlu defterlerin iş yerlerinde bulundurulup bulundurulmadığını, tasdikli olup olmadığını usulüne göre kayıt yapılıp yapılmadığını, vergi kanunları uyarınca düzenlenmesi icap eden belgelerin usulüne göre düzenlenip düzenlenmediği ile kullanılıp kullanılmadığını, faturasız mal bulunup bulunmadığını, levha asma veya kullanma mecburiyetine uyulup uyulmadığını tespit etmek, kanuni defter ve belgeler dışında kalan ve vergi kaybının bulunduğu emare teşkil eden defter, belge ve delillerin tespit edilmesi halinde bunları almak,*

Madde ile verilen yetki, vergi kanunlarının uygulanmasının sağlanmasına ve kayıt dışı işlemlerin önüne geçilmesine hizmet eden önemli bir yetkidir<sup>165</sup>. Yoklamada günlük kayıt yapılan defterlerin iş yerinde bulunup bulunmadığı, bu defterlerin noter tasdikli olup olmadığı, kayıtların günlük olarak defterlere işlenip işlenmediği, defterlerde VUK'da belirtilen esaslara uyulup uyulmadığı kontrol edilir<sup>166</sup>.

Mükellefiyetle ilgili gerçek durum, tutulması gerekli defter ve vesikalardan ziyade ayrıca tutulan özel defter ve belgeler aracılığıyla

<sup>160</sup> AKDOĞAN, s. 118.

<sup>161</sup> SÖYLER, s. 42-43.

<sup>162</sup> KAHRAMAN, s. 44.

<sup>163</sup> Resmi Gazete, T. 15.12.1984, Sayı: 18606. (Lexpera)

<sup>164</sup> YENİÇERİ, s. 78.

<sup>165</sup> AKDOĞAN, s. 118.

<sup>166</sup> SÖYLER, s. 44; YENİÇERİ, s. 41.

tespit edilmektedir. Yoklama esnasında bulunan çift defter, veresiye defteri ya da sipariş fişleri gibi vergiyi doğran olaya işaret eden dokümanlar alınarak bunlara istinaden bir tutanak tutulur. Elde edilen dokümanlar vergi incelemesi yapılmasını gerektirecek nitelikteyse mükellef nezdinde inceleme yapılabilir. Vergi incelemesi yapılmasını gerektirmeyecek nitelikteyse re'sen takdir işlemine başvurmada ya da tarh işleminde delil olarak kullanılır<sup>167</sup>. Yoklama tutanağındaki bilgilerin re'sen vergi tarhı işlemi için yeterli olmaması durumunda vergi incelemesi yoluna gidilmelidir. Bu yola başvurmadan eksik bilgilere istinaden tarh işlemi yapılması hukuka aykırıdır<sup>168</sup>.

Yapılan yoklama neticesinde levha asma veya bulundurma zorunluluğu olan mükellefin buna uymadığının tespit edilmesi halinde VUK m. 353/4 uyarınca özel usulsüzlük cezası kesilir.

Mükelleflerin usulüne uygun belge düzenlemeleri devletin mükelleflerin işlemlerini takip etmesini kolaylaştırır. Bu da vergi kaybı ya da kaçağı olmadan zamanında ve adil vergilendirme yapılmasını sağlar<sup>169</sup>. Vergi kaçırmak isteyen mükellefler çoğunlukla VUK uyarınca düzenlenmesi gereken belgeleri düzenlememektedir. Belgesiz olan iş akışının sonradan belgelendirilmesi oldukça güçtür. Yoklama belgesiz olan bu iş akışının belgelenmesine hizmet etmekte böylelikle, vergi kaçırılmasının önüne bir nebze de olsa geçilmektedir<sup>170</sup>.

VUK m. 127 uyarınca yoklama esnasında kanuni olmayan, vergi kaybına ilişkin emare niteliğindeki doküman ve delillerin alınabilmesi mümkündür. Bununla birlikte kanuni defterleri inceleme yetkisi yoklamayı icra edenlere tanınmamıştır<sup>171</sup>. Madde ile verilen yetkinin hukuka uygun bir şekilde kullanılabilmesi için emare kavramı ile neyin ifade edildiğinin bilinmesi gerekir. Emare; *belirti, iz, ipucu, bir eylemin yapılması olasılığını ortaya koyan ve fakat başlı başına bir delil nitelik ve kuvvetinde olmayan olgular* olarak tanımlanmaktadır. Başka delil-

---

<sup>167</sup> SÖYLER, s. 44-45.

<sup>168</sup> Danıştay 4. Daire, E. 1998/330, K. 1999/1179, T. 22.3.1999. (Lexpera)

<sup>169</sup> YENİÇERİ, s. 73.

<sup>170</sup> KAHRAMAN, s. 45-46.

<sup>171</sup> SOMUNCU, s. 157.

lerle desteklenmeyen emareler hâkim tarafından değerlendirmeye tabi tutulmaz<sup>172</sup>. Emare, tek başına delil niteliği taşımayan vergi kaybına ilişkin işaret niteliğindeki defter, belge ya da belirtilerdir<sup>173</sup>. Emare kavramı aramalı incelemeye ilişkin düzenlemede de kullanılmış olup bu işlem açısından CMK'da yer alan *makul şüphe*<sup>174</sup> kavramının aramalı inceleme işlemindeki özel hali<sup>175</sup> niteliğinde olduğu kabul edilmektedir. Bu nedenle emare kavramı yerine makul şüphe kavramının kullanılması ve makul şüphe kavramına ilişkin olarak da CMK'ya atıfta bulunulmasına ilişkin bir görüş bulunmaktadır<sup>176</sup>. Yoklama işlemi açısından da emare kavramı makul şüphe kavramı ile aynı mahiyette anlaşılabilir.

Yoklama yapan kişiye sonrasında herhangi bir denetim mekanizması öngörülmeden böylesine geniş bir yetkinin verilmesi keyfi işlemlere yol açabilir<sup>177</sup>. Vergi dairesinin maddede “almak” olarak ifade edilen eylemini CMK ve Anayasa'da düzenlenen elkoyma tedbiri olarak anlamak gerekir<sup>178</sup>. Elkoyma, delil ya da müsadereye konu ola-

---

<sup>172</sup> YILMAZ, s. 327-328.

<sup>173</sup> FURTUN, s. 307; ÜN, Raci, “Aramalı Vergi İncelemesi Usul ve Esasları-I”, Yaklaşım Dergisi, S. 191, 2008, s. 70.

<sup>174</sup> AÖAY m. 6 “Makul şüphe, hayatın akışına göre somut olaylar karşısında genellikle duyulan şüphedir.

*Makul şüphe, aramanın yapılacağı zaman, yer ve ilgili kişinin veya onunla birlikte olanların davranış tutum ve biçimleri, kolluk memurunun taşındığından şüphe ettiği eşyanın niteliği gibi sebepler göz önünde tutularak belirlenir.*

*Makul şüphede, ihbar veya şikâyeti destekleyen emarelerin var olması gerekir.*

*Belirtilen konularda şüphenin somut olgulara dayanması şarttır.*

*Arama sonunda belirli bir şeyin bulunacağını veya belirli bir kişinin yakalanacağını öngörmeyi gerektiren somut olgular mevcut bulunmalıdır.”*

<sup>175</sup> TAŞDELEN, Aziz, “Vergisel Arama”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 2, 2003, s. 173, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/754465>, Erişim: 9.1.2021.

<sup>176</sup> ÇAVUŞ, s. 274.

<sup>177</sup> SARICAOĞLU, Ercan, “Vergi Usul Kanunu 127/1-c Hükmü ile Yoklama Esnasında Vergi İdaresine Tanınan “El Koyma” Yetkisine Dair Anayasaya Aykırılık Sorunu”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 6, S. 61, 2011, s. 62.

<sup>178</sup> TAŞDELEN, s. 177; KANETİ/EKMEKÇİ/GÜNEŞ/KAŞIKÇI, s. 234; OKTAR, S. Ateş, Vergi Hukuku, Türkmen Kitabevi, 12. Baskı, İstanbul, 2017, s. 219; ÇAVUŞ, s. 126; SOYLU GÖKSOY, s. 63.

bilecek eşya hakkında uygulanan, zilyedin tasarruf yetkisini ortadan kaldıran bir işlemdir<sup>179</sup>.

Elkoyma Anayasa m. 20/2 ve CMK m. 127’de düzenlenmiştir. Kanun koyucunun CMK kapsamında düzenlenen tedbirlerin Anayasa’ya uygunluğu noktasında gösterdiği dikkat ve özeni VUK gibi diğer usul kanunlarında düzenlenen tedbirler açısından da göstermesi gerekir<sup>180</sup>. VUK’daki düzenleme bu şekliyle Anayasa’ya aykırıdır. VUK m. 127’in Anayasa ve CMK hükümleri ışığında değiştirilerek; *yoqlama memuruna* ya da *defterdar, vergi dairesi başkanı veya vergi dairesi müdürüne*<sup>181</sup> ancak gecikmesinde sakınca olan hallerde ve hâkim onayına sunulmak koşuluyla elkoyma yetkisinin verilmesi gerekir<sup>182</sup>. Yapılan elkoyma işlemine ilişkin olarak hâkime itiraz edilme usulünün de kanunda açıkça düzenlenmesi gerekir<sup>183</sup>. İtiraz yolunun öngörülmesi işlemin ölçülülük ilkesine uygun olmasına da hizmet edecektir<sup>184</sup>. Madde kapsamında icra edilen elkoyma işleminin CMK’da düzenlenen elkoyma işleminden farklılıklar taşıdığı ancak vergi ile ilgisi bulunmayan dokümanlar açısından bir itiraz hakkının tanınabileceği yönünde de görüş bulunmaktadır<sup>185</sup>.

Anayasaya aykırı olan VUK m. 127/1-c hükmü uyarınca elkonulan eşyalar Anayasa m. 38/6 uyarınca delil olarak kabul edilemez ve yargılamadan kullanılamaz. Kişilerin bu şekilde elde edilen belgelere dayanılarak mahkumiyetine karar verilemez<sup>186</sup>.

<sup>179</sup> CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayıncılık, 18. Baskı, İstanbul, 2020, s. 474.

<sup>180</sup> SARICAOĞLU, s. 62.

<sup>181</sup> ÇAVUŞ, s. 137; UZUN ÇAM, Mine, “Vergi Denetiminde Anayasaya Aykırı Elkoyma Yetkisi”, Manisa Celal Bayar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 2017, C. 15 S. 4, s. 189-190, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/395095>, Erişim: 18.1.2021.

<sup>182</sup> KANETİ, s. 99; Naklen, KANETİ/EKMEKÇİ/GÜNEŞ/KASIKÇI, s. 235; SARICAOĞLU, s. 62.

<sup>183</sup> KANETİ, s. 99; Naklen, KANETİ/EKMEKÇİ/GÜNEŞ/KASIKÇI, s. 235; SARICAOĞLU, s. 62.

<sup>184</sup> UZUN ÇAM, s. 195.

<sup>185</sup> SÖYLER, s. 82.

<sup>186</sup> SARICAOĞLU, s. 63.

Yoklama esnasında VUK m. 127/1-c kapsamında elkoyma işlemi icra eden kişi, Anayasa’da elkoyma işlemi hakkında öngörülen usule uymadığı için kişinin özel hayat alanının gizliliğini ihlal edebilir. Bu durumda eylemin özel hayat alanını koruyan bir suç oluşturup oluşturmadığı sorusu ile karşı karşıya kalırız. Burada TCK m. 24/1 uyarınca kanun hükmünün icrası söz konusu olup bu durum TCK’da bir hukuka uygunluk sebebi olarak düzenlenmiştir<sup>187</sup>. Bu nedenle eylem tipik olsa bile kişiye ceza verilmemesi gerekir. Bununla birlikte yoklama yapan kişi yoklama işleminin kanuni sınırlarını ve amacını aşan bir araştırma içine girerek el koyma işlemi gerçekleştirirse yapılan işlem suç oluşturabilir. Elkonulmak istenen belgelerin kişisel veri niteliğinde bilgiler barındırması halinde işleme itiraz edilmesine rağmen elkoyma gerçekleştirilirse TCK m. 136’da düzenlenen suçun oluşacağı yönünde görüş bulunmaktadır<sup>188</sup>. TCK m. 24/1’in bu durumda da uygulanması gerekir.

Kanuni defter ve belgeleri tutan mükellef bu dokümanların devlet yetkilileri tarafından incelenebileceği, gerekiyorsa bunlara elkonulabileceği bilinci ile bunları düzenlemektedir. Maddede, yoklamada elkonulabilecek dokümanlar arasında kanuni defter ve belgeler sayılmamış, kanuni olmayan defter, belge ve delillereyse elkonulabileceği ifade edilmiştir. Maddede elkonulabileceği ifade edilen dokümanlar özel hayat alanı kapsamında yer alması muhtemel olan dokümanlardır. Madde özel hayat alanının korunmasına ilişkin düzenlemelerle de çalışmaktadır.

VUK m. 127/c uyarınca gerçekleştirilen elkoyma işlemine konu defter, belge ve kayıtların akibetinin ne olacağı açıkça düzenlenmemiştir. Burada vergi incelemesi için öngörülen usul uyarınca hareket edilip belgelerin incelenmesinin tamamlanması kanunun içeriğine daha uygundur. Buna göre inceleme VUK m. 140/6’da belirtilen süre-

<sup>187</sup> **ARTUK**, M. Emin/**GÖKCEN**, Ahmet/**YENİDÜNYA**, A. Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, 10. Baskı, Ankara, 2016, s. 385.

<sup>188</sup> **ÖMERCİOĞLU**, Abdullah, “*Vergi Denetim Müesseseleri Açısından Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 65, S. 4, 2016, s. 2299.



ler içerisinde tamamlanmalıdır. VUK m. 140/6'ya göre inceleme, tam inceleme ya da sınırlı inceleme olarak yapılabilir. Tam inceleme; *bir mükellefin, bir vergi türü itibariyle bir veya birden fazla vergilendirme dönemine ilişkin her türlü iş ve işlemlerinin bütün matrah unsurlarını içerecek şekilde incelenmesi* olarak, sınırlı inceleme ise, tam inceleme kapsamına girmeyen incelemeler olarak tanımlanmaktadır<sup>189</sup>. Bu tanımlardan hareketle yoklamada tam inceleme boyutuna varacak derecede ayrıntılı bir araştırma yapılmadığı için bulunan dokümanların incelemesinin sınırlı inceleme için öngörülen süre olan altı ay içinde bitirilmelidir (VUK m. 140/6). Burada aramalı inceleme süresini düzenleyen m. 145 uyarınca hareket edilmemelidir. Çünkü incelemeye tabi dokümanlar arama neticesinde elde edilen dokümanlar değildir. Fakat inceleme süresinin VUK m. 145 uyarınca belirlenmesi yönünde de görüş bulunmaktadır<sup>190</sup>.

Yoklama esnasında gizli, saklı olan şeylerin ortaya çıkarılması boyutuna varan bir araştırma yapılırsa bu işlem artık aramalı inceleme halini alır. Aramalı inceleme için aranan şartların olayda gerçekleşmemiş olması nedeniyle yapılan işlem hukuka aykırı olur<sup>191</sup>. Aramalı inceleme hâkim kararı doğrultusunda yapılan bir işlemdir (VUK m. 142/2). Arama mahiyetinde bir araştırma yapılmak isteniyorsa doğrudan aramalı inceleme kararı alınması gerekir.

*d) Nakil vasıtalarını, Maliye ve Gümrük Bakanlığının belirleyeceği özel işaretle durdurmak ve taşıtta bulundurulması icap eden taşıt pulu, yolcu listesi, fatura veya sevki irsaliyesi, yolcu bileti ile taşıma irsaliyelerinin muhtevası ile taşınan yolcu ve malların miktar ve mahiyetlerini ölçmek, tartmak, saymak suretiyle tespit etmek,*

Maddede düzenlenen bu yetki belgesiz olarak yük ve yolcu taşınmasının önüne geçilerek vergilendirme sürecinin gerçeğe uygun bir şekilde tamamlanmasına hizmet etmektedir<sup>192</sup>. Yoklama yapıla-

---

<sup>189</sup> KARABOYACI, s. 226.

<sup>190</sup> YENİÇERİ, s. 75.

<sup>191</sup> ÇAĞLAR, s. 231.

<sup>192</sup> AKDOĞAN, s. 118.

bilme zamanına ilişkin herhangi bir kısıtlama öngörülmediği için mal ve hizmet akışının yoğun olduğu her an madde kapsamında yoklama yapılması mümkündür<sup>193</sup>. Hazine ve Maliye Bakanlığı görevlilerinin bu maddedeki yetkilerini kullanmak için yaptıkları ihtar uyarınca durmayan aracın sahibi adına özel usulsüzlük cezası kesilir<sup>194</sup>. Bu maddenin Anayasa'ya aykırı olduğu iddiası üzerine yapılan incelemede; durmama nedeniyle sadece trafik cezasının uygulanması gerektiğine ilişkin ileri sürülen iddia, davaya konu edilen kuralla trafik kurallarına uyulmasının amaçlanmış olmaması nedeniyle kabul görmemiş, madde ile *vergi kayıp ve kaçacağına yol açabilecek eylemleri önlemek, verginin zamanında ve eksiksiz ödenmesini sağlamak* amacının güdüldüğü belirtilerek yapılan itirazın reddine karar verilmiştir<sup>195</sup>. Fakat karar eylem ile yaptırım uygulanacak kişi arasında farazi değil gerçek bir bağlantı aranması gerektiği<sup>196</sup> ve şoförün eylemi nedeniyle araç sahibinin cezalandırılmasının cezaların şahsiliği ilkesine aykırı olması<sup>197</sup> nedenleriyle eleştirilmektedir.

Yapılan yoklama işlemi sonunda fiili durum ile duruma ilişkin düzenlenen belgelerin birbirlerini doğrulamadığının tespit edilmesi halinde de özel usulsüzlük cezası kesilir<sup>198</sup>.

*e) Taşıma irsaliyesi, sevk irsaliyesi ve faturanın taşıtta bulunmaması, halinde bu belgelerin ibrazına kadar nakil vasıtalarını trafikten alıkoymak, taşınan malın sahibi belli değilse tespitine kadar malı bekletmek ve muhafaza altına almak, (Beklemeye ve muhafazaya alınan malların bozulmaya ve çürümeye maruz mallar olması halinde derhal, diğer mallar ise üç ay sonra Maliye ve Gümrük Bakanlığının belli edeceği esaslar dahilinde tasfiye olunur.)*

---

<sup>193</sup> YENİÇERİ, s. 84.

<sup>194</sup> YENİÇERİ, s. 84.

<sup>195</sup> Anayasa Mahkemesi, Genel Kurul, E. 2001/487, K. 2005/2, T. 6.1.2005. (Lexpera)

<sup>196</sup> ÇAVUŞ, s. 135.

<sup>197</sup> NAS, Adil, "Vergi Denetim Yollarından Yoklama ve Yoklamanın Hukuki Sonuçları", Vergi Dünyası, S. 459, 2019 s. 24-25.

<sup>198</sup> YENİÇERİ, s. 85.

Madde ile tanınan yetki, kayıt dışı işlemlerin önüne geçilmesinin yanı sıra sahipsiz mal hareketlerinin de engellenmesine hizmet etmektedir<sup>199</sup>. Belgesiz olarak alınıp satılan malların tespiti noktasında yoklama büyük önem taşımaktadır<sup>200</sup>. Beklemeye alınan mallar çürüyecek nitelikteyse hemen, aksi halde Hazine ve Maliye Bakanlığının belirlediği esaslara göre üç ay sonra tasfiye edilir<sup>201</sup>. Bu tasfiye işlemi Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun uyarınca açık artırma yoluyla satış yapmak suretiyle gerçekleştirilir<sup>202</sup>.

Maddenin “e” fıkrası kapsamında da bir elkoyma yetkisi tanınmış olup “c” fıkrası açısından yapılan tespitler bu fıkra açısından da geçerlidir<sup>203</sup>. Maddenin “c” ve “e” fıkralarında tanınan elkoyma (zapt) yetkisi Anayasa m. 20 ve m. 13’e<sup>204</sup> aykırı olması nedeniyle eleştirilmektedir<sup>205</sup>.

