



**İSTANBUL AYDIN ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**

**Yıl 3 Sayı 2 - Aralık 2017
Year 3 Issue 2 - December 2017**

İSTANBUL AYDIN ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Sahibi

Dr. Mustafa Aydın

Yayın Periyodu

Yılda iki sayı: Haziran & Aralık

ISSN 2149-5890

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü

Zeynep Akyar

Yayın Dili

Türkçe

Editör

Doç. Dr. Ebru Ceylan

Yıl 3 Sayı 2 - Aralık 2017

Year 3 Issue 2 - December 2017

Yayın Kurulu

Prof. Dr. Ahmet Nizamettin Aktay

Doç. Dr. Ebru Ceylan

Yrd. Doç. Dr. Pakize Ezgi Akbulut

Yrd. Doç. Dr. Buse Aksaray

Yazışma Adresi

Beşyol Mahallesi, İnönü Caddesi, No: 38, Sefaköy, 34295

Küçükçekmece/İstanbul

Tel: 0212 444 1 428 - 23410

Fax: 0212 425 57 97

Web: www.aydin.edu.tr

E-mail: hukukdergi@aydin.edu.tr

Akademik Çalışmalar Koordinasyon Ofisi

İdari Koordinatör

Gamze Aydın

Baskı

Armoninuans Matbaa Yukarıdudullu, Bostancı Yolu Cad.

Keyap Çarşısı B-1 Blk. No:24 Ümraniye/İSTANBUL

Tel: 0216 540 36 11

Fax: 0216 540 42 72

E-mail: info@armoninuans.com

Teknik Editör

Elif HAMAMCI

Türkçe Redaksiyonu

N. Dilşat Kanat

HAKEM KURULU

Prof. Dr. Ali Kemal YILDIZ, *Türk - Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

Prof. Dr. Arif KOCAMAN, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi*

Prof. Dr. Atilla ÖZER, *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

Prof. Dr. Aydın BAŞBUĞ, *Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi*

Prof. Dr. Cemal OĞUZ, *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

Prof. Dr. Cemil KAYA, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

Prof. Dr. Cevdet Salih ŞAHİNİZ

Prof. Dr. Emin MEMİŞ, *İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

Prof. Dr. Emine Tuncay KAPLAN, *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

Prof. Dr. Enver BOZKURT, *Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

Prof. Dr. Eyyup Günay İSPİR, *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

Prof. Dr. Gülsevil ALPAGUT, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

Prof. Dr. Gürsel TEKİN, *Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

Prof. Dr. Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU, *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

Prof. Dr. Havva KARAGÖZ, *MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

Prof. Dr. İsmail Yılmaz ASLAN, *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

İstanbul Aydın Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi, özgün bilimsel araştırmalar ile uygulama çalışmalarına yer veren ve bu niteliği ile hem araştırmacılara hem de uygulamadaki akademisyenlere seslenmeyi amaçlayan hakem sistemini kullanan bir dergidir.

Prof. Dr. Kadir ARICI, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Prof. Dr. Kayhan İÇEL, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Prof. Dr. Kudret GÜVEN, *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Prof. Dr. Levent AKIN, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Prof. Dr. Mehmet AYAN, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Prof. Dr. Mehmet BAHTİYAR, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Prof. Dr. Meltem DİKMEN CANIKLIOĞLU, *Girne Amerikan Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Prof. Dr. Muhammed Fatih UŞAN, *Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Prof. Dr. Ömer EKMEKÇİ, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Prof. Dr. Rıza AYHAN, *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Prof. Dr. Rukiye AKKAYA KİA, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK, *FSM Vakıf Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Prof. Dr. Timuçin MUŞUL, *Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Prof. Dr. Zehra Gönül BALKIR, *Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Prof. Dr. Murat YAVAŞ, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Prof. Dr. İsmail KAYAR, *Altınbaş Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı*
Doç. Dr. Ali Hakan EVİK, *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Doç. Dr. İbrahim SUBAŞI, *Marmara Üniversitesi Bankacılık ve Sigortacılık Yüksek Okulu*
Doç. Dr. Kadir Emre GÖKYAYLA, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Doç. Dr. Nezihe Binnur TULUKÇU, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Doç. Dr. Pınar MEMİŞ KARTAL, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Doç. Dr. Serdar Mustafa ÖZBEK, *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Doç. Dr. Vesile Sonay EVİK, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Doç. Dr. Emrullah KERVANKIRAN, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Yrd. Doç. Dr. Abdurrahman SAVAŞ, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Yrd. Doç. Dr. Aslıhan ÖZTEZEL, *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Yrd. Doç. Dr. Başak BAŞOĞLU, *MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Yrd. Doç. Dr. Ender DEMİR, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Yrd. Doç. Dr. Hilal YENER COŞKUN, *MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Yrd. Doç. Dr. Mustafa Cahit GÜNEL, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Yrd. Doç. Dr. Mehtap İPEK İŞLETEN, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Yrd. Doç. Dr. Nuri ERDEM, *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Yrd. Doç. Dr. Umut YENİOCAK, *İstanbul Kemerburgaz Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Yrd. Doç. Dr. Ekrem Kurt, *MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi / Medeni Hukuk Anabilim Dalı*
Yrd. Doç. Dr. Derya KESKİNCİ, *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi / Medeni Usul Hukuku*
Dr. Süheyla BALKAR BOZKURT, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

İçindekiler

Türk Hukukunda Önanonim Şirket

Pre-Joint Stock Company In Turkish Law

Prof. Dr. Ömer Adil ATASOY, Av. Berkay ERGÜN 1

Eser Sözleşmelerinde Şahsen İfa, Şahsi Yönetim Altında İfa ve Eseri Başkasına Yaptırma

Personal Performance or Performance under personal direction in the contract for work and still

Dr. Evrim KERMAN 17

Yeni HMK'Ya Göre Ön İnceleme

Öğr. Gör. Şeyda ŞANLI YALIN 33

Babalık Davası

Av. Yasin SAGIRI 55

Aciz Halinde Tasarrufun İptali Davası

Av. Kenan FİLİZ 73

EDİTÖRDEN

İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2015 yılında ilk sayısı ile yayım hayatına başlamıştır. Dergimiz yılda iki kez yayımlanan hakemli dergidir. Dergimizde hakem denetiminden geçmiş makalelere ve çevirilere yer verilmektedir.

Bu sayımızda Prof. Dr. Ömer Adil Atasoy ve Av. Berkay Ergün'ün "*Türk Hukukunda Önanonim Şirket*" isimli hakemli makalesini, İstanbul Aydın Üniversitesi Adalet Meslek Yüksek Okulu Öğretim Görevlisi Dr. Evrim Kerman'ın "*Eser Sözleşmelerinde Şahsen İfa ,Şahsi Yönetim Altında İfa Ve Eseri Başkasına Yaptırma*" isimli hakemli makalesi, İstanbul Gelişim Üniversitesi Öğretim Görevlisi Şeyda Şanlı Yalın'ın "*Yeni HMK. 'na Göre Ön İnceleme*" isimli hakemli makalesi, İstanbul Aydın Üniversitesi Özel Hukuk yüksek lisans mezunu Av. Yasin Sagiri'nin "*Babalık Dravası*" isimli hakemli makalesi, İstanbul Aydın Üniversitesi Özel Hukuk yüksek lisans mezunu Av.Kenan Filiz'in "*Aciz Halinde Tasarrufun İptali Davası*" isimli hakemli makalesi yer almaktadır. Bu sayımızda katkılarını sunan yazarlarımıza çok teşekkür ederim. Bu sayımızda beş hakemli makale bulunmaktadır.

Gelecek günlerde hukuk dünyasından dergimize daha çok yayın gelmesini umuyoruz ve geleceğine inanıyoruz. Zamanla dergimizin ismini hukuk dünyasında duyuruyoruz ve tanıtıyoruz. İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesinin Dergisinin 5. Sayısında katkıda bulunan öğretim üyelerine, öğretim görevlilerine ve hukukçulara teşekkürlerimi ve saygılarımı sunarım.

Doç. Dr. Ebru Ceylan

Türk Hukukunda Önanonim Şirket

*Prof. Dr. Ömer Adil ATASOY**

*Av. Berkay ERGÜN ***

Özet

Anonim şirkette kurucular, bir anonim şirket kurmak arzusunda olan ve şirket esas sözleşmesini imzalayan kişilerdir. Kurucuların, esas sözleşmedeki imzalarının ilgili Noter veya ilgili Ticaret Sicil Müdürlüğü tarafından onaylanması anından itibaren “önanonim şirket sözleşmesi” meydana gelmiş ve buna bağlı olarak bir “önanonim şirket” ortaya çıkmış olur. Önanonim şirket, şirketin ticaret siciline tescil anına kadar devam eder. Şirketin bu safhada henüz kazanılmış bir tüzel kişiliği ve tacir vasfı yoktur.