VUK m. 127/1 “a”, “d” ve “e” fıkralarında belirtilen durumlar özel olarak bu işleri yapmakla görevlendirilenlerce gerçekleştirilir. Bu kişiler diğer işlemleri yapma hususunda da yetkili olup “özel yoklama yetki belgesi” taşımaları gerekir (VUK Genel Tebliğ Seri No: 168)<sup>206</sup>. Yoklamada esas olan “araştırma ve tespit” olmakla birlikte maddenin “c” ve “e” fıkralarında alıkoyma yetkisinin de eklendiği görülmektedir<sup>207</sup>.

### III. YOKLAMANIN SONUÇLARI

VUK m. 153<sup>208</sup>’de işe başlamayı bildirmek zorunda olanlar sayılmıştır. İşe başlamanın bildirilmemesi halinde işe başlama olgusu yok-

<sup>199</sup> AKDOĞAN, s. 119.

<sup>200</sup> SÖYLER, s.48-49.

<sup>201</sup> AKDOĞAN, s. 119, Dipnot No: 91; VUK Genel Tebliğ, Seri No: 168.

<sup>202</sup> VUK Genel Tebliğ, Seri No: 168.

<sup>203</sup> KANETİ, s. 99; Naklen, KANETİ/EKMEKÇİ/GÜNEŞ/KAŞIKÇI, s. 235.

<sup>204</sup> UZUN ÇAM, s. 194-195.

<sup>205</sup> KARAKOÇ, s. 240.

<sup>206</sup> ÖZBİLEN, s. 210, Dipnot no: 173.

<sup>207</sup> CUDİN, Şenol, “Yoklamanın Amacı ve Yoklamaya Yetkililer”, Vergi Sorunları Dergisi, 1986, s. 58; Naklen, SÖYLER, s. 23.

<sup>208</sup> VUK m. 153 “Aşağıda yazılı mükelleflerden işe başlıyanlar keyfiyeti vergi dairesine bildirmeye mecburdurlar:

1. Vergiye tabi ticaret ve sanat erbabı;

lama ile tespit edilerek bu kişilere ilişkin mükellefiyet tesis edilmektedir.<sup>209</sup> İşe başlama bildirilmekle birlikte çalışan işçi sayısı, işçi ücretleri gibi konularda eksik bildirim yapan mükelleflerin bu tür davranışlarının önlenmesi yoklama işleminin icrasıyla mümkün olabilir<sup>210</sup>.

Mükelleflerin; iş yeri adresi, iş ve işletme değişikliklerini de vergi dairesine bildirmesi gerekir (VUK m. 157-158-159). Bu değişikliklerin bildirilmemesi halinde yoklama ile yapılan değişiklikler tespit edilerek kayıtlara işlenmektedir. Bu değişikliklerin; yeni bir vergiye tabi olmaya, mükellefiyet şeklinde değişiklik meydana gelmesine ya da mükellefiyetten muafiyete geçilmeye sebebiyet vermesi vergi matrahını etkileyen durumlardır. Yoklama ile bu durumların tespit edilmesi halinde değişikliklerin tetiklediği diğer işlemlerin vergi dairesince yapılması sağlanmaktadır<sup>211</sup>.

VUK m. 160/1'e göre işi bırakma durumunun mükellef tarafından vergi dairesine bildirilmesi gerekir. Vergi dairesi yapılan yoklama ile işi bırakma durumunu veya gerçek işi bırakma tarihini tespit ederek özellikle gelir vergisi matrahının doğru ya da doğruya en yakın şekilde belirlenmesi ve mükellefiyetin silinmesi sağlanır<sup>212</sup>. Bu durumda yapılan yoklama işleminin ayrıntıları ise şu şekildedir: İş terki durumunda terki tarihinin tespit edilmesi için durumun özelliklerine göre mükellefin iş yeri adresinde, kanuni temsilcisinin ikamet adresinde ya da şirket ortağı ya da kanuni temsilcisi nezdinde yoklama yapılması gerekir. İlk yoklamayı gerçekleştirdikten sonra otuz gün içinde ikinci yoklama yapılır. Böylelikle iş terki ettiği anlaşılan mükellefin mükellefiyet kayıtları silinir<sup>213</sup>. Konuya ilişkin bir yargı kararında 12/05/2016

---

2. Serbest meslek erbabı;

3. Kurumlar Vergisi mükellefleri;

4. Kolektif ve adi şirket ortaklarıyla komandit şirketlerin komandite ortakları."

<sup>209</sup> SÖYLER, s. 72; YENİÇERİ, s. 98; GÜNDEŞLİ, s. 55.

<sup>210</sup> SÖYLER, s. 72; YENİÇERİ, s. 98.

<sup>211</sup> SÖYLER, s. 73.

<sup>212</sup> SÖYLER, s. 73; YENİÇERİ, s. 100; GÜNDEŞLİ, s. 55.

<sup>213</sup> GINALI, Ayşe, "Vergi Dairelerince Sermaye Şirketlerine Uygulanan Resen Terki İşlemleri ve Sonuçları", Mali Çözüm, Kasım-Aralık 2010, s. 245, <http://archive.ismmmo.org.tr/docs/malicozum/102malicozum/15%20ayse%20ginali.pdf>, Erişim: 3.7.2021.

tarikh ve 2016/2 Seri No'lu Uygulama İç Genelgesi<sup>214</sup> uyarınca iş yeri adresinde bulunamayan mükellefe ilişkin olarak mükellef adına tespit edilen elektrik ve/veya doğalgaz aboneliğinin bulunduğu iş yeri adreslerinde de yoklama yapılması gerekirken, bu işlem yapılmadan gerçekleştirilen terkinin hukuka aykırı olduğuna karar verilmiştir<sup>215</sup>.

Mükellef vergi kanunlarında belirtilen süreler içerisinde yapması gereken başvuruyu yapmamış ya da yerine getirmesi gereken sorumlulukları gerine getirmemişse bu durum yoklama ile tespit edilerek idare tarafından vergi tarhı yoluna gidilebilir<sup>216</sup>. Yoklama tutanağında dayanılarak yapılan tarh, idarece tarh olmakla birlikte istisnai durumlarda re'sen tarh yoluna da gidilmektedir. Buna göre vergi dairesi tarafından takdir komisyonlarına verilen yoklama tutanakları re'sen tarh işlemine dayanak olabilmektedir<sup>217</sup>.

Yoklama tutanakları takdir komisyonu tarafından yapılan rayiç bedel takdirlerine dayanak olabilmektedir<sup>218</sup>.

Vergilendirmede fazla ya da eksik vergi uygulanması suretiyle vergi hatası yapılmış olabilir. Bu hataların düzeltilmesi için vergi dairesi yoklama işleminden yararlanabilmektedir. Böylelikle yoklama tutanağı ile tespit edilen durumlar vergi hatalarının düzeltilmesinde kullanılabilir. Bu durum yoklamanın "idari tahkikat" işlevi içinde değerlendirilmektedir<sup>219</sup>.

Yoklama neticesinde elde edilen bilgiler tarhiyat yapılması için yeterli değil ise vergi incelemesi yapılarak elde edilen bilgiler doğrultusunda tarhiyat yapılması mümkündür. Böylelikle yoklama vergi incelemesi yapılmasına sebep olabilmektedir<sup>220</sup>.

<sup>214</sup> <https://www.alomaliye.com/wp-content/uploads/2020/03/2016-2-vuk-ic-genelgesi-min.pdf>, Erişim: 6.7.2021.

<sup>215</sup> İstanbul Bölge İdare Mahkemesi, 4. VDD, E. 2017/4482, K. 2017/5472, T. 30.11.2017. (Lexpera)

<sup>216</sup> SÖYLER, s. 74; ÇAVUŞ, s. 142.

<sup>217</sup> SÖYLER, s. 75; YENİÇERİ, s. 104; GÜNDEŞLİ, s. 55.

<sup>218</sup> SÖYLER, s. 75; FURTUN, s. 305; GÜNDEŞLİ, s. 55.

<sup>219</sup> SÖYLER, s. 76.

<sup>220</sup> SÖYLER, s. 76; KAHRAMAN, s. 50-51; GÜNDEŞLİ, s. 55; ÇAVUŞ, s. 142.

Yoklama neticesinde bazı malların alıkonulmasına karar verilmişse bu malların tasfiyesi yoluna gidilebilir (VUK m. 127/e). Tasfiye edilen malların bedeli emanet hesabına alınır. 1050 sayılı Kanununun 93. maddesi uyarınca bedelin hak sahibine ödenmesi gerekirse satış bedelinden öncelikle satış masrafları ve vadesi gelmiş vergi ve ceza borçları düşürülerek ödeme yapılır<sup>221</sup>. 1050 sayılı Kanun, 5018 sayılı Kanunla<sup>222</sup> yürürlükten kaldırılmış olup Kanun'un Geçici m. 9'daki düzenleme gereği 1050 sayılı Kanun'a yapılan atıflar 5018 sayılı Kanuna yapılmış sayılır. 5018 sayılı Kanun'a bakıldığında bu hususa ilişkin açık bir düzenlemenin olmadığı görülmektedir. Bu eksikliği giderilerek 5018 sayılı Kanun'da konuya ilişkin açık bir düzenlemenin en kısa süre içerisinde yapılması gerekir.

Yoklama neticesinde vergi kanunlarına aykırı hareket edildiğinin tespit edilmesi halinde yoklama tutanağına istinaden VUK'da düzenlenen vergi cezaları ve diğer cezalar ile cezalandırılırlar (VUK m. 331)<sup>223</sup>. Diğer cezalar ile ceza kanunlarında suç olarak düzenlenen eylemlere uygulanan cezalar kast edilmektedir<sup>224</sup>.

## **SONUÇ**

Yoklama işlemi VUK'da düzenlenmiş bir vergi denetim yoludur. Yoklama diğer vergi denetim yollarına kıyasla daha pratik ve çabuk uygulanabilen bir işlemdir. Yoklama ile vergi idaresi çalışanları saha-ya inerek vergilendirme ile ilgili olup da vergi idaresine bildirilen ya da bildirilmeyen hususlara ilişkin tespitler yapabilmektedir. Yapılan bu tespitler mükellefiyetlerin ve vergilendirmeye ilişkin gerçek durumlarının ortaya konulması açısından önem arz etmektedir.

---

<sup>221</sup> Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği, Sıra No: 168. (Lexpera)

<sup>222</sup> Resmi Gazete, 24.12.2003, Sayı: 25326. (Lexpera)

<sup>223</sup> **ÇAVUŞ**, s. 142.

<sup>224</sup> **SÖYLER**, s. 77.

Yoklama ile yoklama anındaki durum tespit edilmektedir. Yapılan tespitlerin yoklama sonrası döneme yönelik delil niteliğinde olduğuna ilişkin bir karine kabul edilmemiştir.

Yoklamanın öncelikle yoklama memurları tarafından icrası gerekir. VUK'da yoklama yapmaya yetkili meslek grupları sayılmakla birlikte yeterli sayıda yoklama memuru görevlendirilerek diğer meslek gruplarındaki kişilerin yoklama işlemi yapmalarının önüne geçilmesi gerekir. Böylelikle yoklama, asli görevi yoklama yapmak olan kişiler tarafından daha verimli ve düzenli bir şekilde icra edilecektir.

Hukuku uygun bir yoklama işlemi için yoklama fişinin de hukuka uygun olarak düzenlenmesi gerekir. Özellikle nezdinde yoklama yapılan kişinin yokluğu durumunda, imza atacak kişinin yetkili olup olmadığı hususuna dikkat edilmesi gerekir. Yine fişin tebliğ edilmesi gerektiği durumlarda, tebliğ adresinin VUK'da bilinen adres olarak ifade edilen adrese gönderilmesine de dikkat edilmesi gerekir.

Yoklama işlemi esnasında nezdinde yoklama yapılan kişiden başka kişiler hakkında da tespitler yapılmış olabilir. Nezdinde yoklama yapılmayan kişiler hakkında bu fişe dayanılarak işlem yapmak yerine, üçüncü kişi nezdinde yeni bir yoklama yapılmalı ve bu yoklama uyarınca üçüncü kişi hakkında gerekli işlemler yapılmalıdır.

VUK'da yoklama işlemi sonrasında hâkim kararı olmadan elkoyma yapılabileceği düzenlenmiştir. Bu düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olduğu doktrinde dile getirilmektedir. Bu aykırılığın en kısa sürede giderilmesi gerekir.

Anayasa'ya aykırı olmakla birlikte elkoyma işlemi uygulanmaya devam edilmektedir. İşleme ilişkin olarak elkonulan belgelerin hangi usule göre inceleneceği hususunda bir eksiklik vardır. Bu konunun da kanunda açık bir şekilde düzenlenmesi gerekir. Yoklama işlemi kapsamında düzenlenen elkoyma işlemi kendi içerisinde de çelişkiler taşımaktadır. VUK'a göre yoklama işlemiyle kanuni defter ve belgelere elkoymak mümkün değilken bunlara nazaran özel hayat alanı içerisinde yer alma ihtimali daha yüksek olan dokümanlara elkoymak mümkündür.

Yoklamaya ilişkin belirsizlik taşıyan bir başka konu ise yoklama fişinin postaya verilmesi için öngörülen yedi günlük süredir. Bu sürenin düzenleyici mi yoksa hak düşürücü süre niteliğinde olduğunun da yapılacak düzenleme ile netleştirilmesi gerekir.

VUK m. 127/1-e uyarınca alıkonulan malların tasfiyesi yoluna gidilebilmektedir. Tasfiye neticesinde elde edilen satış bedeline ilişkin olarak 168 Sıra No'lu VUK Genel Tebliği'nde 1050 sayılı Kanun'a gönderme yapılmıştır. Yürürlükten kalkan 1050 sayılı Kanun'a ilişkin yapılan göndermelerin 5018 sayılı Kanun'a yapılacağı belirtilmiştir. Fakat 5018 sayılı Kanun'da bu şekilde elde edilen satış bedellerine ilişkin bir düzenleme yoktur. Bu konuda en kısa zamanda bir düzenleme yapılması gerekmektedir.

#### **KAYNAKÇA**

- AKDOĞAN**, Abdurrahman, Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi (Temel İlke ve Esaslar, Vergileme ve Vergiler Hukuku, Uygulama Örnekleri), Gazi Kitapevi, 14. Baskı, Ankara, 2019.
- ARSLAN**, Mehmet, Vergi Hukuku, Dora Basım Yayım Dağıtım, 9. Baskı, Bursa, 2016.
- ARTUK**, M. Emin/**GÖKCEN**, Ahmet/**YENİDÜNYA**, A. Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, 10. Baskı, Ankara, 2016.
- ARTUK**, M. Emin/**GÖKCEN**, Ahmet/**YENİDÜNYA**, A. Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayınevi, 15. Baskı, Ankara, 2015. (Özel Hükümler)
- AYYILDIRIM**, Kadir, Türk Vergi Hukukunda Tebligat, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- BİYAN**, Özgür, Vergi Hukuku (Lisans Öğrenimi İçin), Dora Yayıncılık, Bursa, 2018.
- CENTEL**, Nur/**ZAFER**, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayıncılık, 18. Baskı, İstanbul, 2020.



- ÇAĞLAR**, Kemal, Vergi Usul Kanunu ve Yorumu, Adalet Yayınevi, 5. Baskı, Ankara, 2020.
- ÇAVUŞ**, Adnan, Vergi İdaresinin Yükümlüyü Denetim Yolları, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Maliye Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2006, s. 117-118, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>, Erişim: 18.1.2021.
- FURTUN**, İdris Hakan, *“Türk Hukukunda Vergi Mükellefini Denetleme Araçları”*, Vergi Hukuku Örneğinde Hukuka Uygun ve Etkin Kamu Denetimi Sempozyum Kitabı, Editörler: Bahri Öztürk/Funda Başaran Yavaşlar, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010, s. 299-313.
- GINALI**, Ayşe, *“Vergi Dairelerince Sermaye Şirketlerine Uygulanan Resen Terk İşlemleri ve Sonuçları”*, Mali Çözüm, Kasım- Aralık 2010, s. 243-249, <http://archive.ismmmo.org.tr/docs/malicozum/102malicozum/15%20ayse%20ginali.pdf>, Erişim: 3.7.2021.
- GÜNDEŞLİ**, Ersan, *“Vergi Hukukunda Yoklama ve Vergi Tabanının Genişlemesi”*, Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi, S. 17, 2005, s. 51-59.
- İNELLİ**, Ender, *“Yoklama Yaptırmamak için Direnmek TCK’ya Göre Suçtur”*, Yaklaşım Dergisi, Y. 18, S. 216, 2010, s. 143-148.
- KAHRAMAN**, Tahsin, Türk Vergi Hukukunda Yoklama ve Denetim, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bursa, 1990.
- KANETİ**, Selim/**EKMEKÇİ**, Esra/**GÜNEŞ**, Gülsen/**KAŞIKÇI**, Mahmut, Vergi Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019.
- KARABOYACI**, Abdullah, *“Vergi Denetimi Açısından Beyan Edilen Gelirin Doğruluğunun Tespit Yöntemleri”*, TBB Dergisi, S. 115, 2014, s. 211-242, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2014-115-1429>, Erişim: 29.12.2020.
- KARAKOÇ**, Yusuf, Genel Vergi Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.
- KIZILOT**, Şükrü/**TAŞ**, Metin, Vergi Hukuk ve Türk Vergi Sistemi, Gazi Kitabevi, 5. Baskı, Ankara, 2013.

- KOCAHANOĞLU**, Osman Selim, Vergi Suçları Vergi Cezaları ve Kurulma Yolları, Yaylacık Matbaası, 2. Baskı, İstanbul, 1983.
- NAS**, Adil, “*Vergi Denetim Yollarından Yoklama ve Yoklamanın Hukuki Sonuçları*”, Vergi Dünyası, S. 459, 2019, s. 20-32.
- OKTAR**, S. Ateş, Vergi Hukuku, Türkmen Kitabevi, 12. Baskı, İstanbul, 2017.
- ÖMERCİOĞLU**, Abdullah, “*Vergi Denetim Müesseseleri Açısından Haya-  
tın Gizli Alanına Karşı Suçlar*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakül-  
tesi Dergisi, C. 65, S. 4, 2016, s. 2277-2304.
- ÖNER**, Erdoğan, Vergi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 12. Baskı, Ankara, 2020.
- ÖZBALCI**, Yılmaz, Vergi Usul Kanunu Yorum ve Açıklamaları, Oluş Yayıncılık, Ankara, 2012.
- ÖZBİLEN**, Şevki, Vergi Hukuku, Gazi Kitapevi, Ankara, 2013
- SABAN**, Nihal, Vergi Hukuku, Beta, 5. Baskı, İstanbul, 2009.
- SARICAOĞLU**, Ercan, “*Vergi Usul Kanunu 127/ı-c Hükmü ile Yoklama Esnasında Vergi İdaresine Tanınan “El Koyma” Yetkisine Dair Anayasaya Aykırılık Sorunu*”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 6, S. 61, 2011, s. 59-64.
- SOMUNCU**, Ahmet, “*Yaygın ve Yoğun Vergi Denetimi: Hukukî Yapı ve Uygulamanın Değerlendirilmesi*”, Erciyes Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, S. 43, 2014, s. 133-173, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/66615>, Erişim: 12.1.2021.
- SOYLU GÖKSOY**, Emine, Türk Vergi Hukuku’nda Yoklama, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Maliye Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2019, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>, Erişim: 19.1.2021.
- SÖYLER**, İlhami, “*Vergi Yoklamasının Geçerlilik Koşulları*”, Vergi Raporu, S. 145, 2011, s. 63-67, <http://vergiraporu.com.tr/upImage/org/2011-145->

Vergi Yoklamasının Gecerlilik Kosulları-

İlhami Soyler %20.pdf, Erişim: 11.10.2021. (Vergi Raporu)

**SÖYLER**, İlhami, Türk Vergi Hukukunda Yoklama, Maliye ve Gümrük Bakanlığı Araştırma, Planlama ve Koordinasyon Kurulu Yayın No: 1987/295.

**TAŞDELEN**, Aziz, “*Vergisel Arama*”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 2, 2003, s. 159-191, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/754465>, Erişim: 9.1.2021.

**TEKİN**, Fazıl/**ÇELİKKAYA**, Ali, Vergi Denetimi, Seçkin Yayıncılık, 8. Baskı, Ankara, 2018.

**UZUN ÇAM**, Mine, “*Vergi Denetiminde Anayasaya Aykırı Elkoyma Yetkisi*”, Manisa Celal Bayar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 2017, C. 15 S. 4, s. 177-206, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/395095>, Erişim: 18.1.2021.

**ÜN**, Raci, “*Aramalı Vergi İncelemesi Usul ve Esasları-I*”, Yaklaşım Dergisi, S. 191, 2008, s. 67-70.

**YENİÇERİ**, Harun, Türk Vergi Hukukunda Yoklama, Ekin Yayınevi, Bursa, 2014.

**YILMAZ**, Ejder, Hukuk Sözlüğü, Yetkin Yayınları, 9. Baskı, Ankara, 2005.

**YURTERİ**, İsmet, “*Türk Vergi Sisteminde Yoklama ve Yaygın ve Yoğun Vergi Denetimi*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C. 26, S. 100, 2012, s. 255-270.

## **MECELLE’NİN MASLAHATA İLİŞKİN HÜKMÜNÜN (58. MADDE) GÜNÜMÜZ HUKUKU İLE KARŞILAŞTIRMALI OLARAK İNCELENMESİ**

*Examination of Provision of Majalla on Maslaha (Article 58) as Comparative with the Current Law*

**Arş. Gör. Burak TAŞ\***

### **ÖZET**

Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye, Hanefi mezhebi esas alınarak oluşturulmuş, İslam Hukukunun ilk kodifiye çalışması olan bir hukuki düzenlemedir. Mecelle’nin ilk yüz maddesi de İslam Hukukunda genel ilkeler olarak değerlendirilebilen külli kaidelerden oluşmaktadır. Bu çalışmada esas olarak külli kaidelerden biri olan Mecelle’nin 58. maddesi incelenmiştir. Bu maddenin ana teması olan “maslahat” kavramı izah edilmiştir. Bu kapsamda maslahat kavramının günümüz hukuk dalları ile olan bağlantısı çerçevesinde inceleme gerçekleştirilmiştir. Tespit edilen benzerlikler açısından günümüz hukukuyla karşılaştırmalı olarak değerlendirmelerde bulunulmuştur. Mecelle’nin 58. maddesinde ifadesini bulan maslahat kavramının kamu yararı anlamı ile günümüz hukukunu oldukça etkilediği sonucuna varılmıştır. Ayrıca

---

\* Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, ORCID ID: 0000-0001-6481-1580, E-mail: [burak.tas@asbu.edu.tr](mailto:burak.tas@asbu.edu.tr)

günümüz hukuk ihtilaflarında bu maddenin bir çözüm aracı olarak kullanılması gerektiği önerilmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** İslam Hukuku, Hukukun Genel İlkeleri, Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye, Maslahat,

## **ABSTRACT**

Al-Majalla Al-Ahkam Al-Adaliyya is a legal arrangement, which is the first codification study of Islamic Law, based on the Hanafi sect. The first hundred articles of the Majalla consist of general principles that can be considered as general principles in Islamic law. In this study, article 58 of Majalla, which is one of the general principles, was examined. The concept of “maslaha”, which is the main theme of this article, has been explained. In this context, a study was carried out within the framework of the connection of the concept of maslaha with today's branches of law. In terms of the similarities detected, comparative evaluations have been made with today's law. It was concluded that the concept of maslaha, which was expressed in the 58th article of Mecelle, significantly affected today's law in terms of public interest. In addition, it has been suggested that this article should be used as a solution tool in today's legal disputes.

**Keywords:** Islamic Law, General Principles of Law, Majalla, Maslaha

## **GİRİŞ**

Mecelle, Ahmet Cevdet Paşa önderliğinde, dört büyük mezhepten sadece Hanefi mezhebi esas alınarak hazırlanmış bir İslam Hukuku kanunlaştırma örneğidir.<sup>1</sup> Mecelle ülkemizde 1926 yılına kadar uygulama alanı bulmuştur. Bu tarihte 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin

---

<sup>1</sup> Halil Cin-Gül Akyılmaz, Gül, *Türk Hukuk Tarihi*, Sayram Yayınları, 4. Baskı, Konya, 2011, s.573.

kabul edilmesi ile Mecelle, artık pozitif hukukumuzun bir parçası olmasa da külli kaideleri bağlamında hukukun genel ilkesi olarak değer görmektedir.

Mecelle'nin içerdiği külli hükümler, İslam Hukukunun kazuistik hükümlerinden genel kaide çıkarılmasına dayanmaktadır.<sup>2</sup> Külli hükümlerin ilk ve ana kaynağı ise Kur'an'dır ve bu külli kaideler, ayet ve hadislerle dayanarak elde edilmişlerdir.<sup>3</sup> Külli kaidelerin<sup>4</sup> esas özelliği aslında bunların hukukun genel ilkelerinin İslam Hukuku çatısı altındaki görünüş biçimi olmasıdır.

Külli kaideler Mecelle'de öngörüldüğü üzere yüz tane ile sınırlı olmamakla beraber Mecelle'yi hazırlayan heyetin, Allah'ın doksan dokuz ismi (*esma-ül hüсна*) ile bereketlenmek amaçlı bir benzeştirme yaptığını söylemek mümkündür.<sup>5</sup> Kaldı ki bu uygulama aynı zamanda Allah'a duyulan saygının somut bir tezahürü olarak değerlendirilebilir. Bu külli kaidelerden "Reaya üzerine tasarruf maslahata menuttur." hükmü de çalışma bağlamında temel inceleme konusu olmuştur.

<sup>2</sup> Murat, Şimşek, "Hâdimî'den Mecelle'ye Küllî Kâideler ve Osmanlı'da Soyut Hukuka Geçiş Çabaları", *Uluslararası Mecelle Sempozyumu Tebliğleri - Adalet Akademisi*, Cilt 1, 2021, s.235-236.

<sup>3</sup> Nurettin, Sezen, *Mecelle'nin Külli Kaideleri ve Açıklamaları*, Aktif Hayat Yayınları, Eylül 2016, Ankara, s.13.

<sup>4</sup> "Küllî kâideler müstakil bir kaynak olmayıp, maslahat odaklı talî/fer'î delillerin uygulamaya yönelik genel hukuk prensipleri niteliğindedirler. Somut olaya ilişkin hüküm aslî delillerden elde edilemiyorsa, zorunlu olarak fer'î delillerin hukuk prensipleri niteliğinde olan küllî kaidelere müracaat edilir. Aslî delillerde hareket noktası naslar iken, maslahat odaklı delillerde, tümevarım yoluyla elde edilmiş olan fıkıh kâideleridir." Ali, Bakkal, Zehra, Sula, "Mecelle'deki Küllî Kaidelerin Genel Kural Tipi Diğer Kavramlarla İlişkisi ve Bunların Delil Oluş Keyfiyeti", *Süleyman Demirel Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, Cilt 2, Sayı 43, 2019, s.100. Külli kaidelerin delil olup olmadıkları hususu doktrinde tartışmalıdır. Bakkal ve Sula'ya göre: "Külli kaidelerin müstakil delil olduklarını söylemek doğru değildir. Zira İslam Hukukunda müstakil deliller Kur'an ve Sünnet'ten ibarettir. Bunların dahi delil olmaları genellikle itibariyledir. Herhangi bir fer'î meselenin hükmü, bir nevi naslar tarafından bilinçli olarak boş bırakılmış olan bu meselenin hükmü bir hukuk prensibi olarak küllî kaidelere müracaat edilir." Bakkal, Sula, s.107-108. Külli kaidelerin makâsid-ı şerfaya aykırı olmayacak şekilde delil olarak itibar göreceği kabulü ile çalışmamızı bina etmiş bulunmaktayız.

<sup>5</sup> Ahmet Şimşirgil, Ekrem Buğra Ekinci, *Ahmet Cevdet Paşa ve Mecelle*, KTB Yayınları, İstanbul, 2008, s.73; Abdullah, Demir, *Külli Kaideler Ekolü ve Mecelle*, Katre Yayınları, İzmir Şubat 2008, s. 224.

Çalışmada öncelikle 58. madde genel olarak incelenecektir. Bu kapsamda maslahat kavramının üzerinde durmak ve bu kavramın kapsamını belirlemek önemlidir. Ancak maslahat kavramı İslam Hukuku literatüründe oldukça geniş bir alanı kapsamaktadır. Çalışma kapsamında 58. maddedeki “maslahat” teriminin “kamu yararı” temeline incelemesi, konunun dağılmaması açısından gereklidir.

Çalışmada İslami ilimler temalı literatürden faydalanılmıştır. Ardından maslahatın günümüz hukuk dallarındaki görünümünün tespiti yapılmıştır. Sırasıyla anayasa hukuku, genel kamu hukuku, idare hukuku, medeni hukuk, ceza hukuku, borçlar hukuku ve usul (muhakeme) hukuku boyutu incelenmiştir. Oldukça geniş kapsamlı bir terimi incelemenin gereği olarak hukuk dallarını da sınırlamak kaçınılmaz olmuştur. Bu kapsamda vergi hukuku, ticaret hukuku, aile hukuku gibi dallar inceleme dışındadır. Buradan hareketle 58. maddenin kapsamının günümüz hukuk dallarıyla benzeştiği ve ayrıştığı noktalar incelenecek ve 58. madde şerh edilecektir. Bu faaliyeti gerçekleştirirken ulusal ve uluslararası literatürden ve İslam coğrafyasındaki kaynaklardan da faydalanılacaktır.

### **RAİYYE YANI TEBE'A ÜZERİNE TASARRUF MASLAHATA MENUTTUR (MECELLE MADDE: 58)**

Mecelle'nin 58. maddesi doktrinde çeşitli biçimlerde tercüme edilmiştir. Bunlardan birine göre “raiyye yani tebaa (vatandaşlar) üzerine tasarruf (yönetim) maslahata (kamu yararına) menuttur (bağlıdır)”<sup>6</sup> Başka bir müellif ise bu hükmü “yurttaşlarla ilgili işlemler kamu yararına bağlıdır” şeklinde tercüme etmiştir. Diğer müelliflerin tercümelerine bakıldığında anlamsal olarak farklılık arz eden bir husus bulunmamaktadır. Bu kapsamda Mecelle'nin 58. maddesi günümüz Türkçesi ile yeniden düzenlenecek olursa şu şekilde ifade edilebilmektedir: “Halkı ilgilendiren ve halk üzerinde gerçekleştirilen ta-

---

<sup>6</sup> Hasan T., Fendoğlu, “Normlar Hiyerarşisi ve Mecelle: Anayasa Hukuku Açısından Bir Değerlendirme”, *Uluslararası Mecelle Sempozyumu Tebliğleri - Adalet Akademisi*, Star Matbaacılık, Bursa, 2021, s. 436.

sarrufların geçerli olması, bu işlemlerden elde edilen faydanın kamu-  
nun yararına olmasına bağlıdır.”

Tasarruf kavramı, ilgili madde hükmünde hem norm oluşum sü-  
recinde kanun koyucunun tasarruflarını hem de idari tasarrufları  
bünyesinde barındıracak şekilde geniş bir kapsamda değerlendiril-  
miştir. Bu kavram kamu hizmetlerini yürüten idari, adli ve askeri şah-  
ısların her türlü hukuki tasarruflarını ihtiva etmektedir.<sup>7</sup>

Raiyye, devlet başkanı başta olmak üzere vali, kaymakam gibi  
belli bir idarecinin yönetimi altında bulunan topluluğu ifade etmekte-  
dir.<sup>8</sup> Maslahata uymak da kamu yararını ve kamu düzenini gözetmek  
demektir.<sup>9</sup> Devletin halkı üzerindeki velayeti ve genel olarak halkı  
gözetme sorumluluğu olduğundan devletin kamusal faaliyetleri ile  
ilgili halkı ilgilendiren konulardaki tasarrufları maslahata dayanmalı-  
dır.<sup>10</sup> Yöneticiler, yönettikleri kişiler üzerindeki tasarruflarını kişisel  
çıkarlara dayalı olarak keyfi bir şekilde gerçekleştiremezler; tasarruf-  
larında, yasama faaliyetlerinde ve sair işlemlerde maslahatı gözetme-  
lidirler.<sup>11</sup> Kısaca sultanın (devlet başkanının), hakimin, valinin, velinin,  
mütevellinin tasarrufları maslahat üzere olursa sahih olacaktır.<sup>12</sup> Eğer  
bu tasarruflar maslahata ilişkin değilse sahih olmayacaktır.

<sup>7</sup> Murat, Şen, “Osmanlı Hukukunun Yapısı”, *Osmanlı*, Yeni Türkiye Yayınları, Ankara, 1999, s. 332). Çalışmamız kapsamında tasarruf kavramını genel olarak “işlem” anlamında kullandık. Bu kapsamda eşya hukuku gibi bazı alanlarda sınırlı ve kesin bir anlamı olan tasarruf terimini değil hukuki manada işlem kavramını kastettik.

<sup>8</sup> Mustafa Yıldırım, *Mecelle'nin Külli Kâideleri*, İzmir İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, 2. Baskı, İzmir, 2009, s. 142; Mehmet Öz, “Reaya”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, Cilt 34, TDV Yayınları, İstanbul, 2007, s. 490.

<sup>9</sup> Osman Öztürk, *Mecelle'nin Külli Kâideleri*, Rağbet Yayınları, İstanbul, 2019, s.53.

<sup>10</sup> Kuyucaklızâde Mehmet Atf Bey, *Mecelle-i Ahkam-ı Adliye Külli Kaideler Şerhi* (Hazırlayanlar Veysel K. Bilgiç, Oğuzhan, Orhan, Süleyman, Tepe, Ali, Karakoyun), Hikmetevi Yayınları, İstanbul, 2020, s.158; Hilmi, Ergüney, *İzahli ve Mukayeseli Mecelle Külli Kaideleri*, Yenilik Basımevi, İstanbul, 1965, s. 86; M. Şevket Ustaosmanoğlu, *Mecellenin Özü (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye)*, Kitap Kalbi Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 82; İlhan, Cengiz; *Hukukun Doksan Dokuz İlkesi*, Tarih Vakfı Yayınları, İstanbul, 2003, s. 56.

<sup>11</sup> Öztürk, s. 53.

<sup>12</sup> N. Ahmet Özalp, *İslam Hukukunun Genel İlkeleri-Kavaid-i Külliye*, Büyüyenay Yayınları, İstanbul, 2017, s. 73.



Maddenin anlamını ortaya koyduktan sonra maslahat terimini açıklamak gerekmektedir. Maslahat teriminin İslam Hukuku bağlamında kapsamı kısaca izah edilmelidir. Bu terimin kamu yararı kavramı ile sınırlı izahı, çalışmanın gidişatı için önem arz edecektir.

### **Maslahat Terimi**

Maslahat terimi Türk Hukuk Lügatinde zorunlu, gereken menfaat veya kamu faydası olarak tanımlanmıştır. En genel anlamıyla maslahat, gerek ruhi ve bedeni, gerekse de bireysel veya toplumsal olan yaşadığımız dünyevi ve uhrevi yararların elde edilmesini, zararların ise giderilmesini ifade etmektedir.<sup>13 14</sup> Nitekim Gazâli de maslahatın aslen “yararı sağlama (*menfaati celb*) veya zararı gidermeden (*mazar-ratı def*)” ibaret olduğunu ifade etmektedir.<sup>15</sup> Ancak Gazâli maslahat terimini halkın faydası olarak değil, Şer’in faydası olarak Şer’in amacını korumak odağında inceler. Biz ise bu çalışmamızda maslahat terimini, halkın faydası temelinden hareketle kamu yararı anlamında<sup>16</sup> kullanmayı tercih ettik.

Maslahat terimi, *Ebu Zehra*’nın nitelendirmesine göre, “İslamî hükümlerin gerçekleştirilmeye çalıştığı dinî nasların beyan ettiği maslahatlar hakikî ve genel maslahatlardır. Bunlar da şu beş şeyin korunmasına dayanır: 1) Din, 2) Can, 3) Akıl, 4) Nesil, 5) Mal. Dünyada insan hayatı bu beş şey üzerine kurulmuştur. Şerefli bir hayat, ancak bunlar sayesinde mümkün olur. Dolayısıyla bunları korumak, bizzat insana saygı demektir.”<sup>17</sup> *Ebu Zehra*’nın bu nitelemesi, maslahat ile

<sup>13</sup> İbrahim Kâfi, Dönmez, “Maslahat”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, Cilt 28, TDV Yayınları, Ankara, 2003, s. 79.

<sup>14</sup> Abdurrahman, Haçkalı, “İslam Hukuk Metodolojisinde Gayeci Yaklaşım: Gazalinin İçtihat Anlayışında Maslahatın İşlevselliği”, *İslami Araştırmalar Dergisi*, Cilt 13, Sayı 3-4, 2000, s. 452.

<sup>15</sup> İmam Gazâli *el-Mustasfâ min İlmi Usûl Cilt I (İslam Hukukunda Deliller ve Yorum Metodolojisi I*, (Terc. Apaydın, Yunus), Rey Yayıncılık, Kayseri, 1994, s.333.

<sup>16</sup> Nitekim Öztürk’e göre İslam Hukukunun kaynaklarından olan maslahat prensibi, günümüzde kullanılan *kamu menfaati* sözünün karşılığıdır. Öztürk, s. 33.

<sup>17</sup> Ebû Zehra, Muhammed, *İslam Hukuku Metodolojisi-Fıkıh Usûlü* (Terc. Abdulkadir, Şener), Fecr Yayınları, Ankara, 2017, s. 318.

insan onuru arasındaki ilişkiyi en açık biçimde temellendirmesini ortaya koymaktadır.

İslam-Osmanlı hukukunda üç çeşit maslahat söz konusudur ve bunlar: zaruri maslahat, hâci maslahat ve tahsini maslahattır.<sup>18</sup> Zaruri maslahatlar bu üç maslahat içinde en güçlü faydayı, gerekliliği içeren maslahattır.<sup>19</sup> Hâci maslahat ise zaruri maslahattan daha az gerekli ve faydalı maslahatı; tahsini maslahatta diğer ikisinden daha az gerekli ve faydalı maslahatı ifade etmektedir.<sup>20</sup>

Ebu İshâk eş-Şâtıbî'nin tanımlamasına göre zaruri maslahat, "dinî ve dünyevî faydaları teminde vazgeçilemeyecek unsurlardır."<sup>21</sup> Bunların terki halinde dünyevî menfaatler istenilen şekilde yerine getirilemediği gibi hayatî tehlike ve toplumsal bozukluklar baş gösterir. Ahi-ret yurdunda da hüsrân ve azaba sebep olur.<sup>22</sup> Yine Ebu İshâk eş-Şâtıbî'nin nitelendirmesine göre hâciyyat maslahat insanın, arzu ettiği şeye ulaşamamasından kaynaklanan zorluk ve meşakkat halinden kurtulmak için ihtiyaç duyduğu menfaatlerdir; tahsiniyyat maslahat ise "güzel adet ve beğenilen ahlakî prensiplere uygun davranışlardır ve akl-ı selîm sahibi her insanın reddedeceği çirkin hallerden sakınmayı öngörür."<sup>23</sup>

Bir başka tasnif olarak "maslahat ayrıca kapsamı açısından ikiye ayrılır: Maslahat-ı hâssa (*özel maslahat, kişi yararı*): Belli bir ferdi ya da toplum içinde sınırlı bir grubu ilgilendiren maslahattır. Maslahat-ı âmme (*genel maslahat, kamu yararı*): Faydası bütün toplumu ya da toplumun önemli bir kesimini ilgilendiren maslahattır."<sup>24</sup> Sonuç olarak madde 58'de belirtilen maslahat terimi en geniş şekilde hem ka-

<sup>18</sup> Hasan T., Fendoğlu, "Outlines of Human Rights in Ottoman Period", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 1, Sayı 2, 1997, s. 2.