Bu çalışmamızda, anonim şirketler konusunda kısa bilgi verilecek; sonra da Türk hukukunda 6102 Sayılı Kanunla anonim şirketler hukukuna girmiş olan “önanonim şirketin” hukuki niteliği, organları, önanonim şirkette sorumluluk, önanonim şirketin gerekliliği ve sona ermesi hakkında bilgi verilerek, yapılması gereken düzenlemeler konusundaki düşüncelerimiz açıklanacaktır.

***Anahtar Kelimeler:** Anonim Şirket, Önanonim Şirket, Kuruluş, Tescil, Kurucular, Sorumluluk*

Pre-Joint Stock Company In Turkish Law

Abstract

The founders of a joint stock company are the persons who intend to establish a joint-stock company and sign the main contract. Since the founders' signatures have been affirmed by relevant public notary, the main contract of pre-joint stock company exists and therefore a “pre-joint stock company” has emerged. Pre-joint stock company remains valid until the company is registered to the Trade Registry. However on this stage the company has not legal personality and merchant status yet.

* İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Öğretim Üyesi

**İstanbul Aydın Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Yüksek Lisans Öğrencisi

Within this study, we will give a brief information on joint stock companies. Afterwards, by introducing the legal feature, organs of a pre-joint stock company which was effective in Turkish joint stock company law by Code No. 6102, and liability of pre-joint stock company and its necessity and termination, we will submit our suggestions on regulations which we consider necessary.

Keywords: *Joint Stock Company, Pre-Joint Stock Company, Establishment, Registration, Founders, Liability*

Giriş

Yeni Türk Ticaret Kanunu (TTK)¹, anonim şirketlerin kuruluşunu “kurulma” ve “tüzel kişilik kazanma” olarak ikili bir ayrıma tâbi tutmaktadır. Anonim şirketin tüzel kişiliğini kazanmaya giden yolda bir de ön kuruluş safhası bulunmaktadır. Bu safha sözleşmenin hazırlanması ve onaylanması ile başlayan süreç olarak değerlendirilebilir.² Bu süreçte ortaklar bir anonim şirketin kurulmasına yönelik bir ön sözleşme ile yükümlülük altına girebilir ve bu ön sözleşme, Türk-İsviçre hukuku bakımından, kurulacak şirketin sözleşmesinin yasal şekline ilişkin geçerlilik şartına tâbidir³.

“Kurucu işlem” başlığını taşıyan TTK m.335 hükmüne göre: Anonim “Şirket, kurucuların, kanuna uygun olarak düzenlenmiş bulunan, sermayenin tamamını ödemeyi, şartsız taahhüt ettikleri, imzaların noterce onaylandığı esas sözleşmede, anonim şirket kurma iradelerini açıklamalarıyla kurulur.” dendikten sonra ikinci fıkrasında “355’inci maddenin birinci fıkrası hükmü saklıdır.” ifadesiyle ön-anonim şirket yapısına işaret edilmiştir.⁴ Zira TTK m.355’e göre; şirket tüzel kişiliğini ticaret siciline tescil ile kazanır. Dolayısıyla kurulma ile tüzel kişilik kazanma safhaları arasında geçen sürede bir “Önanonim Şirket” yapısı söz konusu olur.

TTK m.335’de ifade edilen “kurucular” bir anonim şirket kurma arzusunda olan ve esas sözleşmeyi imzalayan kişilerdir. Kurucular, hazırladıkları şirket esas sözleşmesini imzaladıkları ve imzaların Noter tarafından veya ilgili Ticaret Sicil Müdürlüğü tarafından onaylandığı anda “Önanonim

¹6335 Sayılı Kanunla değişik 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu, Kabul Tarihi: 13.01.2011, Yürürlük Tarihi: 01 Temmuz 2012; RG. Tarih: 14.02.2011, Sayı:27486

²PULAŞLI, Hasan; Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Ankara 2016, s. 249-250

³PULAŞLI (2), Hasan; Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt 1, Ankara 2014, s.9

⁴Bkz. TTK m.335 gerekçesi

Şirket Sözleşmesi” geçerlik kazanmakta ve “Önanonim Şirket” oluşmuş olmaktadır.

Bu şirketin ticaret siciline tescil edilmesine kadar olan süreçte yapılması gereken birtakım işler vardır. Bunlar; kurulması izne tâbi anonim şirketler⁵ açısından, Gümrük ve Ticaret Bakanlığı’ndan gerekli izin alınması, kurucular tarafından taahhüt edilen nakit sermayenin en az yüzde yirmi beşinin tescilden önce ödenmesi, kuruluş giderlerinin karşılanması gibi işlerdir. İşte bu süreçte, şirketin henüz bir tüzel kişiliği ve buna bağlı olarak “Tacir” vasfı bulunmamakla beraber kendine özgü yapısı ile bir “önononim şirket”in varlığı söz konusu olmaktadır.

Bu çalışmamızda, anonim şirketler hakkında kısa genel bilgiler verilecek, sonra da önononim şirketin niteliği, önononim şirkette organların oluşumu ve sorumluluğa ilişkin esaslar, önononim şirketin süresi ve sona ermesi ile önononim şirketin gerekliliği gibi konulara temas edilecektir.

I. GENEL BİLGİLER

1. Anonim Şirketin Tanımı ve Unsurları

TTK m.329 hükmüne göre anonim şirket; sermayesi belirli ve paylara bölünmüş, borçlarından dolayı yalnız malvarlığıyla sorumlu olan, pay sahiplerinin ise sadece taahhüt etmiş oldukları sermaye payları ile şirkete karşı sorumlu oldukları şirkettir.

Kanunda yer alan bu tanım doktrinde yeterli görülmemiş ve daha farklı tanımlamalar yapılarak, anonim şirketin esas sermaye payları kıymetli evrak niteliğinde pay senetlerine bağlanan veya Merkezi Kayıt Kuruluşu’na kayıt yoluyla tedavül edebilen tüzel kişiliği haiz bir sermaye şirketi olma özelliği belirtilmiştir.⁶

Genel bilgi mahiyetinde, anonim şirketin unsurlarını da çok kısaca aşağıdaki gibi ifade edebiliriz:

- **Şahıs unsuru:** Eski TTK’dan farklı olarak yeni kanundaki düzenlemeye göre anonim şirketin kurulabilmesi için tek bir pay sahibinin varlığı yeterlidir. Bu tek pay sahibi gerçek veya tüzel kişi olabilir.

⁵Anonim ve Limited Şirketlerin Sermayelerinin Yeni Asgari Tutarlara Yükseltmelerine ve Kuruluşu ve Esas Sözleşme Değişikliği İzne Tâbi Anonim Şirketlerin Belirlenmesine İlişkin Tebliğ, m.5

⁶KARAHAN, Sami (editör) ve diğerleri; Şirketler Hukuku, Konya 2012, s. 323

- **Sermaye Unsuru:** Anonim şirketin tanımından da anlaşıldığı gibi, anonim şirketin sermayesi belirli olmalı ve bu sermaye paylara bölünmüş olmalıdır. Anonim şirketlerin esas sermayesi 50.000 TL'den ve kayıtlı sermaye sistemini benimseyen halka kapalı anonim şirketlerde ise başlangıç sermayesi 100.000 TL'den az olamaz (TTK m.332).

Amaç ve Konu Unsuru: Anonim şirketler, kanunen yasaklanmamış her türlü ekonomik amaç ve konu için kurulabilir (TTK m.331). Dolayısıyla ekonomik amaç gütmeyen, hayır amaçlı anonim şirket kurulması mümkün değildir.⁷

- **Ticaret Unvanı Unsuru:** Anonim şirketler hukuki işlemlerini ticaret unvanları ile gerçekleştirmek zorundadır (TTK m.39). Anonim şirketlerin ticaret unvanlarında işletme konusunun gösterilmesi ve şirketin türüne ilişkin ifadenin (A.Ş) yer alması zorunludur.

- **Kişilik Unsuru:** Anonim şirketlerde tüzel kişilik zorunlu bir unsurdur. Tüzel kişilik, şirketin ticaret siciline tescili (ilanı da zorunludur) ile kazanılır.