<sup>19</sup> Gazâlî, s. 333.

<sup>20</sup> Fendoğlu, s. 2; Gazâlî, s. 334.

<sup>21</sup> Ebu İshâk eş-Şâtıbî (Terc. Mehmet, Erdoğan), *el-Muvâfakât - İslam İlimler Metodolojisi*, İz Yayıncılık, 5. Baskı, İstanbul, 2016, s. 7-8.

<sup>22</sup> M. Rahmi, Telkenaroğlu, "Makâsîd İctihadına Dayanan Külli Kaideler", *Usûl İslam Araştırmaları Dergisi*, Cilt 10, Sayı 10, 2008, s.42.

<sup>23</sup> Şâtıbî, s. 10-11; Telkenaroğlu, s.42.

<sup>24</sup> Telkenaroğlu, s.44.

munun hem de bireyin menfaatini içerdiğini kabul etmek gerekir hem de yukarıda sayılan ve Osmanlı uygulamasında da kabul gören<sup>25</sup> maslahat anlamını da içerdiği kabul edilmelidir. Neticede toplum ve birey birbirinden ayrı düşünülemez. Nitekim Aristoteles'in de belirttiği üzere insan sosyal bir varlıktır.<sup>26</sup> Bu şekliyle insanlar, *toplum yapısının bir tuğlası* niteliğindedir.<sup>27</sup>

### **Anayasa Hukuku Boyutu**

Hukuk, bir toplumu ayakta tutan, omurga işlevi olan bir olgudur.<sup>28</sup> Anayasa ise bir toplumda hukuk düzeninin en tepesinde bulunan bir normu ifade etmektedir. Bu kapsamda toplumun omurgasını oluşturan hukukun tepesinde bulunan anayasanın, maslahata uygun olması gerekir.

Anayasacılık hareketleri bağlamında 1808 yılında hazırlanan Sened-i İttifak ile başlayan reform hareketlerinin hukuk alanını da kapsadığı örülmektedir.<sup>29</sup> Ardından 1839'da Tanzimat Fermanı ilan edilmiştir. Burada padişah tarafından verilen can, ırz ve namus güvenliği gibi haklardan din ayrımı olmaksızın bütün Osmanlı tebaasının yararlanacağı öngörülmüştür. Din ayrımı olmaksızın herkes kanunlar önünde eşit kabul edilmiştir<sup>30</sup> Devamında maslahata dayalı reform hareketleri devam etmiş, Islahat Fermanı ve ilk anayasamız olan Kanun-i Esasi hukuk sistemimize dahil edilmiştir.

Maslahat teriminin bir anlamı olarak kamu yararının 1982 Anayasasındaki somut tezahürlerinden bahsetmek gerekirse bu kavram

---

<sup>25</sup> Osmanlı zamanında birey-yönetici, birey devlet ilişkileri kapsamında maslahatın önemi ile ilgili bkz. Erkan, Tural, "Osmanlı İdare Hukuku ve Modern Devlet", *I. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri*, On İki Levha Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 313-314.

<sup>26</sup> Aristoteles (Terc. Furkan, Akderin), *Nikomakhos'a Etik*, Say Yayınları, İstanbul, 2014, s.28.

<sup>27</sup> Ebû Zehra, s. 319.

<sup>28</sup> Fendoğlu, (Normlar Hiyerarşisi), s. 428.

<sup>29</sup> Akif, Tögel, "Osmanlı Anayasal Gelişmeleri Ekseninde Nizamiye Mahkemelerindeki Yargı Sistemi", *Uluslararası Mecelle Sempozyumu Tebliğleri - Adalet Akademisi*, Star Matbaacılık, Bursa, 2021, s. 308.

<sup>30</sup> Tögel, s. 308.

anayasamızda; mülkiyet hakkının sınırlandırılması sebebi olarak (madde 35), hakaret suçunun oluşmasını önleme amaçlı ispat hakkı (madde 39), kıyılardan yararlanma (madde 43), toprak mülkiyeti (madde 44), tarım hayvancılık ve üretim alanlarında çalışanların korunması (madde 45), kamulaştırma (madde 46), devletleştirme ve özelleştirme (madde 47), ormanların kamu yararı amacı dışında irtifak hakkına konu olamaması noktasında orman ve hayvancılığın geliştirilmesi (madde 169) kısımlarında yer almaktadır.

Anayasa Mahkemesi (AYM) kamu yararının kapsamını belirlemede önemli kararlara imza atmıştır. AYM'nin 2003 tarihli kamu yararını tartıştığı kararına göre: *"kamu yararı kavramının, Anayasa'da tanımı yapılmadığı gibi, bu kavramdan ne anlaşılması gerektiği konusunda öğretide de görüş birliği bulunmamaktadır. Bu durumun, böyle kavramların belirgin bir norm alanlarının bulunmamasından kaynaklanması, önceden yapılan bir tanımlama yerine, her olayda somut koşulları yansıtan bir belirlemeye gidilmesini gerekli kılmaktadır. Yasalar, sonuçta kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla çıkarılır. Bir yasa kuralının konulmasında kamu yararının bulunduğu kabulü için de yasanın yalnızca özel çıkar veya belli kişilere yarar sağlamayı değil, toplumun geneline yönelik yararlar sağlamayı amaçlaması gerekir."*<sup>31</sup> AYM'nin bu kararı kamu yararının anlamını doğru bir şekilde özetlemekte ve bu kavrama verdiği önemi göstermektedir.

AYM, bir kararında yasaların anayasaya uygunluğu denetiminin kamu yararı ile sınırlı olduğunu şu şekilde ifade etmiştir: *"Kamu yararı, toplumun genel ve ortak çıkarlarının ne olduğu ve nasıl gerçekleştirileceğine ilişkin bir kavram olup içeriği farklı siyasî ve felsefi görüşlere ve kişisel tercihlere göre değişeceğinden sübjektif bir niteliğe sahiptir. Bu nedenle amaç yönünden yasaların Anayasa'ya uygunluğunun denetiminde Anayasa Mahkemesinin sınırlı bir yetkisi olup, sadece yasanın açık bir şekilde kamu yararı dışında başka bir amaç gözettiğinin ortaya çıktığı durumlarda söz konusu olabilir."*<sup>32</sup> Burada

<sup>31</sup> AYM, E: 2003/36, K: 2003/91, KT/S: 15.10.2003/25785.

<sup>32</sup> AYM, E: 2008/79, K: 2011/74, KT/S: 12.05.2011/28003.

AYM, kamu yararı kavramının doğası gereği sahip olduğu muğlak ve subjektif yönü ile anayasa yargısı denetimi gerçekleştiremeyeceğini dile getirmektedir. AYM, kamu yararının mutlak ve objektif anlamını hukuk devleti idesinde ortaya çıkarıp, ancak o zaman anayasa yargısı denetiminde bir kıstas olarak kullanabileceğini açıklamaktadır. Burada AYM, kamu yararının deontolojik yönünün ancak bilimsel bir temelde kullanılabileceğini hatırlatmaktadır.

Yasa ile hakların sınırlandırılmasında kamu yararının rolü ile ilgili olarak AYM önemli değerlendirmelerde bulunmuştur: *"Yasayla getirilen kısıtlamanın topluma sağlayacağı yarar, kişilerin uğrayacağı zarara göre ağır bastığından burada kamu yararının varlığını kabul etmek gerekir. Bu konuda da bireyle toplum yararının karşılaştığı durumlarda toplum yararının üstün tutulması doğaldır. Ayrıca kamu yararına dayanılarak, ayırım yapılmasının eşitlik ilkesini zedelemeyeceği ve kamu yararının, "kişinin ve toplumun huzur ve refahını sağlamak" anlamına geldiği Anayasa Mahkemesi'nin kararlarında yinelenmiştir."*<sup>33</sup> Bu kararda hakların sınırlandırılmasında AYM, bireyle toplum yararının karşılaştığı durumlarda toplum yararının üstün tutulabileceğine hükmetmiştir. Ancak bu bir tercih meselesi olarak değerlendirilmemiştir. AYM burada yerinde olarak menfaat dengesinin gözetilmesinden yana tavır sergilemiş ve kamu yararı kavramını soyut sınırlarından kurtarmıştır.

Kamulaştırmada hakların dengeliliği sorununun tartışıldığı AYM'nin bir kararına göre: *"Toplum yararının bireyler yararına üstün tutulması, sosyal hukuk devletinin temelini oluşturur. Fakat bunda güdülen amaç, sonunda yine bireylerin mutluluğunun sağlanmasıdır. Bu mutluluğun temelinde bireylerin maddi ve manevi varlıklarını geliştirme haklarının ve bunları yüceltme özelemlerinin yattığı kuşkusuzdur."*<sup>34</sup> AYM, bir önceki kararında olduğu gibi burada da toplum yararı ile birey yararını menfaat dengesi özelinde değerlendirmiştir.

<sup>33</sup> AYM, E: 1992/13, K: 1992/50, KT/S: 21.10.1992/21623.

<sup>34</sup> AYM, E: 1976/38, K: 1976/46, KT/S: 12.10.1976/15825.

Tüm bu AYM kararlarından bir çıkarım yapmak gerekirse bu kavramla vurgulanan en önemli husus kamu yararının soyut bir kavram oluşudur. Bu gerçeklik karşısında hukuk uygulayıcılarının, kamu yararının içeriğini somutlaştırması gerekmektedir. Özeline değil herkesin faydasına olan, eşitlik ve adalet temelindeki sebepler, kamu yararının ontolojik açılımını ifade etmelidir. Aksi halde maslahatın bir anlamı olarak kamu yararından bahsetmek, soyut bir idealden öteye gidemez. Değindiğimiz tüm AYM kararlarını değerlendirmek gerekirse AYM'nin kamu yararı ile ilgili değerlendirmelerinin oldukça yerinde olduğu söylenebilir. Özellikle kamunun menfaatinin bireyin menfaatine üstün tutulacağı düşüncesi ilk bakışta olumsuz bir anlam ifade edebilir. Ancak birey de kamunun bir parçasıdır ve bu bir tercih meselesi değildir. Nitekim kamunun menfaati aynı zamanda bireyin menfaatine de olacaktır.<sup>35</sup> Bireyle devleti bir taraf olarak görmek yerine iç içe geçmiş bir bütün olarak görmek, kamu yararı kavramının yorumunda objektif bir sonuca ulaşmamıza yardımcı olacaktır.

### **Genel Kamu Hukuku Boyutu**

Maslahat kavramı kamu yararı anlamında değerlendirildiğinde söz konusu maddenin genel kamu hukuku boyutu incelemeye değerdir. Özellikle kamu yararı kavramı; genel devlet teorisi bağlamında, devletlerin kuruluş belgesi mahiyetinde olan anayasaların oluşum sürecindeki en önemli faktördür.

Devletin oluşumu ile ilgili birçok teori bulunmasında rağmen çalışma bağlamında maslahat kavramı ile bağlantılı olarak özellik arz eden teori, sosyal sözleşme teorisidir. Devlet oluşumunu sosyal sözleşme teorisi ile tanımlayan düşünürlerden Hobbes'a göre kamu yararı doğa durumundaki güvensizlik ortamında insanların birbirleriyle olan savaşını önlemek için insanların güçlerini devlete teslim etmele-

---

<sup>35</sup> Benzer bir durumu, idare hukukunda yer alan "kamu külfetleri karşısında eşitlik" ilkesinde de görmek mümkündür. Bu ilkeye göre kamunun menfaat göreceği bir durumdan hak sahibi zarar görürse, bozulan denge birey lehine onarılacaktır. (Örneğin kamulaştırma işlemi) Ancak bu onarım kamunun menfaati için gerekli işlemi ortadan kaldırmayacak, oluşan zarar telafi edilecektir.

rinin bir sonucudur.<sup>36</sup> Hobbes'un teorisinde kamu yararı kavramının rolü oldukça sınırlı iken J.J. Rousseau'da kamu yararı kavramı, devlet oluşumunda olmazsa olmaz bir unsur olarak belirmektedir. Bu açıdan Rousseau'nun "ortak iyi" (*common good*) ve genel irade temelindeki görüşleri ışığında devlet ile kamu yararı -maslahatın bir anlamı olarak- arasındaki bağ daha belirgindir.<sup>37</sup> Bu anlamda maslahat kavramını genel kamu hukuku boyutunda incelemede Rousseau'nun teorisi oldukça idealdir.<sup>38</sup>

Rousseau'nun toplum sözleşmesi teorisinde; birey ve toplum arasında bir anlaşma olmakla beraber birey bu anlaşma ile genel iradenin parçası haline gelir.<sup>39</sup> Bu genel irade kamunun faydasına yöneliktir.<sup>40</sup> Rousseau'ya göre genel irade ortak iyiyi sosyal bir gerçeklik olarak addeden değer tabanlı bilişsel bir formdur.<sup>41</sup> Bu, Rousseau'nun genel iradesinin hem bireyin bilişinin bir özelliği hem de siyasi topluluğun kendisinin bir özelliği olarak karşımıza çıkarmaktadır.<sup>42</sup> Bu da gösteriyor ki Rousseau'nun ortak iyi ideali ile günümüzdeki kamu yararı anlayışı büyük ölçüde örtüşmektedir. Bu bağlamda Mecelle'nin 58. maddesinde vurgulanan maslahat kavramının devlet oluşumu temelindeki rolü çok önemlidir. Devlet toplumun faydasına menut bir organizmadır. Hakeza Wiggy de devleti kamu yararı tabanlı olarak

<sup>36</sup> N. Münci Çakmak, *İdare Hukukunda Kurumsal Olarak Kamu Yararı*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s.154.

<sup>37</sup> 1789 Fransız Devrimi sonucunda zuhur eden kamu yararı düşüncesi her ne kadar ortak iyi kavramına tepki olarak ortaya çıkmışsa da bu çalışmada iki kavramın birbirine zıtlığı üzerinden değil birbirleri ile olan münasebeti esas alınmıştır. Kamu yararı ile ortak iyilik kavram çatışması için bkz. Osman Saraç, "Kamu Yararı Kavramı", *Maliye Dergisi*, Cilt 0, Sayı 139, Ocak-Nisan 2002, s.16.

<sup>38</sup> Toplum ve devlet oluşumu hakkında Hobbes, Locke, Rawls gibi birçok düşünürün teorileri başlı başına bir inceleme konusudur. Ancak çalışmamızda kamu yararı temelinde bir tez oluşturma çabasında olduğumuz için sadece Rousseau'nun görüşlerinden yararlandık.

<sup>39</sup> Raymond, Wacks (Terc. Arıkan, Engin), *Hukuk Felsefesine Kısa Bir Giriş*, Tekin Yayınevi, İstanbul, Ekim 2015, s. 9.

<sup>40</sup> Jean Jacques, Rousseau, *Toplum Sözleşmesi* (Terc. Ata Korkut), İlgü Kültür Sanat Yayıncılık, İstanbul, 2017, s.47.

<sup>41</sup> Michael J., Thompson, "Autonomy and Common Good: Interpreting Rousseau's General Will", *International Journal of Philosophical Studies*, Cilt 25, Sayı 2, 2017, s. 266-285, s. 267.

<sup>42</sup> Thompson, s. 267.

inceler ve devleti, “müşterek menfaatlerin temini için bir ulusun ege-men organlara sahip olması” olarak tanımlar.<sup>43</sup> Bu açıdan devletin kamusal bir örgütlenme olması ile faaliyetlerini münhasıran kamunun faydasına indirgemesi olmazsa olmaz bir şarttır.<sup>44</sup> Bu şartın Mecelle'nin külli kaidelerinde yer alması da bu fikrin kaynağının akıl olmasındandır. Coğrafi, kültürel, sosyolojik birçok değişkene sahip farklı toplumlarda devlet oluşumunda maslahatın önemli bir rolü bulunması, insan aklının bu ideali yarattığı gerçekliğinde kendisini gösterir. Kur'an'ın birçok ayetinde de ifade edildiği üzere akıl sahibi olan insanların, olması gerekene yönelik birleştiği noktalardan biri olarak beliren maslahata uygunluk idesi, devlet oluşumunda olmazsa olmaz unsurdur.

Rousseau'nun genel irade anlayışının siyasi baskı aracı olarak kullanılmaya elverişliliği, bireye karşı toplumun menfaatlerinin tercih edildiği gibi bazı sebeplerle liberal düşünürler tarafından eleştirilere maruz kalmıştır.<sup>45</sup> Ancak burada Rousseau, bu kuramı ile bireyi hiç saymamaktadır. Ona göre bireyi korumak aynı zamanda kamuyu korumaktır. Birey toplumdaki ayrı olarak düşünülmemelidir. Kaldı ki bireyi kamu karşısında harcamak aynı zamanda kamuyu harcamaktır. Birey ve toplum ayrımı Rousseau'nun kuramında bir ayrım olmadığı için ve Rousseau'nun felsefesinde birey ve devletin çatışan bir tarafı temsil etmemesi sebebiyle bu tür eleştiriler, kamu yararı ve devlet oluşumu arasındaki ilişkiyi bertaraf edemeyecektir. Bu hususta Mecelle'nin 26. maddesi önem arz etmektedir. İlgili maddeye göre: “Zarar-ı âmmi def için, zarar-ı hâs ihtiyar olunur.” Yani genel zararı gidermek için, özel zarar tercih edilir.<sup>46</sup> Örneğin cahil doktoru mesleği icra etmekten men etmek, doktor nezdinde özel zararken; cahil dok-

<sup>43</sup> Faruk Yılmaz, *Türk Anayasa Tarihi*, İz Yayıncılık, İstanbul 2012, s.13.

<sup>44</sup> Kamu yararı kavramı, sosyalist bakış açısı ile okunduğunda devlet faaliyetlerinde olmazsa olmaz bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak sosyalist kamu yararı anlayışı geniş bir alanı ilgilendirdiğinden ve çalışmanın bağlamından sapmamak için bu görüşlere yer vermedik. Sosyalist kamu yararı anlayışı ile ilgili geniş bilgi için bkz. Çakmak, s. 178-183.

<sup>45</sup> Özgüç, Orhan, “J.J. Rousseau'da Genel İrade Kavramı”, *Felsefe ve Sosyal Bilimler Dergisi*, Cilt 2, Sayı 14, 2012, s.3.

<sup>46</sup> Ustaosmanoğlu, s. 50; Öztürk, s. 32; Bigiyef, s. 341-342.



torun mesleği icradan men edilmediği durumda tedavi edeceği kişilere verebileceği zarar ise genel (*toplumsal*) zarardır.<sup>47</sup> Bu durumda doktorun mesleğini icra edip geçimini sağlamaktan elde edeceği bireysel yarar, toplum sağlığının korunmasına yönelik kamu yararına tercih edilebilir. İşte böylesi durumlarda kamu yararını gözetmek amacıyla bireysel yararın göz ardı edilmesi, kamunun yanında bireyin harcadığı anlamına gelmeyecektir.

Genel kamu hukuku boyutunda incelenmesi gereken bir husus da hukuk oluşturmada kamu yararının rolüdür. Can'a göre;

*"... Kısaca, bir kuralın hukuku yansıtabilmesi ya da hukuk kuralı sayılabilmesi, başta adalet olmak üzere, "antropolojik olması gereken" şeklinde adlandırdığımız ve toplumsal insana özgü bulunan eğilimlere uygun olmasına bağlı bulunmakta ve teknik hukuk dilinde "kamu yararı belirlemesiyle anlatılmak istenileni de kapsamında bulundurmaktadır. Yetkili organ tarafından ve usulüne uygun olarak çıkarılmış her yasanın "hukuk" olarak nitelendirilemeyeceğine ilişkin doğru savın temelinde, işte bu gerçeklik yer almaktadır..."*<sup>48</sup>

Görüldüğü üzere hukukun, kamuyu yani örgütlü organizmayı oluşturan topluluğun faydasına yönelik bir maslahata sahip olması gerekliliği açıktır. Can'ın hukuk anlayışında deontolojik unsur, adalet ve kamu yararı bağlantısı olarak karşımıza çıkmaktadır. Hukukun geçerliliği probleminde, kültür çıktısı olarak hukukun toplumun faydasından soyutlanamayacağı açıktır. Hukukun hukuk olarak itibar görmesi en başta "adalet"e, ardından ise bilimsel temelde soyutluluktan kurtarılmış "kamu yararı"na uygun olmasına bağlıdır denilebilir. Nitekim 58. maddeden de aynı sonuca ulaşılmaktadır. Toplumun faydasına olmayan tasarruflar geçersiz olacak ve hukuki olarak itibar görmeyeceklerdir.

<sup>47</sup> Kuyucaklızâde Mehmet Atif Bey, s. 94; Ustaosmanoğlu, s. 50.

<sup>48</sup> Cahit Can, *Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri ve Genel Gelişim Çizgisi*, Siyasal Kitabevi, Ankara, Aralık 2011, S. 25.

Osmanlı uygulamasında maslahatın hukuk sistemindeki yansıması kendisini örfi hukuk kapsamında göstermektedir.<sup>49</sup> Özellikle 45. maddede “*örf ile tayin nass ile tayin gibidir*” hükmü Osmanlı hukukundaki yüzyıllara yayılmış kabulleri yansıtmaktadır.<sup>50</sup> Örfi hukuk yoluyla hüküm kurmak da bu kuralların kamunun faydasına uygun olduğu ölçüde geçerli olduğu sonucunu doğurmaktadır.

Osmanlı uygulamasında son olarak kanunların sahip olması gereken nitelikler bakımından maslahatın rolüne de göz atmak gerekir. Meclis-i Mebusan'ın 12 Şubat 1334 (1918) numaralı tutanağında bir hükmün kanun mahiyetini haiz olması, yani bir millet üzerinde bir şekli tahakküm alamaması için hükmü kanunun o milletin vicdanından, yani o kanunun haklarında tatbik edilecek olan kişilerin, toplumun kendi vicdanlarından, yani milletin genel vicdanından çıkmış olmasını gerektirdiği vurgulanmıştır.<sup>51</sup> Bu ise maslahatın kanun oluşturma sürecinde maslahatın önemini vurgulamaktadır.

## **İdare Hukuku Boyutu**

İdare hukukunun temel konularından birisi idari işlemlerdir. İdarenin varlık gösterebilmek için, iradesini dış dünyaya yansıtabilmesi, idari işlemler vasıtasıyla olmaktadır. İdari işlemlerin temel özelliklerinden birisi bu işlemlerin kamu yararı saiki ile gerçekleştiriliyor olmasıdır. Keza idari işlemlerin temel amacı ve sebep unsuru, kamu yararadır.<sup>52</sup> Aksi yargı kararı ile sabit oluncaya dek idari işlemlerin hukuka uygun olduğunu öngören hukuka uygunluk karinesi; temelinde idari işlemlerin kamu yararı tabanları işlemler olduğunu ifade eder niteliktedir. Nitekim aslolan idarenin eylem ve işlemlerini kamunun

<sup>49</sup> Sevgi Gül, Akyılmaz, “İki Önemli Kodifikasyon Örneği: Mecelle ve 1734 Tarihli İsvaç (Medeni) Kanunu, Benzerlikler-Farklılıklar”, *Uluslararası Mecelle Sempozyumu Tebliğleri – Adalet Akademisi*, Cilt 1, 2021, s. 114.

<sup>50</sup> Akyılmaz, s. 114.

<sup>51</sup> 12 Şubat 1334 (1918) numaralı Meclis-i Mebusan Tutanağı, <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MECMEB/mmbd03ic04c002/ink049/mmbd03ic04c002ink0490299.pdf> E.T: 20.5.2021

<sup>52</sup> Çakmak, s. 303; İlhan, s. 57.

yararına yönelik gerçekleştirilmesidir. İstisna ya da araz, kamu yararı-  
nın dışında kalıp bireysel menfaate yönelmektir.

Devletin vatandaşları üzerinde bakım ve gözetim yükümlülüğü olması sebebi ile vatandaşları üzerindeki tasarrufları maslahata bağlıdır.<sup>53</sup> Yani tasarruflar halkın faydasına ve işlerin gereklerine yönelik yapılır.<sup>54</sup> Mezkur maddeye göre tebaayı yönetmek ile yetkili ve görevli devlet başkanlarının ve devlet işlerini idare eden memurlarının tasarrufları bireysel faydaya yani menfaate yönelik değil; kamusal faydaya yani herkesin yararına olacak şekilde gerçekleştirilmelidir.<sup>55</sup> Bir işlem yapılırken hangi amaca ulaşılacak istendiği ve hangi çıkarların korunmak istendiği hususunda halk bilgilendirilmeli, aydınlatılmalıdır; kaldı ki hangi devlette olursa olsun her kanun koyucu ve idareci daima kamu yararının temel ilke olduğunu kabul etmektedir.<sup>56</sup> Ancak kamu yararı kavramı ilke olarak ne anlamda kabul edileceği yahut hangi menfaatin kamu yararı kümesinde görüleceği ve değerlendirileceği hususu her devlette ve ideolojide farklılık arz edebilmektedir. Hirsch'e göre kamu yararı iyi bir kalıp olmakla beraber mutlak bir ölçü oluşturamaz; içeriği daima değişebilir niteliktedir.<sup>57</sup> İşte burada karşımıza kamu yararına verilecek anlamda İslam'ın külli kaidelerinin önemi baş göstermektedir. Mecelle'nin 99 maddesi ile sınırlı olmayan külli kaideler ve İslam'ın adalet değeri temel belirlendiğinde kamu yararı herkesin faydasına olup ortak iyiyi temsil edebilecektir.<sup>58</sup> Bunun için de objektif kriterlere ihtiyaç vardır. Bu kriteri bulmak için de subjektif olmayan ve herkesin faydasını önceleyen anlam belirlenme-

<sup>53</sup> Demir, s. 235.

<sup>54</sup> Mustafa Reşid Belgesay, "Mecelle'nin Külli Kaideleri ve Yeni Hukuk", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 12, Sayı 2-3, 1946, s. 586.

<sup>55</sup> Özalp s.73; Sezen, s. 139.

<sup>56</sup> Ernst E., Hirsch, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Dersleri*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Araştırma Merkezi Yayınları, Ankara 2001, s. 302.

<sup>57</sup> Hirsch, s. 302.

<sup>58</sup> "Şeriat-ı İslâmiyye her bir hükümde maslahatı itibar ider. Buna ilave her maslahatda nasafeyi de yani adaleti de şart ider. Bir hususda bir maslahat-ı hâlisâ itibarıyla hüküm meşru kılınacak ise, maslahatın yalnız o husus hakkında zarardan-mefsededen hulûsı şarttır. Mesela: İnsanların bir sınıfı hakkında maslahat-ı külliyye mülâhazasıyla bir kanun tertib kılınacak ise, diğer sınıfların birine zarar bulunmamak kanununun meşruıyyeti hakkında mühim bir şarttır." Bigiyef, s. 341.

lidir. Varlık kaynağını halktan alan devlet, ülkesinde güvenliği ve huzuru sağlamak, haksızlıkları gidermek, eşitliği sağlamak, eğitimi ülkeye egemen kılmak, halkın ihtiyaçlarına cevap vermek, sorunlarına çözüm bulmak, en temel görevi olarak adaleti egemenlik sahasındaki her bir alanda etkin kılmak ve bu sayılanlara uygun faaliyette bulunmak maslahatın objektif somutlaşmış tezahürü olacaktır.<sup>59</sup>

Yönetme yetkisinin, halkın yöneticisine emanet ettiği bir yetki olduğu düşünüldüğünde maslahatın önemi ortaya çıkmaktadır.<sup>60</sup> Keza bu yetki ancak ve ancak adalete ve genel olarak hukuka uygun olduğu sürece muteber olacaktır.<sup>61</sup>

İdare hukukumuzda kamu yararının en somut örneklerinden birisi kamulaştırmadır. Kamulaştırma işlemi anayasamızda ve idare hukuku mevzuatımızda<sup>62</sup> da yer aldığı üzere kamu yararına menuttur.<sup>63</sup> Bu işlemin kamu yararı dışında başka bir amaçla yapılması İdari Yargılama Usulü Kanunu madde 2<sup>64</sup> gereğince iptal edilmesini gerek-

<sup>59</sup> Özalp, s. 73.

<sup>60</sup> Yılmaz, Yurtseven ve Gamze Nur, Şahin, "Klasik Dönem Osmanlı Hukukunda Padişahın Yargı Yetkisi", Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, Cilt 1, Sayı 1, 2016, s.182.

<sup>61</sup> Yurtseven ve Şahin, s. 182.

<sup>62</sup> T.C. Anayasası Madde 46: "Devlet ve kamu tüzel kişileri; 'kamu yararının gerektirdiği hallerde', gerçek karşılıklarını peşin ödemek şartıyla, özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların tamamını veya bir kısmını, kanunla gösterilen esas ve usullere göre, kamulaştırmaya ve bunlar üzerinde idarî irtifaklar kurmaya yetkilidir."

2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu Madde 1: "Bu Kanun; kamu yararının gerektirdiği hallerde gerçek ve özel hukuk tüzelkişilerinin mülkiyetinde bulunan taşınmaz malların, Devlet ve kamu tüzelkişilerince kamulaştırılmasında yapılacak işlemleri, kamulaştırma bedelinin hesaplanmasını, taşınmaz malın ve irtifak hakkının idare adına tescilini, kullanılmayan taşınmaz malın geri alınmasını, idareler arasında taşınmaz malların devir işlemlerini, karşılıklı hak ve yükümlülükler ile bunlara dayalı uyumlaşmaların çözüm usul ve yöntemlerini düzenler.

Özel kanunlarına dayanılarak gerçek ve özel hukuk tüzelkişileri adına yapılacak kamulaştırmalarda da, bu Kanun hükümleri uygulanır."

<sup>63</sup> Mecellenin 26. maddesinde somutlaşan "umumi maslahat hususi maslahatlara takdim kılınur" ilkesinin hukuk uygulamasında karşımıza çıktığı alanlardan birisi de kamulaştırma (*istimlak*) usulüdür. Somutlaşmış bir şekilde bir ihtiyaç olarak kamunun yararı için kişilerin özel mülkiyetindeki taşınmazların devletin mülkiyetine geçirilmesine hukuk cevaz vermektedir. Bu ilke sayesinde kamunun genel yararı için özel yarar feda edilebilmektedir. Bigiyef, s. 341-342; İlhan, s. 57.

<sup>64</sup> İYUK Madde 2 - (a): "İdarî işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve 'maksat' yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlâl edilenler tarafından açılan iptal davaları, ...

tirir. Tam da 58. maddenin ifade ettiği üzere kamu yararına yani maslahat temeline dayanmayan işlemler hükümsüz olmaktadır. Günümüz hukukundaki bu veriler aslında gösteriyor ki, Mecelle'nin içinde barındırdığı İslam Hukukunun külli kaideleri, olması gereken hukuk (*de lege feranda*) bağlamında ihtiyaca en iyi cevap veren düzenleme olarak günümüz hukukuna da sirayet edebilmektedir.

Devlet başkanlarının ve devlet işleri ile görevli memurların yapacağı harcamalar da kamunun menfaatine olmalıdır. Eğer halkın menfaatine olmazsa bu harcamalar caiz olmayacaktır; çünkü kamu yararı, idarenin gerçekleştirmiş olduğu eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun ölçülmesinde kullanılan bir ölçüt olarak karşımıza çıkmaktadır.<sup>65</sup> Bu açıdan değerlendirildiğinde bütçe rejiminin de halkın faydasına olacak şekilde kamu yönetimi tarafından, adalet ışığında gerçekleştirilmesi mutlak bir zorunluluktur. Kamuoyu denetimine tabi, açık ve anlaşılır bütçeleme yolları öngörülmesi ile maslahat ışığında gerçekleşmiş olacaktır.

### **Medeni Hukuk Boyutu<sup>66</sup>**

Hukukun genel bir ilkesi olarak maslahata dayalı olmak, diğer hukuk dallarında olduğu üzere medeni hukukta da etkisini göstermektedir. Bu etkiler özellikle kendisini mirasın son aşamada devlete intikalinde, mülkiyet hakkının sınırlandırılmasında, hakimin hukuk yaratmasında, vakıf ve malvarlığı idaresinde ve dürüstlük kuralı ile bağlı olarak hakkın kötüye kullanılmasında göstermektedir.

Türk Medeni Kanununun 501. maddesine<sup>67</sup> ve İslam Hukukuna göre murisin hiç mirasçısı olmadığına bütünü terekesi devlete kalır. Bu

<sup>65</sup> Ömer Çamur, "Kamu Yönetiminde Kamu Yararının Gerçekleştirilmesinde Adaletin Önemi", *Manas Sosyal Araştırmalar Dergisi*, Cilt 9 Sa.1 Y. 2020, s.607.

<sup>66</sup> "Medeni hukukun şahıs, aile, miras hukuku ve aynı haklar gibi taksimi, Mecelle'de mevcut değildir... Mecelle bu açıdan münhasıran bir medeni kanun değildir; neredeyse birkaç kanunun muhtevasına sahiptir. 1851 maddenin ilk 100 maddesi küllî kaidelerdir. 400 küsur maddesi muhakeme usullerine, 200 tanesi ticaret hukuku bahislerine ait olup, 1100 civarında madde eşya ve borçlar hukukunu düzenlemektedir." EKİNCİ, *Mecelle Hakkında Değerlendirmeler*, s. 12-14. Bu başlık altında Mecelle'nin medeni hukuk boyutu değil, Mecelle'nin 57. maddesinde ifadesini bulan maslahat teriminin medeni hukuk boyutu irdelenmiştir.

maddenin teması Mecelle'nin 58. maddesinde tezahür etmektedir. Çünkü varisi olmayan terekenin devlet hazinesine(*beytülmal*) kalmasında kamu yararı vardır. Çünkü insanların belli fedakarlıklarda bulunarak ortak iyi idealini<sup>68</sup> gerçekleştirmek üzere oluşturdukları devlette, varisi olmayanın malvarlığı devlete geçince kamusal yarar sağlanmış ve ortak iyiye hizmet edilmiş olacaktır. Ne de olsa devlete kalan mal varlığı, kamu hizmeti yerine getirmeye ve toplumun menfaatine harcanacaktır.

Mülkiyet hakkının sınırlandırılması bakımından da kamu yararı kavramının önemi bulunmaktadır. Anayasamızın 35. maddesine göre mülkiyet ve miras haklarının sınırlandırılması ancak kamu yararı amacıyla mümkün olabilmektedir. Hak kavramı temelinde bireysel bir menfaati ifade eder gibi gözüke de hak kavramı bünyesinde yükümlülük<sup>69</sup> de taşıdığından kamu yararı hakların sınırlandırılmasında önemli bir ölçüt olarak belirir.<sup>70</sup> Nitekim kamu yararı anlamında maslahat, mülkiyet hakkının bir sınırlama nedeni olarak anayasada kendisine yer edinmiştir. Bu husus Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ek 1 No.'lu protokolde de kendisine yer edinmiştir. Protokolün "Mülkiyetin Korunması" başlıklı 1. Maddesi şu şekildedir: "(1)Mülkiyetin korunması Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle

<sup>67</sup> TMK - Madde 501- "*Mirasçı bırakmaksızın ölen kimsenin mirası Devlete geçer.*"

<sup>68</sup> Rousseau'nun ortak iyi (ortak çıkar- kamu yararı - common interest) kavramının daha ayrıntılı izahı için bkz. Salim Işık, "J. J. Rousseau ve Egemenlik Anlayışı Üzerine", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi -İnÜHFD-*, Cilt 8, Sayı 2, 2017, s. 79-98.

<sup>69</sup> Hak - ödev ilişkisi bağlamında detaylı bilgi için bkz. Erdoğan, s. 25-26

<sup>70</sup> "Hakkın tanımlanması noktasında başlıca üç teori vardır: İrade teorisi olarak bilinen görüşe göre hak, hukuk düzenince, kişilere tanınan irade gücü (kudreti/kuvveti) ya da irade egemenliği (üstünlüğü/hâkimiyeti) olarak tanımlanır. Menfaat teorisi ya da çıkar kuramı olarak bilinen ve fıkhi bir deyimle söyleyecek olursak, maslahat olgusuna ağırlık veren ikinci görüşe göre ise hak, hukuk düzeninin, kişiler için tanıdığı ve koruduğu menfaattir. Karma teori veya muhtelit nazariye olarak bilinen ve en önemli temsilcisi, Alman hukukçusu Georg Jellinek (1851-1911) olan üçüncü görüşte ise hak, hem menfaat hem de irade olguları göz önünde bulundurularak tanımlanmaya çalışılmıştır.". Cemalettin, Şen, "İslâm Hukuku Açısından Bilincin Haklara Etkisi" *Abant İzzet Baysal Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, Cilt 3, Sayı 5, Yıl 2015, s. 122.

ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir. (2)Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka halel getirmez.” İlk fıkra anayasamızın ilgili maddesiyle örtüşmekle beraber ikinci fıkrada devletin, mülkiyetin genel çıkarlara uygun olarak kullanılmasını düzenlemek için gerekli gördükleri kanunları çıkarabilecekleri düzenlenmektedir.<sup>71</sup>

Mülkiyet hakkı ile ilgili olarak Mecelle'nin 1317. maddesinin maslahata ilişkin içeriğinden bahsetmek yerinde olacaktır.<sup>72</sup> İlgili maddeye göre: “İki hane beynindeki duvar, münhedim olup da, birinden diğerinin makarr-ı nisvân olan mahalli görünür olduğu cihetle, birinin sahibi, müştereken duvarı bina etmek istediği halde, diğerinin sahibi imtina' eylese, binaya cebr olunmaz. Fakat tahtadan yahut sair nesneden, bi'l-iştirâk beynlerinde bir sütire ittihâz etmeleri için, hâkim tarafından cebr olunur.” Yani iki komşu ev arasındaki duvar tahrip olup da birinden diğerinin kadınlara mahsus alanın görünür olması sebebi ile birinin sahibi ortaklaşa, duvarı tamir etmek istediği halde diğerinin sahibi bundan kaçınırsa tamire zorlanamaz. Ancak ortaklaşa aralarında bir perde veya örtü (sütire) koymalarını hakim taraflara emredebilir. Komşuluk hukukunu ilgilendiren bu maddede maslahata yönelik en önemli husus makarr-ı nisvân olacaktır. İki komşu arasındaki duvarın tahrip olup makarr-ı nisvânın, yani kadınların bulunduğu ve kadınlara mahsus alanın görünmesine yol açması durumunda kadınların mahreminin korunması hem bireysel hem de kamusal maslahata yönelik bir durumu ifade etmektedir. Söz konusu tahrip olmuş duvarın tamiratına komşulardan biri yanaşmazsa, ilgili maddeye göre onu zorlayacak bir güç yoktur. Ancak özel hayatın korunmasına yönelik masla-

<sup>71</sup> Suat Şimşek, “Mülkiyet Hakkının Kapsamı, Sınırlandırma Nedenleri Ve Şartları Açısından 1982 Anayasası ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi: Karşılaştırmalı Bir Analiz -II”, *TBB Dergisi*, Sayı 92, 2011, s. 313.

<sup>72</sup> Mecelle'nin 58. maddesi ile 1317. maddesi arasındaki ilişkinin belirlenmesinde Ahmed Akgündüz'ün “Karşılaştırmalı Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye” adlı eserinden faydalanılmıştır. (Akgündüz, s. 59)

tın zarar görmemesi için tahrip olan duvarın ortaklaşa, perde veya örtü ile kapatılması hâkim kararıyla cebrolunabilecektir.