- **Sınırlı Sorumluluk Unsuru:** Anonim şirketlerde pay sahipleri, şirkete sermaye olarak koymayı taahhüt ettikleri miktar oranında ve sadece şirkete karşı sorumludurlar. Şirket alacaklılarına karşı, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması istisnası dışında kural olarak herhangi bir sorumlulukları yoktur. Taahhüt ettikleri sermayeyi ödeme borcunu ifa ettikleri anda sorumlulukları biter. Bunun dışında, sadece ödenmemiş sermaye miktarı oranında şahsi malvarlıkları ile şirket tüzel kişiliğine karşı sorumludurlar. Bu itibarla anonim şirketlerde pay sahiplerinin sorumluluğu sınırlı ve şahsidir.⁸

2. Anonim Şirket Türleri

Gerek TTK, gerek SerPK ve gerekse özel kanunlarla düzenlenmiş çeşitli anonim şirket yapılanmaları mevcuttur. Anonim şirketleri farklı nitelendirmelere göre gruplandırmak mümkündür. Başlıca kategorizasyon ise şu şekildedir:

⁷KARAHAN, s. 336

⁸ZMİRLİ, Yadigar; Şirketler Hukukunda Sorumluluk İlişkileri ve Anonim Şirketlerde Sınırlı Sorumluluk, Mevzuat Dergisi, Yıl:3 Sayı:33, Eylül 2000, www.mevzuatdergisi.com, son erişim: 12.5.2016

Ortak Sayısına Göre;

- Tek kişilik anonim şirket
- Aile tipi anonim şirket
- Çok ortaklı anonim şirketler

Ölçeklerine Göre;⁹

- Küçük ve orta ölçekli anonim şirketler
- Büyük ölçekli anonim şirketler

Halka Açık Olma Durumlarına Göre;

- Halka kapalı anonim şirketler
- Hisse senetlerini halka arz ederek halka açılan anonim şirketler
- Hisse senetleri borsada işlem gören halka açık anonim şirketler
- Pay sahibi sayısı 500'ü aştığı için halka açık sayılan anonim şirketler (SPK. m.16/f.1)

Sermaye Sistemlerine Göre;

- Esas sermayeli anonim şirketler
- Kayıtlı sermaye sistemini benimsemiş anonim şirketler
- Değişken sermayeli şirketler¹⁰

Tâbi Oldukları Kanunlara Göre;

- TTK'a tâbi anonim şirketler
- Özel kanunlara tâbi anonim şirketler. Bu tür Anonim Şirketlere öncelikli olarak özel kanun hükümleri, burada hüküm bulunmaması durumunda TTK hükümleri uygulanacaktır.¹¹

Bunların dışında bir de kamu tüzel kişilerinin yönetim kurullarında temsil edildiği anonim şirketler (TTK m.334) ile doğrudan kamu tüzel kişilerin kurulan anonim şirketler grubu vardır. Bunlar kamu iktisadi teşebbüsleri, kamu iktisadi kuruluşları ve iktisadi devlet teşekkülleridir.¹²

⁹Avrupa Birliği ülkelerinde ve ülkemizde geçerli olan KOBİ tanımına göre; şirketlerin ölçekleri, istihdam edilen işçi sayısı ve şirket yıllık ciro veya mali bilançolarına göre değerlendirilir (04.11.2012 tarihli RG'de yayımlanan KOBİ Yönetmeliği).

¹⁰Sadece yatırım ortaklıklarına özgüdür (SerPK. m.50).

¹¹KARAHAN, s. 341

¹²T.C Ziraat Bankası A.Ş., Türkiye Petrolleri A.O vb.

3. Anonim Şirketin Kuruluşu ve Tüzel Kişilik Kazanması

TTK'da anonim şirketlerin kuruluşu ayrıntılı bir şekilde m.335 vd. hükümlerinde düzenlenmiş, ayrıca TSY m.69-70 hükümlerinde de kuruluşun tescil edilmesine ilişkin başvuru ile başvuru için gerekli olan belgeler hakkındaki düzenlemeler öngörülmüştür.¹³

Anonim şirketler doğrudan kuruluşla yönelik işlemlerle kurulabileceği gibi, birleşme, bölünme, tür değiştirme gibi operasyonlar neticesinde de kurulabilir. Kuruluş basit veya nitelikli olarak gerçekleşebilir. Fakat her ikisi de ani kuruluştur. Nitekim yeni yasa tedrici kuruluşu yani, doğrudan halka açılarak kurulma sistemini kaldırmıştır.^{14, 15}

TTK. Hükümlerine göre bir anonim şirketin tüzel kişilik kazanabilmesi için yapılması gereken kuruluş işlemleri şu şekilde sıralanabilir.¹⁶

- Esas sözleşmenin hazırlanması, kurucularca imzalanması ve kurucu imzalarının Noterce veya ilgili Ticaret Sicil Müdürlüğü tarafından onaylanması
- Önanonim Şirketin oluşumu
- Kuruluşu izne tabi şirketler bakımından Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'ndan kuruluş izninin alınması
- Ticaret siciline tescil, tüzel kişiliğin kazanılması ve ilan

Anonim şirketlerin tüzel kişilik kazanması hususunda TTK, “Anonim şirket, ticaret siciline tescil ile tüzel kişilik kazanır.” ilkesini aynen muhafaza etmektedir (TTK m.355/f.1). Bu itibarla, şirket, kuruluş iznine tâbi şirketler için Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'ndan kuruluş izninin alındığı tarihi, diğer şirketlerde ise kuruluş esas sözleşmesinin noter veya ilgili Ticaret Sicil Müdürlüğü tarafından onaylandığı tarihi izleyen otuz gün içerisinde, şirket merkezinin bulunduğu yerdeki ticaret siciline tescil ettirilecek ve Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi'nde ilan olunacaktır (TTK m.354/f.1)¹⁷.

¹³TEKİNALP, Ünal; Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, İstanbul 2015, s. 167

¹⁴TARHANLI, Ceren; Türk ve Alman Hukukunda Ön-Anonim Şirket, xii. Levha Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 6-7

¹⁵TEKİNALP, s. 168

¹⁶TEKİNALP, s. 170-171

¹⁷ALTAŞ, Soner, Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirketler, Ankara, 2012, s. 76

I. TÜRK HUKUKUNDA ÖNANONİM ŞİRKET

1. Önanonim Şirketin Hukuki Niteliği

Anonim şirket kuruluş safhası, esas sözleşmenin hazırlanmasından şirketin ticaret siciline tescil edilmesi ve tüzel kişiliğin kazanılmasına kadar geçen süreci kapsar.

Bir anonim ortaklık kurmak için bir araya gelen ve aralarında gerekli mutabakatı sağlayan kurucular bir adım daha ileriye giderek, kurmak istedikleri şirketin esas sözleşmesini yasanın aradığı şekilde ve içerikte hazırlayıp imzalarlarsa, artık bu safhadan itibaren anonim şirket kurulmuş olur. Anonim şirket esas sözleşmesinin kurucu ortaklarca imzalanması ve imzaların noter veya ilgili Ticaret Sicil Müdürlüğü tarafından onaylanması ile artık bir “önanonim şirket” söz konusu olur¹⁸.

TTK m.125 hükmü ticaret şirketlerinin tüzel kişiliği haiz olduğunu belirtmektedir. Ön anonim şirket, tescilden önceki safhada mevcudiyet kazandığına ve şirketin ticaret siciline tescil edilip tüzel kişilik kazandığı anda kendiliğinden ön anonim şirket tasfiyesiz olarak sonlandığına göre, önanonim şirketin tüzel kişiliği yoktur.

Önanonim şirketin, esas sözleşmede özel olarak belirtilen veya işin mahiyeti gereği yapılması gereken işlerle sınırlı da olsa belli hukuki işlemleri, şirket sözleşmesi çerçevesinde organları vasıtasıyla yapma yetkisi olan, tüzel kişiliği ve tacir vasfı olmayan, “anonim şirket benzeri” bir yapı olduğunu söyleyebiliriz.

Öte yandan TBK m.620/f.2 hükmüne göre: “*Bir ortaklık, kanunla düzenlenmiş ortaklıkların ayırt edici niteliklerini taşıyamıyorsa, bu bölüm hükümlerine tâbi adi ortaklık sayılır.*” denilmektedir. Ticaret kanunu, önanonim şirketin hukuki niteliğini açık olarak belirlememekte; yalnız, TTK. 335. maddenin gerekçesinde: önanonim şirketin dernek veya adi şirket olmadığı, bir elbirliği mülkiyetini teşkil ettiği belirtilmekte ve “*Türk hukukunda önanonim şirketin niteliği ile hukuki durumu öğretide ve mahkeme kararlarında açığa çıkacaktır.*” şeklindeki ifadeyle konu doktrine ve içtihatlarla bırakılmış bulunmaktadır.