Türk hukukunda hakim özel hukuka ilişkin uyuşmazlıklarda kanunda hüküm bulamazsa ve örf ve adet hukukunda da ihtiyaca cevap veren bir hüküm yoksa TMK madde 1/2 sayesinde hukuk yaratma yetkisini haizdir.<sup>73 74</sup> Hakime hukuk yaratma yetkisi tanınmasının temelinde kanun koyucunun eksiksiz kural koyma imkânının olması ve hukuki uyuşmazlıkların çözümsüz kalmamasında toplumun yararının bulunması gibi sebepler yatmaktadır.<sup>75</sup> Bu açıdan hukuk düzeninde hükümsüz kalan konularda hukuk yaratma faaliyeti, maslahata uygun olmalıdır.<sup>76</sup> İslam Hukukunda da istislâh kurumu<sup>77</sup>, özel hukukta hakimin hukuk yaratması kurumu<sup>78</sup> ile benzerlik göstermektedir. İstislâh, “nasların kapsamına girmeyen ya da kıyas yoluyla nasta düzenlenmiş bir olaya bağlanamayan fihhi bir meselenin hükmünü şer'an itibar edilebilir maslahatlara ve İslam fihhinin genel ilkelerine göre belirleme yöntemini ifade eder”.<sup>79</sup> Aslında bu durum daha önce de ifade ettiğimiz üzere olması gereken hukuk bağlamında İslam Hukukunun modern hukukla birleştiği noktalardan birini ifade etmektedir.

Kanuni temsil bakımından maslahatın rolü medeni hukuk bağlamında önem arz etmektedir. İslam Hukukunda yetimin malı üzerinde

<sup>73</sup> Murat Topuz-Osman Gökhan, Antalya, *Medeni Hukuk (Giriş – Temel Kavramlar – Başlangıç Hükümleri)*, Cilt I, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s.350.

<sup>74</sup> Süleyman Yılmaz-Abdülkerim, Yıldırım, *Medeni Hukuk – I*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 56.

<sup>75</sup> Topuz; Antalya, s. 351.

<sup>76</sup> Öztürk, s. 53.

<sup>77</sup> İstislâh kurumu ile ilgili İslam Hukuk literatürü oldukça geniş tartışmalar içermekle birlikte çalışma kapsamında bu kurumun modern hukuktaki hukuk yaratma ile ilişkisi sınırlı bir biçimde incelenmiştir.

<sup>78</sup> Anayasamızın 36. maddesine göre: “Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz.”.Bu sebeple hâkim, somut uyuşmazlığa uygulanacak soyut bir hukuk kuralı bulunmadığı bahanesiyle yedindeki uyuşmazlığı çözmekten kaçınamayacaktır. (Adal, s. 200.) Burada insanların hukuki himayeden mahrum kalmalarının önlenmesiyle toplumun maslahatının korunduğu açıktır.

<sup>79</sup> Şükrü, Özen, “İstislâh”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, Cilt 23, TDV Yayınları, İstanbul, 2001, s. 383.



kadınların veya vasilerin tasarrufları maslahat ile sınırlanmıştır.<sup>80</sup> Maslahata aykırı tasarruflar geçersiz kabul edilecektir.<sup>81</sup> Maslahata değil de özel menfaate yönelik tasarruflar 58. madde özelinde meşru kabul edilemeyecektir. Yetimin malına müdahaleye ek olarak vakfedenin iradesine müdahale meselesi de 58. madde özelinde incelenmeye değerdir.

Ebu Yusuf ve İmam Muhammed'in tanımlamasına göre vakıf "menfaati insanlara ait olmak üzere mülk bir aynı Allah'ın mülkü olarak temlik ve temellükten ebediyen alıkoymaktır."<sup>82</sup> Bu görüşten hareket edilirse vakfedenin koyduğu şartlara aykırı olarak hakim vakıf senedine hüküm koysa sahih yani geçerli olmaz. Aynı şekilde mütevellinin vakfedenin koyduğu şartlara aykırı tasarruflarda bulunması de evleviyetle sahih olmayacaktır.<sup>83</sup> Çünkü vakıf şartnamesine muhalefet, Allah'ın hükmüne muhalefet gibidir.<sup>84</sup> Allah'ın hükmüne muhalefet etmekse hiç kimsenin yararına olmayacaktır.

TMK madde 2'ye göre "herkes haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır". İkinci fıkraya göre ise "hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz". Halbuki aslolan Mecelle'nin 91. maddesinde belirtildiği üzere "cevâz-ı şer'î damâna münâfî olur" idi. Yani hukukun insanlara cevaz verdiği hakların kullanılması, sorumluluk doğurmayacaktır. Ancak bazı durumlarda<sup>85</sup> bir kişinin hakkını kullanması başkalarının ve ka-

<sup>80</sup> Demir, s. 235.

<sup>81</sup> Nitekim Nisa Suresi 10. ayette bu hususun önemine dikkat çekilmiştir: "Yetimlerin mallarını haksız olarak yiyenler şüphesiz karınlarına ancak ateş dolduruyorlar. Zaten onlar alevlenmiş ateşe gireceklerdir."

<sup>82</sup> Günay, s. 479.

<sup>83</sup> Somutlaştırmak gerekirse vakıf mallarında gabn-i fâhiş ile yapılan akidler sahih değildir. Ahmet, Akgündüz, "1920-1924 Yılları Arasında Yapılan Mecelle Ta'dilleri ve Mezhepler Arası Mukayese Uygulaması", *Uluslararası Mecelle Sempozyumu Tebliğleri - Adalet Akademisi*, Cilt 1, 2021, s. 53.

<sup>84</sup> Sezen, s. 139.

<sup>85</sup> Hakkın kötüye kullanılması (İslam Hukuku terimi ile te'assuf), sahibinin amacı dışındaki başka bir amacı elde etmek için kullanılması halinde söz konusu olur. Örnek vermek gerekirse: sırf başkasına zarar vermek kastıyla hakkını kullanması, zararı yararından daha fazla olan sıradan bir maslahatı elde etmek için hakkın kullanılması, hakkın kullanılmasının başkalarına fahiş zararlar vermesi, hakkın

munun faydasına açıkça aykırı olabilir. İşte böylesi bir ihtimalde hukuk düzeni hakkın kötüye kullanılmasını yaptırıma bağlamaktadır.

Hakkın kötüye kullanılması, hakkın bahşediliş amacı dışında yahut başkalarına zarar verme kastıyla ya da en azından zarar vermeye yönelik biçimde kullanılmasını ifade eder.<sup>86</sup> İslam Hukukunda hakkın kötüye kullanılmasının<sup>87</sup> (*te'assüf*) çeşitli yaptırımları öngörülmüştür.<sup>88</sup> Bu yaptırımlardan birisi de tasarrufun batıl sayılması yani geçersizliğidir. Meşru bir amaca hizmet etmeyen; yani maslahata menut olmayan hak kullanımı şeklindeki tasarrufları batıl sayan hukukçulara göre hülle nikahı, îne satımı<sup>89</sup> ve sırf varislere zarar verme kastıyla yapılan vasiyetler gibi bazı tasarruflar bu doğrultuda değerlendirilmiştir.<sup>90</sup> Yaptırım bağlamında Türk Hukukunda düzenlendiği şekliyle hakkın kötüye kullanılmasını hukuk düzeninin korunmaması ile maslahata menut olmayan tasarrufların geçersizliği arasındaki benzer bir ilişki göze çarpmaktadır. Türk Hukukunda hakkın kötüye kullanılmasının yaptırımı, bu tasarrufun hukuk düzenince tanınmamasıdır. Tanınmaması da bu işlemin geçersizliği sonucunu doğuracaktır. Bu benzerlik de daha önce değindiğimiz üzere olması gereken hukuk bağlamında İslam Hukuku ile günümüz modern hukukun örtüştüğü konulardan birisidir.

---

gayri meşru maslahatları gerçekleştirmeye vasıta kılınması hakkın kötüye kullanılmasının başlıca olay grupları arasında sayılabilir. Aslan, s. 209. Hakkın kötüye kullanılmasına ilgili detaylı bilgi için bkz. Adal, s. 377 vd.

<sup>86</sup> Saffet Köse, *İslam Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması*, Marmara Üniversitesi İlahiyat Vakfı Yayınları, İstanbul, 2018, s. 56.

<sup>87</sup> Mecelle'nin 58. maddesi ile TMK'nın 2. maddesi arasındaki ilişkinin belirlenmesinde Ahmed Akgündüz'ün "Karşılaştırmalı Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye" adlı eserinden faydalanılmıştır. (Akgündüz, s. 59).

<sup>88</sup> Bkz. Aslan, s. 231-234.

<sup>89</sup> Bir malın muayyen bir fiyat karşılığında vadeli olarak satılıp, aynı malın peşin parayla satıldığı fiyattan daha ucuza geri satın alınması işlemidir. Yunus, Apaydın, "İne", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, Cilt 22, TDV Yayınları, İstanbul, 2000, s. 283.

<sup>90</sup> Aslan, s. 232.

## Ceza Hukuku Boyutu

İnsan için zorunlu ve doğal bir yaşayış biçimi olan, özünde düzeni gerektiren toplumda toplumsal hayatın düzenli olarak yürütülmesi için korunması zorunlu ve ortadan kaldırılması yasak olan hukuki yararlar (*değerler*), ceza hukuku anlamında maslahat kavramını ifade etmektedir.<sup>91</sup> İslam Hukukunda cezalar, insanların ve böylece toplumun ıslahı amacıyla Allah tarafından insanlığın menfaati için konulmuştur.<sup>92</sup>

Maslahat temelli ceza hukuku anlayışında toplumun menfaatlerini korumayı ve fertlerin ıslahını hedef alan ve bunları gerçekleştirme-ye çalışan her ceza meşrudur ve cezalar, toplumun ihtiyacına ve menfaatine göre düzenlenmelidir.<sup>93</sup> Bu anlayış Mecelle'nin 58. maddesindeki anlayışla örtüşmektedir. Yani toplum üzerine yapılan tasarruflar maslahata menut olmalıdır. Toplum için hayır içermelidir. İslam Hukukunun külli kaidesi olarak bu madde özü itibariyle oldukça değerlidir; çünkü adalet dini olan İslam toplum için en adil tasarrufların gerçekleştirilmesini gerektirmektedir. Maslahata uygun olan kanunlar, idari tasarruflar, idari eylemler, siyasi ve yönetsel faaliyetler ancak ve ancak adil olursa değer kazanabilecektir. Maslahat bu çerçevede de-

---

<sup>91</sup> Mustafa, Avcı, *Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s. 21.

<sup>92</sup> Hasanova, s.92; Rudolph, Peters, *Crime and Punishment in Islamic Law (Theory and Practice from the Sixteenth to the Twenty-first Century)*, Cambridge University Press, 2005, s. 54; Peters, "Ceza Hukukunun İslamlaştırılması" adlı makalesinde, hukukun İslamlaştırılmasını savunanların maslahat temelinde ceza hukuku anlayışlarını şu şekilde ortaya koymaktadır: "Şunu kaydetmek gerekir ki, ceza hukuku hukukun İslamlaştırılması programında her zaman önemli bir yer tutar. Hukukun İslamlaştırılmasını savunanlar, İslam ceza hukukunun faydalarını belirtmek suretiyle bunu açıklamaktadırlar. Bu faydalar, İslam ceza hukukunun caydırıcı etkisi, sadeliği, davaya bakma usulünün hızlı oluşu ve gerçek bir İslam toplumu oluşturma hususunda gözle görülür bir araç oluşu gibi hususlardır...İslamî ceza yasasının oluşturulmasını destekleyenlerin iddialarına delil olarak getirdikleri ikinci bir fayda, yargılamaların kısa ve adaletin icra edilmesinin daha çabuk olacağı gerçeğidir.". Rudolph Peters, (Terc. Abdullah Kahraman), "Ceza Hukukunun İslamlaştırılması (Karşılaştırmalı Bir Tahlil)", *Marife Dini Araştırmalar Dergisi*, Cilt I, Sayı 1, Yıl 2001, s. 223.

<sup>93</sup> Abdulkadir Udeh, et-Teşriu'l-Cinai'l-İslaml Mukarinen bi'l-Kanuni'l-Vad'i. Dârü't-Türas, c. I, Kahire, 1977, s. 610, Aktaran: Hasanova, s. 92-93.

ğerlendirildiğinde kanun koyuculuk ödevinin<sup>94</sup> temelini teşkil etmektedir. Bu açıdan ceza hukuku, toplumu oluşturan insanlar arasındaki maslahata yönelik çatışmaları önleme fonksiyonunu yerine getirmektedir.<sup>95</sup>

Cezalandırmada; suçun işlenmesinden önce caydırıcılık, suç işlendikten sonra suça uygun ve suçla orantılı bir ceza ve infaz<sup>96</sup> ile suçluyu ıslah edip topluma geri kazandırmak olmak üzere üç farklı maslahat öngörülmüştür.<sup>97</sup> Ceza adaletinin gerçekleşmesi açısından İslam dininin öngördüğü suç ve cezaların kanuniliği, şahsilik, umumîlik, suç ve cezaların orantılılığı (*dengeliği*) gibi birçok ilke de; cezalandırmada maslahata uygun davranılması yani toplumun faydası gözetilmesi içindir.<sup>98</sup> Bu açıdan bakıldığında Mecelle'nin 58. maddesi ışığında, kamu yararına yani maslahata uygun olmayan cezalandırmaya yönelik işlemler geçerli değildir. Bu madde görüldüğünden ziyade daha büyük bir tezi bünyesinde barındırmaktadır. Ceza hukuku boyutuyla madde mefhum-u muhalif yorum yöntemi ile yorumlandığında varılan sonuç; eğer maslahata uygun olmayan cezalandırmayı içeren bir norm söz konusu ise bu norm geçerli değil yani hukuki değildir.

<sup>94</sup> Kanun koyuculuk ödevi, bir hukuk sisteminde norm koymaya yetkili makamların belirli etik kurallara uymaları gerekliliğini ifade etmektedir.

<sup>95</sup> Hamide, Zafer, *Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m.1-75*, Beta Yayınları, 7. Bası, İstanbul, 2019, s. 6.

<sup>96</sup> Osmanlı uygulamasında infazın kamu önünde gerçekleştirilmesi kamu yararının bir gereği olarak karşımıza çıkan bir uygulama idi. Hüküm ilanı ile suç işleyen kişiler hakkında verilen cezaların toplum ve mağdur tarafında bilinmesi, devlete olan güveni artıran bir uygulama olarak görülmekteydi. Adaletin gerçekleştiği, halk tarafından bizzat tanık olunarak bilinmekteydi. Böylece de mağdurun failden intikam alma arzusu nispeten körelmekteydi. Günümüz hukukunda da çeşitli kapsamlarda uygulama alanı bulan teşhir kurumunun uygulanması, kişilerin özel hayatını ilgilendiren bir yönünün de bulunması sebebi ile azami dikkat ve özenin gösterilmesini gerektirmektedir. Ancak bu yolla kamu yararı gerçekleşmiş olacaktır. Ahmet, Kılınç, "Mukayeseli Hukuk ve Hukuk Tarihi Açısından Yaptırım Türü Olarak Teşhir", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 11, Sayı 1-2, 2007, s. 1028.

<sup>97</sup> Erdoğan Kocagöz, "Yöneten ve Yönetilen Bağlamında Mecelle'nin 58. maddesinin (Raiyye, Yani Teb'a Üzerine Tasarruf Maslahata Menûttur.) İncelenmesi", *Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, İzmir Katip Çelebi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı, İzmir, 2019, s.100-101.

<sup>98</sup> Kocagöz, s. 101; Nitekim İslam dininde "adaleti korumak" şefatin temel gayelerindedir. Bigiyef, s. 341.

Cüveynî'nin ilk kez dile getirdiği din, can, akıl, nesil ve malın korunması<sup>99</sup> şeklindeki zaruriyyat niteliğinde olan, İslam Hukukunun gerçekleştirmek istediği maslahatın 5 unsuru ceza hukuku bağlamında önem arz etmektedir.<sup>100</sup> Bu açıdan maslahatın beş boyutunu ayrı ayrı incelemek gerekmektedir.

Maslahatın dinin korunması boyutu, günümüz hukukunda da önem arz eden din ve vicdan özgürlüğü ve ifade özgürlüğü kavramlarıyla sıkı ilişki içindedir. İslam; insanı günlük gereksinimleri ve yaşamsal faaliyetleri bakımından maddi açıdan, inanç alanı bakımından da manevi açıdan bir süje olarak ele almaktadır. Maddiyatı ve maneviyatıyla bir bütün teşkil eden insan her açıdan korunmalıdır. Bakıldığında İslam, insanın manevi varlığına yönelik din hürriyetini güvence altına almıştır. Nitekim Bakara suresi 256. ayete göre: “*Dinde zorlama yoktur. Doğru eğriden açıkça ayrılmıştır.*” denilmektedir. Ayrıca Allah, insanların dini inançları yönünden eziyet görmelerini ve saldırıya uğramalarına karşı da korumaktadır. Bakara suresi 191. ayetinde, fitnenin adam öldürmekten (katl) daha kötü olduğu buyrulmuştur.<sup>101</sup> Böylece Allah, din ve vicdan özgürlüğünü koruyup bir kanun koyucu olarak insanın, anayasamızda da düzenlenen insanın *manevi varlığını koruma hakkını* teminat altına almıştır. Bu şekilde insanların sırf inançlarından dolayı cezalandırılmalarının önüne geçilmiştir.

Günümüz ceza hukukunun dayandığı diğer bir unsur kamusal yararın dayandığı *akıl unsurudur*.<sup>102</sup> Bu bakımdan kamu yararını bünyesinde barındıran akıl, ceza kanununun oluşumunda önemli bir enstrüman olarak karşımıza çıkmaktadır. İnsanlar toplumun yapı taşı ve onun vazgeçilmez bir sonucunu oluşturdukları için insanın sağlığı toplumun sağlığını ilgilendirmektedir. Bu açıdan toplumun sağlığının korunması her bireyin hakkı olmakla birlikte maslahatın gerçekleş-

<sup>99</sup> Şer'in amacını koruma motivasyonlu maslahatın beş temel noktası hakkında detaylı bilgi için bkz. Gazali, s. 333 vd.

<sup>100</sup> Nazım, Büyükbaş, “İslam Ceza Hukukunda Cezalandırma ve Maslahatların Korunması Arasındaki İlişki”, *Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Cilt 1, Sayı 34, 2013, s.146; Öztürk, s. 53.

<sup>101</sup> Ebû Zehra, s. 318.

<sup>102</sup> Hasanova, s. 92.

mesi için de gereklidir. İslam Hukukuna göre insanın aklı, onun en önemli vasfıdır. Onu hayvandan ayırmakla birlikte toplum halinde yaşamasına da imkân veren en temel özelliğidir. Bu açıdan özellikle akıl sağlığının bozulması durumunda bundan toplum da etkilenecektir. Bu sebeple Allah, aklın korunmasına yönelik insanların aklını bozan ve onun iradesini kullanmasını engelleyip topluma zarar vermesinin önüne geçmeye yönelik *yasaklayıcı hükümler* ihdas etmiştir. Bu minvalde İslamda şarap içmek (*şurb*) bir suç olarak düzenlenmiştir. Şarabın etkisi ve insan iradesi üzerindeki etkisinden hareketle kıyas yoluyla uyuşturucu madde kullanımı da yasaklanmıştır.<sup>103</sup>

Bu başlık altında değerlendirilmesi gereken önemli bir mesele de kısas ve maslahat ilişkisidir. Bu husus da maslahatın *canın korunması* boyutunu ifade etmektedir.<sup>104</sup> Bakara suresinin 179. Ayeti şu şekildedir: “*Kısasta sizin için hayat vardır, ey akıl sahipleri, umulur ki sakınırsınız.*”. Bu ayet insanların aklı kullanıp ölüm cezası ile hayat bulmayı yani kısasın caydırıcılığını vurgulamaktadır.<sup>105</sup> Ayette “sizin için” ifadesi insanlar için maslahatın gözetildiğini belirtmektedir.<sup>106</sup> Canın korunması için Kur’an’da kısasın öngörülmüş olması, maslahat derecelendirmesi içinde zaruriyyat olarak değerlendirilmektedir.<sup>107</sup> İslam Hukukunda cezalandırmak amaç değil, kişiyi ve toplumu zarar tehlikesinden korumak ve toplumda hakim olan hukuki değerlerin etkin şekilde korunmasına hizmet etmeye yönelik bir araç olduğu<sup>108</sup> gerçekliğinde kısasın hedefi maslahatı sağlamak olacaktır. “*Ey iman edenler! Öldürülenler hakkında kısas size gerekli kılındı. Hüre hür, köleye köle, kadına kadın. Ancak her kime, kardeşi tarafından bir şey başılsanıza artık ona hakkaniyetle uymalı ve diyeti ona güzellikle ödemelidir. Bu, rabbinizden bir hafifletme, bir rahmettir. Bundan sonra kim haddi aşar-*

<sup>103</sup> Ebû Zehra, s. 319.

<sup>104</sup> Ustaosmanoğlu, s. 82.

<sup>105</sup> Büyükbaş, s. 155.

<sup>106</sup> Büyükbaş, s. 155.

<sup>107</sup> Alimcan, Buğda, Fatih, Kuş, “Maslahat ve Makasidu’ş-Şeria Kapsamında Trafik Kuralları”, *Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Cilt 14, Sayı 2, 2017, s.247.

<sup>108</sup> Avcı, s.300-301.

sa ona elem verici bir azap vardır.” şeklindeki Bakara suresinin 178. ayetine göre kısasta affetme yoluyla dönmeye toplum için bir hayır olduğu hatta “bu Rabbinizden bir hafifletme, bir rahmettir” ifadesi de açıkça maslahat ve kısas ilişkisini temellendirmektedir. Rabbin insanlık için bir hafifletme ve rahmet (*merhamet*) öngördüğü kısas, maslahatın gerçekleşmesi için bir gereklilik olarak karşımıza çıkmaktadır. Nitekim onur sahibi olan insanın yaşama hakkını, vücut dokunulmazlığını, cinsel dokunulmazlığını, haysiyet ve şerefini korumak toplumda cezalandırmanın caydırıcılığı yönüyle gerçekleşebilmektedir. Maslahatı korumak açısından zina iftirası (*kazif*), hakaret, yaralama, öldürme, maddi ve manevi varlığını ortadan kaldırmaya yönelik her türlü haksızlık içeren fiillerin suç olarak düzenlenmesi gerekmiştir.

Ceza hukuku boyutunda *canın korunması* özelinde incelecek önemli konulardan birisi kısas yerine kan bedelinin (*diyet*) ödenmesi meselesidir. Hz. Peygamber’in “Velisi olmayanın velisi, devlet başkanıdır.” hadisine göre ve İslam Hukukundaki uygulamaya göre katilin velisi bulunmazsa devletin başındaki yönetici onun velisi olarak değerlendirilir.<sup>109</sup> Kısas bedeli bu durumda hazineden ödenir.<sup>110</sup> Ancak devlet katili affedemeyecektir; çünkü affetmede hem suça teşvik vardır hem de kul hakkı söz konusu olduğu için sadece mağdur tarafından af söz konusu olabilir.<sup>111</sup> Bu uygulamada da kamu yararı bağlamında maslahat kavramı önem arz etmektedir. Bireyin toplumdan soyutlanmadığı İslam Hukukunda devlet başkanı, maslahat gereği velisi olmayanın velisi olarak toplumsal dayanışmayı temsil etmektedir. Maslahat temelinde, bu bedelin ödenememesi noktasında hem bireyi hem de devlet düzenini korumada önemli bir işlevi yerine getirmektedir. Birey-birey ve birey-devlet ilişkisi bu açıdan maslahat kavramının kamu yararı anlamında daha net bir şekilde görülmekte-

<sup>109</sup> Ali Haydar Efendi (Terc Gündoğdu, Raşit/Erdem, Osman); *Dürrü’l – Hukkâm Şerhu Mecelleti’l – Ahkâm, Cilt 1*, Gül Neşriyat - Osmanlı Yayınevi, İstanbul, y.y.2006, s. 82; Demir, s. 235.

<sup>110</sup> Diyetin devlet hazinesinden ödenmesi hususu İslam Hukukunda tartışmalı bir husustur. Ayrıca diyetin devlet hazinesinden ödenebilmesi de sıkı şartları ihtiva etmektedir. Bu hususta bkz. Avcı, s. 396-408.

<sup>111</sup> Sezen, s. 139

dir. Ayrıca diyet kurumunun öngörülmesiyle suçtan doğan mağduriyetin giderilmesinin amaçlanması, kısas-bireysel af bağlamında maslahatın *neslin korunması* boyutunu da gözler önüne sermektedir.

Neslin korunması bakımından akla gelen ilk hukukî müessese elbette evlilik olacaktır. Neslin korunması da evliliğin en önemli varlık amacı olan ailenin korunmasından geçmektedir. Bu sebeple evlilik kurumuna yönelik her türlü tehdidin önlenmesi gerekmektedir. Bu önleme etkisine dair zina, kazif, iftira, cinsel dokunulmazlığa karşı haksızlık içeren fiillere karşı toplumun neslinin korunması, bu fiillerin yasaklanmasını gerektirmektedir.<sup>112</sup> Günümüz hukuku, zina hariç bu nitelikte neslin korunmasına yönelik fiilleri yasaklamaktadır. Aile düzenine karşı suçlar bu hususu işaret eder niteliktedir. Hakeza TCK m.231'de<sup>113</sup> düzenlenen "çocuğun soybağını değiştirme suçu", neslin korunmasına yönelik önemli bir gayenin tezahürüdür.

Maslahatın bir boyutu olarak *malın korunması*, malvarlığına karşı suçlar bağlamında karşımıza çıkmaktadır. Her devletin ceza kodunda malvarlığına karşı suçlar, farklı şekillerde himaye altına alınmıştır.<sup>114</sup> Böylece toplumun mali ilişkilere yönelik menfaati sağlanmış olacaktır. Karşılıklı rıza ve adalet esaslarına dayanarak, insanların aralarındaki ekonomik ilişkilerin suç teşkil etmemesi; bu karşılıklı ilişkilerin sıhhatini korumak, bu ilişkilerde çıkmaza girildiğinde onu regüle etmek; devletin ekonomisini korumak ve geliştirmek, tüketiciyi korumak, gelir dağılımında adaleti gözetmek maslahatın gerçekleşmesini sağlayacaktır.<sup>115</sup> Mal boyutu ile ilgili olarak önem arz eden hususlardan biri de müsâdere kurumudur.<sup>116</sup> Müsâdere cezai bir tedbir olarak değer-

<sup>112</sup> Ebû Zehra, s. 319; Ustaosmanoğlu, s. 82.

<sup>113</sup> TCK madde 231- (1) Bir çocuğun soybağını değiştiren veya gizleyen kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Özen yükümlülüğüne aykırı davranarak, sağlık kurumundaki bir çocuğun başka bir çocukla karışmasına neden olan kişi, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

<sup>114</sup> Peters, s. 1.

<sup>115</sup> Ebû Zehra, s. 319.

<sup>116</sup> Mehmet, Karataş, "18-19. Yüzyıllarda Osmanlı Devleti'nde Bazı Müsâdere Uygulamaları", *Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi*, Cilt 19, Sayı 19, 2006, s. 221.



lendirildiğinde bir tür ta'zir cezası niteliğindedir. Müsâderenin ta'zir cezası olarak kabul edilmesi, bu husustaki delillere ve maslahat ilkesine dayandırılır. Müsâdere cezasının tasfiye amacını da karşıladığı dikkate alındığında bu kurumun toplumun faydasına olduğu açıktır.<sup>117</sup>

Maslahatın ceza hukukunda ilgili olduğu diğer bir müessese de "siyaseten katl"<sup>118</sup>dir. Suç işlemekte ısrarcı olan veya bunu alışkanlık ya da meslek haline getirip kamu düzenini (*nizâm-ı memleket*) tehdit eden suçlunun ceza olarak öldürülmesi niteliğindeki siyaseten katl, maslahata yönelik bir tazir cezası olarak karşımıza çıkmaktadır.<sup>119</sup> Toplumda fitne oluşturan bu kişilerin (*sa'i bil-fesâd*) yeryüzünden kaldırılması bu toplumun düzenini korumak için uygun görülmüştür.<sup>120</sup> Günümüz ceza hukuku sisteminde bu şekildeki ceza-infaz uygulamaları geçerliliğini yitirmiştir.<sup>121</sup>

### **Borçlar Hukuku Boyutu**

58. maddenin borçlar hukuku boyutu da incelemeye değerdir. Maslahat kavramı kamu yararı gerçekliğinde sadece kamu hukukunu değil aynı zamanda özel hukuku da etkilemektedir. Özel borç ilişkilerinde bozulan menfaat dengeleri söz konusu olduğunda, aynı zamanda toplum da bu olumsuzluktan etkilenmektedir. Bu durumun somut örneklerinden birisi de gabin durumunda kendisini göstermektedir.

Mecellede vakıf malları ile ilgili olarak<sup>122</sup> bir tüccar malı fahiş bir fiyata satarsa yani gabn-i fahiş durumunda tağrir söz konusuysa satım

<sup>117</sup> Karakaş, s. 221.

<sup>118</sup> Siyaseten katl ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Avcı, s. 313 vd.; Konu ile ilgili daha geniş bir bakış açısı için bkz. Ahmet, Mumcu, Osmanlı Devleti'nde Siyaseten Katl, Phoenix Yayınları, 3. Baskı, Ankara, 2007.

<sup>119</sup> Mumcu, s.24; Peters, s.68.

<sup>120</sup> Mumcu, s.16.

<sup>121</sup> Yalnızca öldürme şeklinde olmayıp siyaseten tazir olarak çeşitli infaz biçimleri ile de karşılanmaktadır. Örneğin sürgün şeklinde de karşımıza çıkmaktadır. Nitekim Hz. Ömer'in maslahat temelinde toplumdaki kadınları korumak için dikkat çekici güzelliğe olan Nasr b. Haccac'ı Medine topraklarından sürmesi de siyaseten tazir olarak değerlendirilmektedir. Bkz. Peters, s.68.

<sup>122</sup> Mecelle madde 356: "Maliyetin mal-ı vakıf ve beytülmal, bila tağrir dahi, gabn-ı fahişle satılırsa, akit batıl olur."

akdinin sahih olmayacağı, batıl olacağı düzenlenmiştir.<sup>123</sup> Ancak hangi derecedeki davranışların tağrir sayılacağı İslam Hukukuna tartışmalıdır. Ayrıca gahn durumunda akdin geleceğinin ne olacağı ile ilgili de İslam Hukukunda bir birlik söz konusu değildir. Hanefi fıkhı dışında diğer mezheplerde bu husus farklı değerlendirilmiştir.<sup>124</sup> Örneğin İbn Hazm az veya çok her gabnin akdi batıl kılacağı, malı haram ve haksız yolla yeme sayılacağı, bundan kazanç elde eden tarafı gasıp konumuna getireceği ve bu tür bir akde onay vermenin de sonucu değiştiremeyeceği görüşündedir.<sup>125</sup> Türk hukukunda ise bu durum farklılık arz etmektedir. Günümüz hukukundan bakarsak TBK madde 28'e<sup>126</sup> göre gahnın yani aşırı yararlanma durumunda sözleşme halen geçerlidir ancak yararlanılan taraf seçimlik haklarını kullanabilmektedir. Seçimlik haklardan birisi de sözleşmeyi iptal hakkıdır. Bu halde dahi sözleşme kesin hükümsüz (*batıl*) değildir. Aşırı yararlanılan taraf sözleşmeyi iptal ederse sözleşme ileriye etkili olarak sona erecektir.

58. madde özelinde değerlendirilecek husus da kamuyu ilgilendiren tasarruflarda hâkimin müdahalesi ile ilgilidir. Hâkimin kamuyu ilgilendiren işlerdeki müdahaleleri tasarrufları, kamuya faydalı olduğu ölçüde geçerlidir.<sup>127</sup> Hâkimlerin, vakıf yöneticilerinin, ve vasilerin yetim malları ve terekeler üzerindeki tasarrufları maslahata bağlıdır.<sup>128</sup> Örnek vermek gerekirse hakim yetim bir çocuğun malını birisine hibe etse bu işlem sahih olmayacaktır.<sup>129</sup> Çünkü bunda kamusal menfaat ve hakkaniyeti koruma gayesi yoktur.

<sup>123</sup> Sezen, s. 139.

<sup>124</sup> Ali, Bardakoğlu, "Gahn", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, Cilt 13, TDV Yayınları, Ankara, 1996, s. 271.

<sup>125</sup> Bardakoğlu, s. 271

<sup>126</sup> TBK m. 28- "*Bir sözleşmede karşılıklı edimler arasında açık bir oransızlık varsa, bu oransızlık, zarar görenin zor durumda kalmasından veya düşüncesizliğinden ya da deneyimsizliğinden yararlanılmak suretiyle gerçekleştirildiği takdirde, zarar gören, durumun özelliğine göre ya sözleşme ile bağlı olmadığını diğer tarafa bildirerek ediminin geri verilmesini ya da sözleşmeye bağlı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini isteyebilir.*"

<sup>127</sup> Sezen, s. 139.

<sup>128</sup> Kuyucaklızâde Mehmet Atif Bey, s. 159.

<sup>129</sup> Ali Haydar Efendi, s. 83; "Mukirrin âkil bâliğ olması şarttır." Mecelle, m. 1573. Şen, s. 134.

Anayasamızda ve Borçlar Kanunumuz da yer edinen sözleşme serbestisi kurumunun<sup>130</sup> istisnaları bakımından maslahat (*kamu yararı*) kavramı önemli bir rol oynamaktadır. Hak ve adalet ilkesi ile kamu yararı gereği sözleşme serbestisinde Hz. Peygamber döneminden itibaren görülen bazı sınırlamalarda bulunulmuştur.<sup>131</sup> Kamu yararı tabanlı ilk sözleşme serbestisi sınırlaması; karaborsa yasağı; adından kamulaştırma, abonman sözleşmeleri, zorunlu sigorta olarak devam ettirilebilir.<sup>132</sup> Karaborsa yasağı olarak *ihdikâr* uygulaması karşımıza çıkmaktadır. İhtikâr “toplumun ihtiyaç duyduğu temel gıda maddelerini satın alarak fiyatların iyice yükseldiği zamana kadar saklamaktır.”<sup>133</sup> Devlet, mallarını yüksek fiyattan satacak olan satıcının bireysel faydası karşısında kamu yararını önceleyecek olursa piyasa fiyatlamasına müdahale edecektir ki bu da maslahata uygun olacağından hukuka aykırı bir müdahale olarak değerlendirilemeyecektir. Ancak burada devlet, her şeyde olduğu gibi orantılılık ilkesini de gözetmek zorundadır.

Temelinde güven olan İslam Hukuku ne bireyin karşısında devleti ne de devletin karşısında bireyi harcamış; daima maslahat ile bireysel yararı adil bir şekilde dengeleyici rol oynamıştır.<sup>134</sup> İslam Hukuku, özel borç ilişkilerinde akitlere müdahale ederken dahi temelini maslahata dayandırmıştır. Böylece toplumda birey-birey ve birey-toplum ilişkilerinde dengeye ulaşmayı amaçlamıştır.

<sup>130</sup> T.C. Anayasası Madde 48: “Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir.”

TBK m.26: “Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler.”

<sup>131</sup> Halit, Çalış, “İslam Borçlar Hukukunda Akid Serbestisi ve Genel Olarak Sınırlamaları”, *Dini Araştırmalar Dergisi*, Cilt 7, Sayı 19, 2004, s. 272.

<sup>132</sup> Çalış, s. 272-279.

<sup>133</sup> Fakihlerin bir kısmı ihtikârı stoklama olarak görmekteyken bazıları ise stoklama olarak görmemektedir. Görüşümüz, insanın yaşamını devam ettirebilmek amacıyla ihtiyacı olan malları saklayıp değerini yükseltmek, maslahatla bağdaşabilecek bir durum olmadığıdır. Bu açıdan bu kurumun stokçuluk ve karaborsa teşkil edeceğini düşünüyoruz. İhtikâr kavramı ve tanımı ile ilgili bkz. Mehmet Selim, Aslan, *Kavram Atlası – İslam Hukuku II*, Gazi Kitabevi, Ankara, 2020, s. 73.

<sup>134</sup> Çalış, s. 272.

## **Usul (Muhakeme) Hukuku Boyutu**

Maslahatın usul hukuku boyutunda incelenmesi gereken nokta, kanuni temsilcinin temsil olunanı ilgilendiren davalarda sulh, kabul ve feragatlerde bulunabilmesinin sınırıdır. Mecelle'nin 1540. maddesine<sup>135</sup> göre: “*bir sabinin davasından velisi sulh oldukda eğer sabiye zarar-ı beyyin yoksa sahih olur. Ve eğer zarar-ı beyyin varsa sahih olmaz.*” Bu maddeden anlaşılan, velinin ya da vasinin sulh, kabul ve feragat gibi tasarruflarında küçüğün veya kısıtlının açıkça zararına değilse tasarrufun sahih olacaktır.<sup>136</sup> Eğer açık bir zarar söz konusuysa bu tasarruflar geçersiz olacaktır, hakimin olayda sulh<sup>137</sup>, kabul ya da feragat işleminin geçersizliğine hükmetmesi gerekecektir.

Günümüz hukukunda sulh, kabul ve feragat, medenî usul hukuku bağlamında birer “davaya son veren taraf usul işlemi”dir. Taraf usul işlemlerinin esas özelliklerinden birisinin de irade fesadı halleri dışında<sup>138</sup> bu işlemlerden dönülemeyeceği<sup>139</sup> ve bunların geçersiz sayılamayacağıdır. Mecellede ise bu işlemlerin geçersiz sayılacağı hale,

<sup>135</sup> Mecelle'nin 58. maddesi ile 1540. maddesi arasındaki ilişkinin belirlenmesinde Ahmed Akgündüz'ün “Karşılaştırmalı Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye” adlı eserinden faydalanılmıştır. (Akgündüz, s. 59)

<sup>136</sup> Ali Haydar Efendi, s. 83.

<sup>137</sup> Sulhun gerçekleşmesinde taraflar arasında uzlaşmayı sağlayan kişiler “muslihûn” olarak adlandırılır. Muslihûn belirli bir grup olarak değil tarafların anlaşması için araya giren bir kişidir. Bu kişiler tarafların komşuları, akrabaları, arkadaşları olabilir. Böylece tanıdıkları ve güvendikleri arabuluculardan olan muslihûnlar sayesinde uyuşmazlıklar kısa sürede güven içerisinde sonlanacaktır (Zeynep, Dörtok Abacı, “Bir Sorun Çözme Yöntemi Olarak Sulh: 18. Yüzyıl Bursa Kadı Sicillerinden Örnekler ve Düşündürdükleri”, *Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi*, Sayı 20, 2006, s. 113). Mahkemelere erişimin zor olduğu, belirli bir masraf gerektirdiği, taraflar bakımından zahmetli ve uzman desteği gerektiren bir iş olduğu göz önüne alındığında taraflar arasında uzlaşmanın muslihûn tarafından gerçekleştirilmesi önemlidir. Mahkemelerdeki yoğun iş yükü dolayısıyla sonuca ulaşmanın çok uzun sürmesi de göze alındığında tarafların muslihûn tarafından uzlaşması hem bireysel hem de kamusal faydaya hizmet etmektedir. (Ahmet, Kılınç, “Osmanlı Devleti'nde Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi Olarak Muslihûn: Osmanlı Arabuluculuğu”, *II. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri*, Cilt 2, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s.15). Bu kapsamda uyuşmazlıkların muslihûn sayesinde mahkeme önüne taşınmadan çözümlenmesi, maslahata uygun bir uygulama olarak karşımıza çıkmaktadır.

<sup>138</sup> Sulh, ek olarak aşırı yararlanma (*gabn*) durumunda da iptal edilebilir.

<sup>139</sup> Nitekim bu işlemler, yenilik doğurucu hak niteliğinde olduklarından kural olarak bu işlemlerden dönülemez.

küçüğün açık zararına işlem yapılmış olması ile maslahat temelinde bir geçerlilik kıstası getirildiğini görmekteyiz. Günümüz hukukunda da birçok uluslararası metinde de yer edinen “çocuğun üstün yararı ilkesi”, İslam Hukukunda hali hazırda maslahat temelli bir anlayışı ifade etmekteydi. Bu bakımdan da çocuğun her açıdan yararını gözetmek, dolayısıyla toplumun menfaatini gözetmek anlamına gelmektedir.