¹⁸PULAŞLI (2), s.679; Mehmet Bahtiyar, Ortaklıklar Hukuku, Beta Yayını, Genişletilmiş 11. baskı, İstanbul, 2016, s. 334; BİLGİLİ, Fatih/DEMİRKAPI, Ertan; Şirketler Hukuku Dersleri, Dora Yayınları, Bursa, Şubat 2013, s. 172

Bu sebeple doktrinde farklı görüşler ortaya çıkmış bulunmaktadır. Bir görüş, bu şirket benzeri oluşumun, ticaret kanununda sınırlı sayıda sayılan şirket tiplerinin ayırt edici özelliklerini taşımadığı gerekçesiyle TBK m.620/f.2 uyarınca adi ortaklık olduğunu savunmuştur.¹⁹

Diğer bir görüş ise; mal varlığı ile sorumlu bir sermaye şirketi esas sözleşme ile kurulmuş olup, ön şirket kavramının benimsendiği anonim ve limited şirketlerde TBK. m. 620/2 hükmünün uygulama alanı bulmayacağını ifade etmektedir.²⁰

PULAŞLI'ya göre; “tescil aşamasına kadar geçen süredeki şirket bir adi şirket değildir çünkü kurucular, akdettikleri anonim veya limited şirket sözleşmesiyle bir adi şirketi değil, bir ticaret şirketini kurmayı amaçlamaktadırlar.”²¹

TTK m.335 gerekçesi de dikkate alındığında, ön-anonim şirketin, kuruluşunu tamamlamış bir anonim şirket gibi tüzel kişiliği olmamakla beraber, ne bir adi şirket ne de bir kişi şirketi sayılamayacağı, fakat bu oluşumun kendine özgü bir elbirliği mülkiyeti olduğu ifade edilmektedir. Dolayısıyla ön-anonim şirket öncelikle, anonim şirket hükümlerine göre oluşturulmuş esas sözleşme hükümlerine tâbi tutulacak bir geçiş şirkettir. Bu yönüyle var olduğu andan itibaren mümkün olduğu kadar, ileride dönüşeceği şirket türünün özelliklerini taşımalıdır.²²

2. Önanonim Şirketin Organları

TTK m.335’de ön-anonim şirket kavramına yapılan vurgunun kaynağının Alman Hukuku olduğu söylenebilir.²³ Dolayısıyla madde gerekçesinde ifade edilen; ön-anonim şirket kavramının tescilden önceki dönemde “organların oluşumu ve yetkilerinin kullanılmasını belirleme yönünden önemi” konusunda Alman hukukundaki görüş ve uygulamalar dikkate alınmalıdır.

¹⁹TEKİNALP, s. 176

²⁰PULAŞLI, s. 251

²¹PULAŞLI (3), Hasan; Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Tek Ortaklı Sermaye Şirketleri ve Buna İlişkin Bazı Özel Durumlar, Regesta Dergisi, Sayı:1, Kasım 2011, s.13-37 makale, s.14, www.ito.org.tr

²²TARHANLI, s. 61

²³PULAŞLI, s. 249

Alman hukukunda ön-anonim şirket tıpkı, tüzel kişiliği haiz anonim şirket gibi, yönetim kurulu ve genel kurula sahiptir. Ön-anonim şirket kurucu ortakları, genel kurul olarak kararlar da alabilirler.²⁴

Alman hukukunda benimsenen görüş, Türk hukuku bakımından da kabul edilebilir. Ön-anonim şirketin, kurulmakta olan anonim şirketin esas sözleşme ile belirlenmiş organlarına; yani, yönetim kuruluna ve genel kurula sözleşme gereği sahip olduğu söylenebilir²⁵. Kurulmakta olan anonim şirketin sözleşmede belirlenmiş yönetim ve temsil yetkisini haiz organı olarak belirlenen kişiler veya yönetim kurulu, şirket adına üçüncü kişilerle bu safhada da işlem yapabilir²⁶.

3. Önanonim Şirkette Sorumluluk

Önanonim şirket yapısının devam ettiği süre içindeki sorumluluk konusunda TTK m.355'in ikinci ve üçüncü fıkraları düzenleme getirmektedir. Buna göre: *“Tescilden önce şirket adına işlem yapanlar ve taahhütlere girişenler; bu işlem ve taahhütlerden şahsen ve müteselsilen sorumludurlar. Ancak, işlem ve taahhütlerin, ileride kurulacak şirket adına yapıldığı açıkça bildirilmiş ve şirketin ticaret siciline tescilinden sonra üç aylık süre içinde bu taahhütler şirket tarafından kabul olunmuşsa, yalnız şirket sorumlu olur. Şirketçe kabul olunmadığı takdirde kuruluş giderleri kurucular tarafından karşılanır. Bunların pay sahiplerine rücu hakkı yoktur.”*

Bu madde hükümlerinde dikkat çeken nokta; tescilden önce yapılan ve **“ileride kurulacak şirket adına yapıldığı açıkça bildirilmiş”** işlem ve taahhütleri kabul veya ret edecek merci, kanun metninde ifade edildiği şekilde **“şirket”** tir. Bundan maksadın, tescil edilerek tüzel kişilik kazanmış şirketin, yapılan işin, taahhüdün ve harcamanın mahiyetine göre, yetkili şirket organları olduğu kabul edilmelidir. Kabul veya ret işlemi genel kurul yetkisine tabi işlerde genel kurul, sair işlerde ise, genel kurul onayına gerek olmaksızın, tüzel kişilik kazanmış şirketin yönetim kurulunca gerçekleştirilecektir. Dolayısıyla, ön-anonim şirket yönetim kurulunun veya sorumluluk aynı zamanda yöneticilere ait olmak üzere yetkili veya

²⁴TARHANLI, s. 33

²⁵Eski kanunda yer alan ve şirketin organı olarak sayılan “iç denetim” faaliyetini gerçekleştiren murakıplar, yeni kanunun 01.07.2012 tarihinde yürürlüğü girmesi ile birlikte yerini “dış denetime” bırakmışlardır ve denetçilerin şirketin organı sayılmasından dönülmüştür. Dolayısıyla mevcut ticaret hukuku sistemimizde anonim şirketlerin iki organı vardır: genel kurul ve yönetim kurulu.

²⁶Aksi görüş; TEKİNALP, s. 177 (Yazara göre yönetim kurulu üyeleri, şirket tüzel kişilik kazanıncaya kadar göreve başlayamaz.)

yetkisiz temsilcileri vasıtasıyla yapılan işlem ve taahhütleri, genel kurulun yetkisine giren bir husus olmadıkça, tescilden sonraki anonim şirketin yönetim kurulu kabul veya ret edecektir.

TTK'nin .m.355. maddedeki **“Tescilden önce şirket adına işlem yapanlar ve taahhütlere girenler”** ibaresi dikkate alındığında, durum daha da açıklık kazanmakta ve önem arz etmektedir. Örneğin yönetim kurulu, şirketi temsil yetkisini üçüncü kişilere devretmişse bu kişilerin de şahsen ve organ niteliğindeki yöneticilerle birlikte **“müteselsilen”** sorumlu olacakları kabul edilmek gerekecektir.

Anonim şirketin kurulmaması veya kurulamaması ihtimali göz önüne alındığında ise; ön-anonim şirket safhasında ve tescilden önce işlem yapanların kişisel olarak ve müteselsilen sınırsız sorumlulukları meydana gelecektir. Çünkü anonim şirketin kurulamamış olmasından dolayı, işlem ve taahhütlerin şirket tarafından devralınması olanağı ortadan kalkacaktır²⁷.

Anonim şirketlerde, kuruluş safhasında ve ön anonim şirket yapısı ortaya çıkmadan önce ve sonra, kurucular tarafından gerçekleştirilen işlemlerden doğan sorumluluk bakımından, sorumluluğun başlangıç anı dikkate alınarak ikili bir ayrıma gitmek mümkündür. Buna göre, şirket sözleşmesinin imzalanmasından önceki dönemde sorumluluğun temelini **“culpa in contrahendo”**²⁸ ilkesine dayandırmak gerekirken; ön-anonim şirket aşamasında sorumluluğun temeli, dış ilişkiler açısından kişisel ve sınırsız sorumluluk, iç ilişkiler açısından, ön-anonim şirketin dayandığı esas sözleşme hükümlerine tâbidir demek mümkündür²⁹.

Ön-anonim şirkette sorumluluğa ilişkin durumu sadece, kuruluş öncesi ve kuruluşla ilişkin düzenlenen hükümler çerçevesinde değerlendirmeyip, anonim şirketlerde sorumluluğa ilişkin hükümlerin düzenlendiği Kanunun 4. kısım, 11. ve 12. bölümleri kapsamında bir bütün olarak değerlendirmek gerektiğini hatırlamak yerinde olacaktır.³⁰

²⁷PULAŞLI (2), s.680

²⁸Sözleşme ilişkisi kurmak amacıyla hareket eden tarafların karşılıklı olarak yarattıkları güven ilişkisine, dürüstlük kuralına ve özen yükümlülüğüne aykırı davranmalarından doğan sorumluluk şeklinde tanımlanabilir. Hukuk postası, <http://www.erdem.av.tr/yayinlar/hukuk-postasi/culpa-in-contrahendo-sorumluluğu/>

²⁹PULAŞLI (2), s. 682

³⁰TARHANLI, s. 65

4. Tek Kişilik Önanonim Şirket

Tek kurucunun veya tek pay sahibinin bulunduğu bir ön-anonim şirket söz konusu olabilir mi? Bu sorunun cevabı TTK m.335'in gerekçesinde “*tek kişi anonim şirketinde ön-şirket, tek kurucunun özel malvarlığı niteliği taşır.*” şeklinde ifade edilmiştir. Öte yandan yine madde gerekçesinde “*ön-anonim şirket, bir adi şirket ve dernek olmayıp; bir elbirliği mülkiyeti (şirketi) oluşturur.*” denmektedir. Bu sebeple; elbirliği mülkiyetine ancak birden fazla kişinin sahip olabileceği; dolayısıyla tek kişinin pay sahibi olduğu şirkette önanonim şirket, tek kurucunun özel malvarlığı niteliği taşıyacağı için, tek kişilik ön-anonim şirket oluşumunun mümkün olmayacağı görüşü, gerek Türk hukukunda, gerekse Alman hukukunda yazarlar arasında baskın görüştür.³¹

Şu hususu belirtmek gerekir ki tek kişilik şirketi hukuken var eden sebep ve gerekçeler “tek kişilik önanonim şirket” için de geçerlidir. Öyle ki iki veya daha çok kurucu ortaklı sermaye şirketlerinde “ön şirket” olgusunu Kanun Koyucu kabul etmiş ve bu yapının geçerli olduğu süre için bazı haklardan sınırlı da olsa yararlanma ve kurulmakta olan şirket hesabına taahhüt altına girme imkânı getirilmiş bulunmaktadır. Bu özel hukuki yapıdan, bu yapının getirdiği imkân ve kolaylıklardan, tek kişi kurucunun veya pay sahibinin, kanuni sorumlulukları baki kalmak kaydıyla, tek kişilik anonim ve limited ortaklıkları da yararlandırmak gerekir. Kaldı ki tek kişi ortağın gerçek kişi değil de bir tüzel kişi olması halinde bu durum daha da önem kazanacaktır.

5. Önanonim Şirketin Sona Ermesi

Kanunda ön-anonim şirket konusunda ayrıntılı bir düzenleme bulunmadığını, sadece TTK m.335 gerekçesinde ön-anonim şirket kavramının varlığına işaret edildiğini bahsetmiştik. Dolayısıyla kanunda ön-anonim şirketin süresi hakkında da bir düzenleme yoktur. Fakat şunu biliyoruz ki; anonim şirket kurucuların imzalarının noterce veya ilgili Ticaret Sicil Müdürlüğü'nce onaylı esas sözleşmeleri ile bir anonim şirket kurma iradelerini açıklamalarıyla kurulur ve tüzel kişiliği de ticaret siciline tescil ile kazanır. Ve dolayısıyla kurulma ile tüzel kişilik kazanma safhaları arasında geçen sürede bir ön-anonim şirket yapısı söz konusu olur. Peki, bu süre en çok ne kadardır?

³¹TEKİNALP, s. 177, PULAŞLI, s. 256

Bu konuda düzenleyici bir hüküm “Şirketin tescil ve ilanı” başlığını taşıyan TTK. m. 354/1 de yer almaktadır: “*Şirket esas sözleşmesinin tamamı, Gümrük ve Ticaret Bakanlığı’nın izniyle kurulacak olan anonim şirketlerde izin alınmasını, diğer şirketlerde 335’inci maddenin birinci fıkrası uyarınca şirketin kuruluşunu izleyen otuz gün içinde şirketin merkezinin bulunduğu yer ticaret siciline tescil ve Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde ilan olunur.*” Görülüyor ki; tescil için oldukça kısa olan “otuz günlük” bir süre söz konusudur.

Bu düzenleme karşısında, yazarlar arasında, kuruluş safhasında bir ön anonim şirketin varlığı, gerekliliği ve hukuki rolü konusunda tereddütler ortaya çıktığını söyleyebiliriz³².

Önanonim şirket oluşumunun önemine inanan ve Kanun Koyucunun abes iş ve düzenleme yapmayacağı, her düzenlemenin bir gereklilikten ve tarihi tecrübeden kaynaklanmış olduğu düşüncesinden yola çıkan yazarlar ise söz konusu tescil süresini geniş yorumlamak yoluna gitmektedirler.

Bir kısım yazarlarımız şirket kuruluşlarında zamanın önemli olduğunu, özellikle sermaye şirketlerinin kuruluş ve yatırıma geçme dönemlerindeki zaman kaybını en aza indirmek bakımından sürelerin kısa tutulması gerekliliği üzerinde durmaktadırlar.

Her iki görüş ve bakış açısının da önemli ve biri birine feda edilmeyecek yönleri olduğunu söyleyebiliriz.

PULAŞLI’ya göre; “kanunun anonim şirketin ticaret siciline tescil edilmesini düzenlediği TTK m.354/f.1 ile m.345/f.2 birlikte değerlendirildiğinde, m.354/f.1’deki otuz günlük süreye uyulmamasının bir yaptırımı olmadığından ve kuruluşu Bakanlık iznine tâbi şirketler açısından bu süre kısa olduğundan, m.345/f.2’deki üç aylık süre baz alınmalıdır. Buna göre kurulacak anonim şirketin esas sözleşmesi noter veya ilgili Ticaret Sicil Müdürlüğü onayından itibaren üç ay içinde ticaret siciline tescil ettirilmediği takdirde, anonim şirket tüzel kişilik kazanamayacak ve ön-anonim şirket de bu durumda sona ermiş olacaktır³³.” Ön-anonim şirketin en uzun ömrü bu görüşe göre üç aydır.

³²BAHTIYAR, s. 134

³³PULAŞLI, s. 256

Diğer bir görüşe göre ise; ön-anonim şirket, şirketin ticaret siciline tescil edilip tüzel kişilik kazandığı anda tasfiyesiz olarak sona erecektir. Bu süre de kuruluşu izne tâbi olmayan anonim şirketler için 1-2 günlük çok kısa süreler olabileceken, kuruluşu izne tâbi anonim şirketler için az önceki açıklama doğrultusunda en fazla üç ay olabilir. Öte yandan; anonim şirketin tüzel kişilik kazanmasıyla ön-anonim şirketin tasfiyesiz olarak sona ermesi, bu iki şirket arasında bir özdeşlik olduğunun delilidir. Çünkü normal şartlarda Türk hukukunda kural olarak her şirket tasfiye ile sona erer³⁴.

6. Önanonim Şirketin Gerekliliği

Ön-anonim şirket kavramının hukuk sistemimize Alman hukukundan geldiğini belirtmiştik. Alman hukukunda kuruluş safhaları ayrıntılı olarak düzenlenmiştir ve kuruluş işlemleri 3 ay, 6 ay ve istisnai olarak da 1 yıl kadar sürebilmektedir³⁵.

Şirketin tescili ile tüzel kişilik kazanılması aşamasına kadar geçen bu süre zarfında birtakım işlemlerin yapılması ve kuruluş için gerekli masraflara girilmesi; Örneğin, işletme teçhizatının alınması veya leasing sözleşmesi akdedilmesi, personel istihdamı gibi iş ve işlemlerin yapılması gerekebilir. İşte bu işlerin önanonim şirket çatısı altında yapılmasında fayda vardır. Zira tüzel kişilik kazanılmadan evvel geçen bu süreçte pay sahipleri arasında bir ihtilaf ortaya çıkacak olursa, esas sözleşme hükümlerinin uygulanmasını sağlamak yalnızca önanonim şirket yapısını kabul etmekle mümkündür.

Türk hukukunda ise, Alman hukukundaki gibi şirketin tüzel kişilik kazanma süreci bu kadar uzun sürmemektedir. 6335 Sayılı kanunla, 6102 Sayılı Kanunda anonim şirketlerin kuruluşunda “işlem denetçisinin” uygunluk raporunun aranması zorunluluğu kaldırılmış bulunmaktadır.

Özellikle, rekabetin hat safhada olduğu ve faaliyet dışında kalınan her anın kıymet taşıdığı günümüzde, şirketlerin daha çabuk ve kısa süreler içinde de ticari hayata atılmak istemeleri pek tabii görünmektedir. Bunun içinse en uygun yol anonim şirket ile özdeş ve/veya hak ve borçların rahatça anonim şirkete devredilebilme ihtimali olan bir kurumun varlığıdır³⁶. Çünkü anonim şirket tüzel kişilik kazandığı anda, önanonim şirket tasfiyesiz olarak sona erecek ve önanonim şirketin iktisap ettiği mallar devir sözleşmeleri ile

³⁴TARHANLI, s. 57

³⁵TARHANLI, s. 31

³⁶TARHANLI, s. 65

değil, kendiliğinden anonim şirkete intikal edecektir. Örneğin önanonim şirket bir taşınmaz satın almışsa bunun için bir devir gerekmez, sadece tapu kütüğünün düzeltilmesi yeterli olacaktır³⁷. Bu sebeple önanonim şirket safhasında da şirket adına taşınmaz iktisap edebilmeyi sağlayacak bir sistemin oluşturulması, örneğin önanonim şirkete tüzel kişilik atfedilmesi gerekmektedir. Zira tapu müdürlükleri taşınmaz alım-satım işlemlerinde şirketler açısından ticaret sicilinden yetki belgesi istemektedir ve şirket bu aşamada henüz sicile tescil edilmediğinden, önanonim şirketin taşınmaz iktisap etmesi mümkün değildir.