Maslahat ile zamanaşımı meselesinin incelenmesi, maslahatın usul hukuku boyutunun kapsamını ortaya koyma noktasında önem arz etmektedir. Mecelle'nin 1660. maddesinde alacak davalarının 15 seneden sonra görülmeyeceği düzenlenmiştir. 1675. Maddede ise kamu yararına ait yerlerin davasında zamanaşımının geçerli olmadığı hükme bağlanmıştır.<sup>140</sup> Mecellenin söz konusu uygulaması, maslahatın Osmanlı hukuk sistemi bakımından ne kadar önemli olduğunun göstergelerinden biridir. Kişilerin uzun yıllar geçtikten sonra dava tehditi altında kalmaları ile kamunun yararı ile ilgili yerlerin davaların belirli bir süre geçtikten sonra düşmesi kamunun faydasına görülmemiştir. Bu kapsamda zamanaşımı, maslahatı ilgilendiren önemli konulardan biri olarak günümüz hukukunda da karşımıza çıkmaktadır.

## SONUÇ

Hanefi mezhebinden türetilmiş olan Mecelle-i Ahkam-ı Adliye, Hanefi hukukunun bir kısmını kodlama girişimini temsil etmektedir. Mecelle; borçlar hukukunu, ceza hukukuna ilişkin bazı ilkeler ile muhakeme hukukunun bazı ilkelerini, ticaret hukukunu ve eşya hukukunu kapsar. Mecelle'nin ilk yüz maddesi, İslam Hukukunun külli kaidelerinin bir derlemesidir. Kur'an ve hadisler temel alınarak oluşturulan, Hanefi fıkıh birikiminin bir ürünü olan külli kaideler, 99 ile sınırlı

<sup>140</sup> Ahmet, Kılınç, “Mecelle'ye Göre Zamanaşımı: Uygulamada Görülen Aksaklıklar ve Çözüm Önerileri”, *Uluslararası Mecelle Sempozyumu Tebliğleri - Adalet Akademisi*, Star Matbaacılık, Bursa, 2021, s.129; Zamanaşımı olgusu ceza usul hukuku bağlamında da önem arz etmektedir. Bu hususta söz konusu yazarın ilgili eserinde 132 ila 135. sayfalarına bakılabilir.

olmamakla beraber esma-ül hüsna ile benzeşme yaparak Allah'ın isimleriyle bereketlenmek amaçlanmıştır. İslam Hukukunun kaynaklarından olan Kur'an ve Sünnet yoluyla, hadis kaynaklı derleme sonucu elde edilen bu külli kaideler günümüz hukukundaki tezahürleri itibariyle Hukuk Tarihi literatüründe birçok çalışmaya konu olmuştur. Bu ilkelerin belli hükümlerinin günümüz modern hukuku ile karşılaştırarak, ilgili Osmanlı uygulamasına da yer vererek incelemenin ve 58. maddenin kapsamlı bir şerhini oluşturmanın literatüre katkı sağladığı kanaatindeyiz.

Maslahat terimini hem İslam Hukukundaki anlamıyla hem de günümüz hukukunda kamu yararı anlamıyla incelediğimizde bu terimin birçok hukuk dalı ile ilişkisi ortaya çıkmaktadır. Bu ilişkiler incelendiğinde günümüz hukuku ile modern hukuk arasında benzerlikler göze çarpmaktadır. Bu da bizleri; temelinde adalet, doğruluk ve güven olan, değer koruyucu olan, insanı onur sahibi bir varlık olarak yücelten İslam'ın ürünü olan bu kaidelerin, modern hukuk ilkeleri teorik bir sisteme oturtulmadan çok daha önce varoluşunun, İslam Hukukunun ve Mecellenin günümüz hukuk sistemlerini geniş ölçüde etkilediği sonucuna ulaştırmaktadır.

İslam Hukukunun genel ilkelerinin, Batı'nın çok uzun bir süreçte yoğun tartışmalar sonucu belirli bir teoriye oturttuğu modern hukukun ilkeleri ile büyük oranda ahenk içinde olduğu görülmektedir. Çalışmada da tespit edilen benzerlikler neticesinde günümüz hukukunun Mecelle'den, dolayısıyla da İslam Hukukundan esaslı esintiler taşıdığı sonucuna ulaşılmıştır. Bu açıdan İslam Hukukunun yaklaşık 1400 yıl öncesinden insanlığın hukuk alanında ulaşabileceği düzeyi yakaladığını gözler önüne serdiği için İslam Hukuku, bir devletin hukuk sistemi açısından önemli bir parametre olabileceği gerçeğiyle rüştünü kanıtlamış olmaktadır.

## KAYNAKÇA

- 12 Şubat 1334 (1918) numaralı Meclis-i Mebusan Tutanacağı, <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MECMEB/mmbd03ic04c002/ink049/mmbd03ic04c002ink0490299.pdf>  
E.T: 20.5.2021
- Adal, Erhan; *Hukukun Temel İlkeleri El Kitabı*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2004.
- Akgündüz, Ahmed; *Karşılaştırmalı Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye*, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, 2. Baskı, İstanbul, 2017.
- Akgündüz, Ahmet (Ed. Soyubelli, Fethullah); “1920-1924 Yılları Arasında Yapılan Mecelle Ta’dilleri ve Mezhepler Arası Mukayese Uygulaması”, *Uluslararası Mecelle Sempozyumu Tebliğleri – Adalet Akademisi*, Star Matbaacılık, Bursa, 2021.
- Akyılmaz, Sevgi Gül (Ed. Soyubelli, Fethullah); “İki Önemli Kodifikasyon Örneği: Mecelle ve 1734 Tarihli İşveç (Medeni) Kanunu, Benzerlikler-Farklılıklar”, *Uluslararası Mecelle Sempozyumu Tebliğleri – Adalet Akademisi*, Cilt 1, 2021.
- Ali Haydar Efendi, *Düreru’l – Hukkâm Şerhu Mecelleti’l - Ahkâm*, Cilt 1 (Haz: Gündoğdu, Raşit/Erdem, Osman), Gül Neşriyat - Osmanlı Yayınevi, İstanbul, y.y.2006?
- Ali, Bardakoğlu; “Gabn”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, Cilt 13, TDV Yayınları, Ankara, 1996, s. 268-273.
- Apaydın, Yunus; “İne”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, Cilt 22, TDV Yayınları, İstanbul, 2000, s. 283-285.
- Aristoteles (Terc. Furkan, Akderin); *Nikomakhos’a Etik*, Say Yayınları, İstanbul, 2014.
- Aslan, Mehmet Selim; “İslam Hukukunda ‘Te’assuf Kavramı ve Hükmümlere Etkisi”, *Ekev Akademi Dergisi*, Sayı 67, Cilt 20, 2016, s. 205-235.
- Aslan, Mehmet Selim; *Kavram Atlası – İslam Hukuku II*, Gazi Kitabevi, Ankara, 2020.

- Atasoy, Samed; "Osmanlı Hukukunda Maraz-ı Mevtin Hukuki İşlemlere Etkisi", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 27, Sayı 2, 2019, s. 243-275.
- Avcı, Mustafa; *Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara 2018.
- Bakkal, Ali, Sula, Zehra; "Mecelle'deki Küllî Kaidelerin Genel Kural Tipi Diğer Kavramlarla İlişkisi ve Bunların Delil Oluş Keyfiyeti", *Süleyman Demirel Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, Cilt 2, Sayı 43, 2019, s. 92-110.
- Belgesay, Mustafa Reşid; "Mecelle'nin Külli Kaideleri ve Yeni Hukuk", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 12, Sayı 2-3, 1946, s. 561 – 608,
- Bigiyef, Musa Carullah; *Kavâid-i Fıhkiyye (İslam Hukukunun Genel İlkeleri)*, Ankara Okulu Yayınları, Ankara, 2018.
- Buğda, Alimcan, Kuş, Fatih; "Maslahat Ve Makasidu's-Şeria Kapsamında Trafik Kuralları", *Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Cilt 14, Sayı 2, 2017, s. 243-260.
- Büyükbaş, Nazım; "İslam Ceza Hukukunda Cezalandırma ve Maslahatların Korunması Arasındaki İlişki", *Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Cilt 1, Sayı 34, 2013, s. 144-170.
- Can, Cahit; *Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri ve Genel Gelişim Çizgisi*, Siyasal Kitabevi, Ankara, Aralık 2011.
- Cin, Halil, Akyılmaz Gül; *Türk Hukuk Tarihi*, Sayram Yayınları, 4. Baskı, Konya, 2011.
- Çakmak N. Münci; *İdare Hukukunda Kurumsal Olarak Kamu Yararı*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013.
- Çalış, Halit; "İslam Borçlar Hukukunda Akid Serbestisi ve Genel Olarak Sınırlamaları", *Dini Araştırmalar Dergisi*, Cilt 7, Sayı 19, 2004, s. 269-295.
- Çamur, Ömer; "Kamu Yönetiminde Kamu Yararının Gerçekleştirilmesinde Adaletin Önemi", *Manas Sosyal Araştırmalar Dergisi*, Cilt 9 Sa.1 Y. 2020, s. 605-614.



- Demir Abdullah; *Külli Kaideler Ekolü ve Mecelle*, Katre Yayınları, İzmir Şubat 2008.
- Dönmez İbrahim Kâfi; "Maslahat", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, Cilt 28, TDV Yayınları, Ankara, 2003, s. 79-94.
- Dörtok Abacı, Zeynep; "Bir Sorun Çözme Yöntemi Olarak Sulh: 18. Yüzyıl Bursa Kadı Sicillerinden Örnekler ve Düşündürdükleri", *Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi*, Sayı 20, 2006, s. 105-115
- Ebû İshâk eş-Şâtübî (Terc. Mehmet Erdoğan), *el-Muvâfakât İslam İlimler Metodolojisi*, İz Yayıncılık, 5. Baskı, İstanbul, 2016.
- Ebû Zehra, Muhammed, *İslam Hukuku Metodolojisi-Fıkıh Usûlü* (Terc. Şener, Abdulkadir), Fecr Yayınları, Ankara, 2017.
- Ekinci, Ahmet Buğra; "Mecelle Hakkında Değerlendirmeler", *Adalet Dergisi*, C. 1, Sa. 62-63, Y. 2019, s.335-356.
- Erdoğan, Mustafa; "İnsan Hakları Öğretisine Giriş", *Hacettepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, Cilt 11, Sayı Be- lirtilmemiş, 1993, s. 23-40.
- Ergüney, Hilmi; *İzahli ve Mukayeseli Mecelle Küllî Kaideleri*, Yenilik Basımevi, İstanbul, 1965.
- Fendoğlu Hasan T.; "Outlines of Human Rights in Ottoman Period", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 1, Sayı 2, 1997, s. 258-261.
- Fendoğlu, Hasan T. (Ed. Soyubelli, Fethullah); "Normlar Hiyerarşisi ve Mecelle: Anayasa Hukuku Açısından Bir Değerlendirme", *Uluslararası Mecelle Sempozyumu Tebliğleri – Adalet Akademisi*, Star Matbaacılık, Bursa, 2021.
- Günay, Hacı Mehmet; "Vakıf", *Türk Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, Cilt 42, TDV Yayınları, İstanbul, 2012, s. 479-486.
- Haçkalı, Abdurrahman; "İslam Hukuk Metodolojisinde Gayeci Yaklaşım: Gazalinin İctihat Anlayışında Maslahatın İşlevselliği", *İslami Araştırmalar Dergisi*, Cilt 13, Sayı 3-4, 2000, s. 451-466.

- Hasanova, Samire; "İslam Ceza Hukukunda Maslahat Prensibi Açısından Cezalar ve Cezanın Şahsiliği İlkesinin Değerlendirilmesi", *Yakın Doğu Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, Cilt 3, Sayı 1, 2017, s. 89-111.
- Hirsch, Ernst E.; *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Dersleri*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Araştırma Merkezi Yayınları, Ankara 2001.
- İşık, Salim; "J. J. Rousseau ve Egemenlik Anlayışı Üzerine", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi –İnÜHFD-*, Cilt 8, Sayı 2, 2017, s. 79-98.
- İlhan, Cengiz; *Hukukun Doksan Dokuz İlkesi*, Tarih Vakfı Yayınları, İstanbul, 2003.
- İmam Gazâli (Terc. Apaydın, Yunus); *el-Mustasfâ mim İlmi Usûl Cilt I (İslam Hukukunda Deliller ve Yorum Metodolojisi I)*, Rey Yayıncılık, Kayseri, 1994.
- Karataş, Mehmet; "18-19. Yüzyıllarda Osmanlı Devleti'nde Bazı Müsâdere Uygulamaları", *Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi*, Cilt 19, Sayı 19, 2006, s. 219-237.
- Kılınç, Ahmet (Ed. Soyubelli, Fethullah); "Mecelle'ye Göre Zamanaşımı: Uygulamada Görülen Aksaklıklar ve Çözüm Önerileri", *Uluslararası Mecelle Sempozyumu Tebliğleri – Adalet Akademisi*, Star Matbaacılık, Bursa, 2021.
- Kılınç, Ahmet; "Mukayeseli Hukuk ve Hukuk Tarihi Açısından Yaptırım Türü Olarak Teşhir", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 11, Sayı 1-2, 2007, s. 1007-1032.
- Kılınç, Ahmet; "Osmanlı Devleti'nde Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi Olarak Muslihun: Osmanlı Arabuluculuğu", *II. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri*, Cilt 2, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- Kocagöz, Erdoğan; "Yöneten ve Yönetilen Bağlamında Mecelle'nin 58. maddesinin (Raiyye, Yani Teb'a Üzerine Tasarruf Maslahata Menûttur.) İncelenmesi", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi,

- İzmir Katip Çelebi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı, İzmir, 2019.
- Köse, Saffet; *İslam Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması*, Marmara Üniversitesi İlahiyat Vakfı Yayınları, İstanbul, 2018.
- Kur'an Yolu Meali, <https://kuran.diyamet.gov.tr/tefsir> Erişim Tarihi: 6.7.2020.
- Kuyucaklızâde Mehmet Atıf Bey (Hazırlayanlar Veysel K. Bilgiç, Oğuzhan, Orhan, Süleyman, Tepe, Ali, Karakoyun); *Mecelle-i Ahkam-ı Adliye Külli Kaideler Şerhi*, Hikmetevi Yayınları, İstanbul, 2020.
- Mardin, Ebülulâ; "Medeni Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Paşa", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 13, Sayı 4, 1947, s. 1399-1416.
- Mumcu, Ahmet; *Osmanlı Devleti'nde Siyaseten Katl*, Phoenix Yayınları, 3. Baskı, Ankara, 2007.
- Orhan, Özgüç; "J.J. Rousseau'da Genel İrade Kavramı", *Felsefe ve Sosyal Bilimler Dergisi*, Cilt Belirtilmemiş, Cilt 2, Sayı 14, 2012, s. 1-26.
- Öz, Mehmet; "Reaya", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, Cilt 34, TDV Yayınları, İstanbul, 2007, s. 490-493.
- Özalp, N. Ahmet; *İslam Hukukunun Genel İlkeleri-Kavaid-i Külliye*, Büyüyenay Yayınları, İstanbul, 2017.
- Özen, Şükrü; "İstislâh", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, Cilt 23, TDV Yayınları, İstanbul, 2001, s. 383-388
- Öztürk, Osman; *Mecelle'nin Küllî Kâideleri*, Rağbet Yayınları, İstanbul, 2019.
- Peters, Rudolph (Terc. Abdullah Kahraman); "Ceza Hukukunun İslamileştirilmesi (Karşılaştırmalı Bir Tahlil)", *Marife Dini Araştırmalar Dergisi*, Cilt I, Sayı 1, Yıl 2001, s. 207-224.
- Peters, Rudolph; *Crime and Punishment in Islamic Law (Theory and Practice from the Sixteenth to the Twenty-first Century)*, Cambridge University Press, 2005.
- Rousseau, Jean Jacques (Terc. Ata Korkut); *Toplum Sözleşmesi*, İlgi Kültür Sanat Yayıncılık, İstanbul, 2017.

- Said Halim Paşa (Hazırlayan Düzdağ, M. Ertuğrul); *Buhranlarımız ve Son Eserleri*, İz Yayıncılık, İstanbul 2017.
- Saraç, Osman; "Kamu Yararı Kavramı", *Maliye Dergisi*, Cilt 0, Sayı 139, 2002, s. 16-26.
- Sezen, Nurettin; *Mecelle'nin Külli Kaideleri ve Açıklamaları*, Aktif Hayat Yayınları, Eylül 2016, Ankara.
- Şen, Cemalettin; "İslâm Hukuku Açısından Bilincin Haklara Etkisi" *Abant İzzet Baysal Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, Cilt 3, Sayı 5, Yıl 2015, s. 121-138.
- Şen, Murat; "Osmanlı Hukukunun Yapısı", *Osmanlı*, Yeni Türkiye Yayınları, Ankara, 1999, s. 327-339.
- Şimşek, Murat (Ed. Soyubelli, Fethullah); "Hâdimî'den Mecelle'ye Küllî Kâideler ve Osmanlı'da Soyut Hukuka Geçiş Çabaları", *Uluslararası Mecelle Sempozyumu Tebliğleri - Adalet Akademisi*, Cilt 1, 2021.
- Şimşek, Suat; "Mülkiyet Hakkının Kapsamı, Sınırlandırma Nedenleri ve Şartları Açısından 1982 Anayasası ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi: Karşılaştırmalı Bir Analiz -II", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Cilt Belirtilmemiş, Sayı 92, 2011, s. 312-349.
- Şimşirgil Ahmet, Ekinci, Ekrem Buğra; *Ahmet Cevdet Paşa ve Mecelle*, KTB Yayınları, İstanbul, 2008.
- T.C. Anayasa Mahkemesi Bilgi Bankası, Norm Denetimi Kararları, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr> Erişim Tarihi: 12.09.2020.
- Telkenaroğlu, M. Rahmi; "Makâsîd İctihadına Dayanan Külli Kaideler", *Usûl İslam Araştırmaları Dergisi*, Cilt 10, Sayı 10, 2008, s. 37-76.
- Thompson, Michael J.; "Autonomy and Common Good: Interpreting Rousseau's General Will", *International Journal of Philosophical Studies*, Cilt 25, Sayı 2, 2017, s. 266-285.
- Topuz Murat, Antalya, Osman Gökhan; *Medeni Hukuk (Giriş - Temel Kavramlar - Başlangıç Hükümleri)*, Cilt 1, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

- Tögel, Akif (Ed. Soyubelli, Fethullah); “Osmanlı Anayasal Gelişmeleri Ekseninde Nizamiye Mahkemelerindeki Yargı Sistemi”, *Uluslararası Mecelle Sempozyumu Tebliğleri – Adalet Akademisi*, Star Matbaacılık, Bursa, 2021.
- Tural, Erkan (Ed. Gedikli, Fethi); “Osmanlı İdare Hukuku ve Modern Devlet”, *I. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri*, On İki Levha Yayıncılık, Ankara, 2014.
- Türk Hukuk Lügati, <https://bozbel.files.wordpress.com/2013/01/tc3bcrk-hukuk-lc3bcgatc4b1.pdf> Erişim Tarihi: 24.03.2020.
- Ustaosmanoğlu, M. Şevket; *Mecellenin Özü (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye)*, Kitap Kalbi Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- Wacks, Raymond (Terc. Arıkan, Engin); *Hukuk Felsefesine Kısa Bir Giriş*, Tekin Yayınevi, İstanbul, Ekim 2015.
- Yıldırım, Mustafa; *Mecelle'nin Külli Kâideleri*, İzmir İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, 2. Baskı, İzmir, 2009.
- Yılmaz, Faruk; *Türk Anayasa Tarihi*, İz Yayıncılık, İstanbul 2012.
- Yılmaz, Süleyman, Yıldırım Abdülkerim; *Medeni Hukuk – I*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- Yurtseven, Yılmaz ve Gamze Nur, Şahin; “Klasik Dönem Osmanlı Hukukunda Padişahın Yargı Yetkisi”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, Cilt 1, Sayı 1, 2016, s. 159-206.
- Zafer, Hamide; *Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m.1-75*, Beta Yayınları, 7. Bası, İstanbul, 2019.