Külli halefiyetten daha da öte bir anlayışla, ön-anonim şirketin mal, hak ve borçlarının tüzel kişilik kazanma sonrası anonim şirkete geçmesinin kabul edildiği bir sistem ortaya çıkmaktadır. Kuruluş aşamasında yapılan işlemlerin şirket tarafından kabulüyle ilgili düzenlemeleri yapan TTK m.355'in 2. fıkrasından hemen sonra; 3. fıkra ise, “Şirketçe kabul olunmayan giderlerin kurucular tarafından karşılanacağı” hükme bağlanmış, kabul edilmemiş giderlerin kurucular dışındaki pay sahiplerine yansıtılmasının önüne geçilmiştir.

Sonuç

Yeni Türk Ticaret kanunumuzun önemli değişikliklerinden biri; anonim şirketin kuruluşunda ani ve kademeli kuruluş sisteminin benimsenmesidir. Buna göre şirket kuruluşu; “kurulma” ve “tüzel kişilik kazanma” olmak üzere ikili ayrıma tâbi tutulmuştur. Bu iki safha arasında geçen süreç için de önanonim şirketin varlığı kabul edilmiştir.

Önanonim şirket, tüzel kişiliği haiz anonim şirketten farklıdır. Hâkim görüş uyarınca, önanonim şirket bir adi şirket veya dernek olmayıp bir elbirliği mülkiyeti şirketi oluşturur. Anonim şirketin tescili ile önanonim şirket tasfiyesiz olarak sona erer. Bu bağlamda önanonim şirket, anonim şirketin özdeşi gibidir.

Önanonim şirketin varlığının kabulü ile tescilden önceki dönemde ortaklar arasında çıkabilecek ihtilafların çözümünde esas sözleşme hükümlerini uygulamanın yolu açılmış ve bu konudaki soru işaretleri ortadan kalkmıştır. Fakat gerek organların hak ve yetkileri, gerek sorumluluğun kapsamı ve gerekse önanonim şirketin hukuki niteliği gibi hususlar Kanunda açıklığa

³⁷MOROĞLU, Erdoğan, (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü yayını); Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Konferans, Bildiriler-Tartışmalar, 13-14 Mayıs, 2005, s. 77

kavuşturulmamış, özellikle tüzel kişiliği olmayan önanonim şirketin nasıl ticari faaliyette bulunup mal iktisap edebileceği sorunu gündeme gelmiştir. TTK m.335'in madde gerekçesinde ise; bu konunun doktrindeki görüşler ve mahkeme kararlarıyla aydınlığa kavuşacağı belirtilmiştir.

Yasaların kamu yararına yapılması, açıklayıcı olması ve genel hukuk kuralları koyması gerekliliği, yasa yapmadaki genel prensip iken; sorunların çözülmemiş, hatta sorun halinde ortaya bırakılmış hükümlerin uygulamaya konulması çok doğru bir tutum olmamıştır. Bu sebeple bahsedilen sorunların çözümü için kanunda yeni düzenlemelerin yapılması gerekmektedir.

Kanaatimizce; önanonim şirkete bir tüzel kişilik atfetmek ve hak ehliyetinin sınırlarını çizmek gerekir.

Önanonim şirketin özellikle yönetim ve temsil organlarının açık olarak belirlenmesi ve yetkileri konusunda daha açıklayıcı hükümler getirilmesi yararlı olacaktır. Önanonim şirket genel kurullarına ait yetkilerin daha açık ve sınırlayıcı olarak düzenlenmesi yararlı olacaktır.

Tek kişilik anonim şirketlerde, önanonim şirketin varlığı ve rolü konusundaki tereddütler giderilmelidir.

Özellikle kurucular tarafından taahhüt edilen nakit sermayenin en az yüzde yirmi beşinin tescilden önce bir bankaya yatırılmış olması gerekliliği karşısında tescil süreleri daha gerçekçi ve esnek olarak göz önüne alınmalıdır.

Kuruluş halindeki her anonim şirketin kuruluş ve faaliyete geçmesi ile ilgili özel şartlar dikkate alındığında tescil sürelerinin haklı nedenlerle uzatılabilmesi yoluna gidilmelidir. Bu konuda Kanunda var olan sınırlayıcı sürelerde esneklik sağlanmalıdır.

Önanonim şirketle ilgili yukarıda açıkladığımız konularda kanuni düzenlemeler getirilinceye kadar, Gümrük ve Ticaret Bakanlığı tarafından çıkarılacak bir yönetmelik veya tebliğ ile geçici bir düzenlemenin yapılması yoluna gidilmesi yararlı olacaktır

Kaynakça

- [1.] ALTAŞ, Soner; **Türk Ticaret Kanuna Göre Anonim Şirketler**, Ankara, 2012.
- [2.] BAHTİYAR, Mehmet, **Ortaklıklar Hukuku**, Gözden geçirilmiş ve güncellenmiş 11. Baskı, İstanbul, 2016.
- [3.] BİLGİLİ, Fatih/ DEMİRKAPI, Ertan; **Şirketler Hukuku Dersleri**, Dora Yayınları, Bursa, Şubat 2013.
- [4.] İZMİRLİ, Yedigâr; Şirketler Hukukunda Sorumluluk İlişkileri ve Anonim Şirketlerde Sınırlı Sorumluluk, *Mevzuat Dergisi*, Yıl:3 Sayı:33, Eylül 2000.
- [5.] HukukPostası, <http://www.erdem.av.tr/yayinlar/hukuk-postasi/culpa-in-contrahendo-sorumluluğu/>
- [6.] (editör) KARAHAN, Sami; **Şirketler Hukuku**, Konya 2012.
- [7.] MOROĞLU, Erdoğan, **Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Konferans, Bildiriler-Tartışmalar**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü yayını; 13-14 Mayıs, 2005.
- [8.] PULAŞLI, Hasan; **Şirketler Hukuku Genel Esaslar**, Ankara 2016.
- [9.] PULAŞLI, Hasan; **Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt 1**, Ankara 2014.
- [10.] PULAŞLI, Hasan; Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Tek Ortaklı Sermaye Şirketleri ve Buna İlişkin Bazı Özel Durumlar, *Regesta Dergisi*, Sayı:1, s.13-37 makale, Kasım 2011.
- [11.] TARHANLI, Ceren; **Türk ve Alman Hukukunda Ön-Anonim Şirket**, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- [12.] TEKİNALP, Ünal; **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, İstanbul 2015.

Eser Sözleşmelerinde Şahsen İfa, Şahsi Yönetim Altında İfa ve Eseri Başkasına Yaptırma

Dr. Evrim KERMAN¹

Özet

Şahsen ifa zorunluluğu getirmeyen eser sözleşmelerinin; borçlu yüklenici yerine üçüncü kişilerce ifa edilmesinde bir mahzur bulunmaz. Ancak, yüklenicinin iş görmedeki becerisi, tanınırlığı, yetenekleri ve özel bilgisi sebebiyle sözleşme onun bu nitelikleri dikkate alınarak kurulmuşsa ve sözleşmenin akit dışı üçüncü kişilerce görülmesi yasaklanmamışsa, yüklenici işi alt yüklenicilere devredebilir.

Anahtar Kelimeler: Yüklenici, Alt yüklenici, Şahsen ifa, Intuitus personae, Sözleşme klozları, Özen borcu sorumluluğu

Personal Performance or Performance under personal direction in the contract for work and still

Abstract

The contract for work and still do not oblige in personal performance; there is no disadvantage when the third party is substituted for the debtor contractor. However, contractor may be transferred to subcontractors if the contract has been established with due consideration of its competence, reputation, capabilities and special knowledge and the contract is not prohibited from being seen by unauthorized third parties

Keywords: Contractor, Subcontractor, Personal performance, Intuitus personae, Contract clauses, Duty of care

¹(Öğr. Gör. Dr.), İstanbul Aydın Üniversitesi, Adalet Meslek Yüksekokulu

1. Eser Sözleşmelerinde Şahsen Yapma Borcu ve Kapsamı

TBK'nın 471. maddesinin 3. fıkrası ve mehzaz İBK'nın 364. maddesinin 2. fıkrası birebir biçimde kaleme alınmıştır. Bu fıkraya göre : *“Yüklenici, meydana getirilecek eseri doğrudan doğruya kendisi yapmak veya kendi yönetimi altında yaptırmakla yükümlüdür. Ancak eserin meydana getirilmesinde yüklenicinin kişisel özellikler önem taşıyorsa, işi başkasına da yaptırabilir.”*

İş sahibi, yüklenicinin kişisel yeteneklerine ve yeterliliklerine güvenerek kendisiyle eser sözleşmesi yapma iradesini ortaya koyar.² *“İfa edilecek edimin kalitesi borçluya onun yeteneği ve tecrübesi sebebiyle kişisel olarak bağlı ise, sözleşmedeki güven ilişkisi edimin borçlu tarafından ifasını zorunlu kılar.”*³

Yüklenici, kişisel yetenek ve yeterliliklerini aşacağını düşündüğü işleri kabul etmeme ve sözleşme imzalandıktan sonra da reddetme olanaklarına sahiptir; bu bağlamda yüklenici iş sahibine karşı sorumludur.⁴

Aynı zamanda alt yükleniciler birer bağımsız, uzman, nitelikli yükleniciler olduklarından, kendi sorumlulukları altındaki işlerde yüklenicilere karşı sorumludurlar. İsviçre Federal Mahkemesi, yüklenicinin aldığı bir işin kendi becerilerini aşması sonucu gereği gibi ifada bulunamamasını şöyle değerlendirmiştir: *“Görüldüğü üzere yüklenicinin aldığı iş mesleki yeterliliğinin çok çok üzerinde beceri istemektedir. Bu takdirde gereği gibi ifa etmemeden dolayı yüklenicinin doğan zarardan dolayı sorumluluğu ağır olacaktır.”*⁵

WERZ, İBK'nın 364 maddesinin 2. fıkrasını hatırlatarak *“Eserin meydana getirilmesinde yüklenicinin kişisel özellikler önem taşıyorsa, işin alt yüklenicilere bırakılabileceğini.”*⁶ vurgulamaktadır. TUNÇOMAĞ ve KILIÇOĞLU⁷ ise işin niteliklerinin ve doğasının yardımcı şahıs kullanabilmede önemli bir kıstas oluşturduğunu ifade etmektedirler.

²EREN, F.: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 16. Bası, Ankara, 2014, s. 603

³ANTALYA, G.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt III, Legal, İstanbul, 2017, s.16.

⁴CASTON/AJACCIO/PORTE/TENDEIRO : Traité de la responsabilité des constructeurs, 7e éd. Le moniteur, 2013, s. 83.

⁵ATF 93 II 324 JdT 1969 I 149.

⁶WERZ, J.C. Delay in construction contracts, A comparative study of legal issues under Swiss and Anglo-American law, Universitätsverlag Freiburg Schweiz, 1994, s.21.

⁷TUNÇOMAĞ, K. : Borçlar Hukuku c.II,Özel Borç İlişkileri, İkinci Bası, İstanbul 1974, s.511. KILIÇOĞLU, A. : Müteahhidin Eseri Şahsen Yapma veya Kendi İdaresi Altında Yaptırma Borcu, s.187.

GAUTSCHI'ye göre hiçbir kişisel nitelik ve beceri gerektirmeyen işlerle; kişisel bilgi, yetenek, tecrübe gibi özellik gerektiren işler somut işe göre ayrı ayrı değerlendirilmelidir.⁸

Yüklenicinin işi görürken kişisel becerileri ve iş gücünün önem arz ettiği durumlarda, örneğin sanatsal çalışmalarında, yardımcı şahısların ifaya katılmalarını beklemek doğru olmaz.⁹ Borçlu borcu bizzat ifa zorunda olduğu hallerde yerine başkasını geçiremez. SEROZAN'a göre, "*Ameliyatı belirli profesör yapmalı, konseri belirli sanatçı vermeli, bilimsel mütalaayı belirli profesör yazmalı, kitabı belirli yazar kaleme almalı, dersi belirli öğretmen vermeli...*"¹⁰ Her somut olayda ifanın başkasına bırakılıp bırakılmayacağı, ifa yardımcısı kullanılıp kullanılmayacağı detaylıca incelenmelidir.

KOSTIC, doktora tezinde "*Bireysel özgürlük, vicdan özgürlüğü veya sanatçının ve yazarın fikri haklarını içeren çok kişisel yükümlülükleri söz konusuysa, bu borçlara şahsi edim borçları, intuitus personae borçları adı verilir.*"¹¹ Esasında, taraflar eser sözleşmesi kapsamında şahsi niteliklerini ve bilgilerini değerlendirerek¹² sözleşme imzalarlar. İBK ve TBK, şahsi ifanın gerekli ve zorunlu olduğu sözleşme türlerini belirlemiştir. Buna göre İBK 364 v.d. - TBK 470 v.d. Eser sözleşmesi; İBK 392 v.d.- TBK 487 v.d. yayın sözleşmesi; İBK 398 v.d. -TBK 502 v.d. vekâlet sözleşmeleri şahsen ifanın zorunlu olduğu sözleşmelerdir. VON TUHR'a göre "*Tüm bu hallerde, borçlunun kendi gözetimi ve denetimi altında olmak şartıyla yardımcı şahıslardan destek alabilmesi; özellikle eser sözleşmelerinde fazlaca yardımcı şahıs kullanılabilmesi borca aykırılık teşkil etmeyecektir.*"¹³

2. Üçüncü Kişinin İfası Kuralı

İBK m.364/2 fıkra ve TBK m.471/3 fıkra; İBK m.68 ve TBK m.83'te belirtilen şahsen ifa zorunluluğunun olmaması kuralının istisnasını oluşturur.¹⁴ Üçüncü kişinin ifasına alacaklı, ancak borçlunun şahsen

⁸TUNÇOMAĞ, K. : Borçlar Hukuku c.II, Özel Borç İlişkileri, İkinci Bası, İstanbul 1974, s.511: Bkz: GAUTSCHI N.9 a ad art. 412 COS.

⁹MUSTAFA, R.M. : La distinction du mandat et du contrat d'entreprise en droit suisse, Thèse de doctorat, Genève, Imprimerie Henri Jaunin, 1958, s. 120.

¹⁰SEROZAN, R. : Borçlar Hukuku Genel Bölüm, III. Cilt, Filiz Kitabevi, 6. Bası, İstanbul, 2014, s. 23.

¹¹KOSTIC, G: L'intuitus personae dans les contrats de droit privé, Thèse de doctorat, Paris, 1997, s. 331.

¹²HELLERINGER, G. : Les clauses du contrat, Thèse en doctorat, L.G.D.J, Paris, 2012, s.67.

¹³VON TUHR, A. : Partie générale du Code fédéral des Obligations, Second volume, Lausanne, 1934, s. 427.

¹⁴TERCIER/FAVRE/CARRON, N.2474.

ifasında özel bir çıkarı varsa karşı çıkabilir. Şahsen ifa zorunluluğunun olmaması başlıklı TBK m.83: *“Borcun, bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaati bulunmadıkça borçlu, borcunu şahsen ifa etmekle yükümlü değildir.”* borcu kimin ifa etmesi gerektiği veya edebileceği sorusuna cevap vermektedir.

TBK m.471/3 *“Ancak, eserin meydana getirilmesinde yüklenicinin kişisel özellikleri önem taşıyorsa, işi başkasına da yaptırabilir.”* Bu maddeye göre kanun koyucu, yüklenicinin şahsen ifasını ya da işin nitelikleri ve kişisel özellikleri *“önem arz etmiyorsa”* kendi yönetimi altında yaptırabileceğini bildirmektedir.¹⁵ Yüklenici, bağımsız bir alt yükleniciye eserin imal edilmesi işini bırakabilmektedir.¹⁶ Bir alt yüklenicilik sözleşmesinin varlığı, iş sahibine karşı sorumlu olan yüklenicinin sorumluluklarını ortadan kaldırmaz.¹⁷ *“Borçlunun borcun ifasında üçüncü bir kişiye başvurmuş olması, ne kendisini borcundan kurtarır, ne de borca aykırılık halinde borçlunun sorumluluğunu ortadan kaldırır.”*¹⁸

İBK m.101 ve TBK m.116 borçların devredilmezliği ilkesine bağlanmıştır.¹⁹ Bununla beraber, yüklenicinin kişisel nitelikleri önemsiz²⁰ ise, alt yükleniciye başvuru mümkündür. Borcun borçlu veya üçüncü kişi tarafından ifası alacaklı için farksız olduğu hallerde, borçlu borcun ifasını üçüncü kişilere bırakabilir. Günümüzde sıklıkla görüldüğü üzere seri üretim yapılan işlerde veya yüksek teknoloji gereksinimi bulunan işlerde işbölümü ve anonimlik ilkeleri görülmektedir.

Yükleniciler ve bilhassa alt yükleniciler iş sahiplerine nazaran teknik konularda daha tecrübeli ve bilgilidirler.²¹ Ayrıca gerekli ve önemli durumlarda, işin görülmesi esnasında yükleniciler, alt yüklenicilerle gerekli bilgi paylaşımında bulunarak teknik ve idari konularda belge ve bilgi paylaşımı da yaparlar. Kural olarak, deneyimli ve güvenilir yardımcı şahısların özel talimatlara ihtiyacı yoktur. Yüklenici, alt yüklenicilerin

¹⁵SEROZAN, R. : Borçlar Hukuku Genel Bölüm, III. Cilt, Filiz Kitabevi, 6. Bası, İstanbul, 2014, s. 26.

¹⁶PEDRAZZINI, M. : Le contrat d'entreprise, in: Traité de droit privé suisse, v: VII t : 1,3, Fribourg, 1985, s. 36.

¹⁷MALINVAUD, P.: Le sous-traitant en droit français de la construction, Séminaire du droit de la construction 1989, s.52. TANDOĞAN, H. : La réparation du dommage causé à un tiers ; in : Mélanges Roger Secrétan, Lausanne, 1964, p. 306.

¹⁸TERCIER/ PICHONNAZ/ DEVELIOĞLU : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 327.

¹⁹PACHE, M.E.: La responsabilité civile de l'initié, Thèse de doctorat, Lausanne, 1994, s.162.

²⁰ARTEIL, D. : L'exécution du contrat par un non-contractant, Thèse de doctorat, Poitiers, 2005, s. 23.

²¹CR-CHAIX, art. 363, n. 44, s. 1875.

atanmasında, eğer iş belirli bir uzmanlık gerektiriyorsa, mesleki bilgi ve uygulamaya sahip olmalıdır.²² Şahsen ifanın zorunlu olmaması günümüzde genel kuralı oluşturmaktadır.²³ İfa aşamasında yardımcı şahısların, kaim kişilerin, hatta üçüncü kişilerin borçluya ifada destek vermeleri taraflar arasındaki sözleşmeye genel olarak aykırılık teşkil etmez. Hatırlatmak gerekir ki; yardımcı kişinin, işçi işveren ilişkisinde olduğu gibi bağımlılık ilişkisi içinde (TBK m.393) veya alacaklıya karşı edimin bir kısmını ifa etmesi için anlaşılan alt yüklenici gibi bağımsız olmasının önemi bulunmamaktadır.²⁴

Eser sözleşmelerinde ve özellikle inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin denetimi ve gözetimi altında ifa, şahsen ifanın yerini almıştır. AKKANAT, ARAL/AYRANCI, ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, GÜMÜŞ ve YALÇINDURAN'a göre alt yüklenici; özel yeteneklere, mesleki tecrübelerine sahip olduğundan dolayı, TBK. m. 116 çerçevesinde, yüklenicinin sorumluluğuna sahiptir.²⁵ Türk doktrininde ÖZ, özellikle inşaat sözleşmelerinde şahsen ifanın mümkün olmadığını savunmuştur.²⁶ Bir yapı eserinin imalı sırasında yardımcı şahısların birbirlerinden ayrı ve farklı hareket etmesi tehlikesine karşın; yüklenici, yardımcı şahısları uyumlu bir şekilde organize etmelidir. 7 Temmuz 1975 tarihinde Yargıtay 15. Hukuk Dairesi şahsen ifa borcunun inşaat sözleşmelerinde de mutlaka iş sahibince beklendiğine ilişkin karar vermiştir.²⁷ Buna karşılık, 1 Kasım 1995 tarihinde 15. Hukuk Dairesi görüşünü değiştirmiştir ve “Genel kural çerçevesinde, inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin şahsi nitelikleri önem arz etmemektedir.” şeklinde görüş vermiştir.²⁸ Şahsen ifa zorunluluğu prensibi eser sözleşmelerinden daha belirgin olarak vekâlet sözleşmelerinde görülmektedir. “Yüklenici yapı işini üçüncü kişilere bırakırken her defasında işin niteliklerini, şahsi niteliklerinin önem arz edip etmediğini değerlendirirken buna karşılık vekil, vekil edenden işin başkasınca görülmesi için izin almalı ve daha

²²KILIÇOĞLU, A. : Müteahhidin Eseri Şahsen Yapma veya Kendi İdaresi Altında Yaptırma Borcu, s.189.

²³RAMEL/ FAVRE.: La sous-traitance, in: Journées suisses du droit de la construction, 2015/117, Fribourg.

²⁴TERCIER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 327.

²⁵AKKANAT, s.9; ARAL/AYRANCI s.326; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Turhan Kitapevi, 16. Bası, 2016, Ankara, s. 502; GÜMÜŞ II s.12; YALÇINDURAN s. 50.

²⁶ÖZ, T.: İnşaat Sözleşmesi, s. 110

²⁷Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 7 Temmuz 1975 tarihli 3149/3436 kararı.

²⁸Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 1 Kasım 1995 tarihli, 1995/900 kararı ve Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 2197/2583 kararı.

da önemlisi işin başkasınca görülmesi şartlara ve işin niteliğine uygun olmalıdır.»²⁹

ZEVKLİLER/GÖKYAYLA'ya göre, yüklenicinin temel borcu olan ifa borcu esasında şahsi yönetim borcunu da içerir; bu borçlar yüklenicinin işi ifa yardımcısı şahıslara devretmesi halinde de kesilmeden devam edecektir.³⁰ “Yüklenici iş gücünün verimli kullanılması ve işleri düzenli bir şekilde organize etme borcu altındadır (örneğin; işin görülmesi için gerekli nitelik ve nicelikteki çalışanları seçme ve yönetme borcu.)”³¹ TANDOĞAN ve GAUCH'a göre alt yüklenici, yüklenicinin gözetimi ve denetimi altında iş görmelidir. Esasında alt yüklenici mutlak bağımsız olmak zorunda değildir. Bu sebeple eser ve alt yüklenici sözleşmelerini birbirlerine uyumlu hale getirmek için bağlama klozları kullanılmalıdır.³²

İBK m.379 ve TBK m.486 uyarınca yüklenicinin kişisel nitelikleri ve becerileri iş sahibi açısından önem arz etmektedir.³³ İş sahibi çoğu zaman büyük ekonomik zorluklarla elde ettiği taşınmazın yapı işlerini bu kişiye devreder. “Alacaklının, borçlunun bizzat şahsi ifasını talep edebilmesi için borçlunun şahsi özelliklerinin çok önemli ve belirleyici olması gerekmektedir.”³⁴ Bu kural yedek bir hukuk kuralı olduğundan, taraflar eser sözleşmesinde alt yükleniciye işlerin tamamının veya bir kısmının bırakılmasını kararlaştırabilirler.³⁵ Bu konuda TERCIER,³⁶ HOHL'ün düşüncelerine katılmış ve bu yedek hukuk kuralı sayesinde tarafların diledikleri gibi sözleşme maddelerinde değişiklik yapılabileceğini vurgulamıştır. ENGEL ise bu maddenin emredici bir hukuk kuralı düşüncesinde olduğundan, tarafların bu konuda sözleşme serbestisi ile diledikleri değişiklikleri yapamayacakları görüşündedir.³⁷ İş sahibi için, alt yüklenicinin kim olduğundan daha çok ifanın sonucu ve işin tamamlanması önemlidir. SEROZAN'a göre “Alacaklı edime kavuşmaya bakar; yoksa edime kavuşturana bakmaz!”³⁸

²⁹MUSTAFA, R.M. : La distinction du mandat et du contrat d'entreprise en droit suisse, Thèse de doctorat, Genève, Imprimerie Henri Jaunin, 1958, s. 119.

³⁰ZEVKLİLER/GÖKYAYLA: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Turhan Kitapevi, 16. Bastı, 2016, Ankara, s.501.

³¹WERRO, F. : La responsabilité civile, 2e Ed., Stampfli, Berne, 2011, s. 145.

³²TANDOĞAN, H. : , Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt II, İstanbul, 2010 s.77-78, GAUCH, P. : Le contrat d'entreprise, adaptation française par B.CARRON, 1999, Schultess Verlag, n.446 et suivant.

³³CR-CHAIX, art. 364, N.14, s.1879. ; ATF 103 II 52, JdT 1977 I 542, DC 1979 11 no 6.

³⁴CR-HOHL, art. 68, N:5, s.462.

³⁵TERCIER/FAVRE/CARRON : N.4387.

³⁶TERCIER, P.: Introduction au droit privé de la construction, Séminaire pour le droit de la construction, s. 166.

³⁷ENGEL, P. Contrats, s. 409.

³⁸SEROZAN, R. : Borçlar Hukuku Genel Bölüm, III. Cilt, Filiz Kitabevi, 6. Bastı, İstanbul, 2014, s. 22.

“Şahsen yönetim borcu; yüklenicinin yardımcı şahısların yönetimini, onların seçimlerini, onlara verilecek talimatları ve işlerin denetimini içerir.”³⁹ Şu noktayı vurgulamamız da gerekecektir; yüklenici şahsi edim borcunu ihlal ederek iş sahibine bir zarar verirse, iş sahibi yükleniciye karşı TBK m.112 vd. (İBK m.97 vd.) uyarınca uğramış olduğu tüm zararların giderilmesini talep edebilir.⁴⁰

Alt yüklenici; risk, yaratıcılık ve özgürlükle eş anlama gelir. Çünkü onun bağımsızlığı; mesleğini icra ederken gösterdiği gayret, organizasyon⁴¹ yeteneği, bilgi, yetenek, tecrübe doğrultusunda şekillenir.⁴² Şüphesiz, yüklenici ve alt yüklenici ne kadar teknik bilgi sahibiyse, ne kadar üst seviyede özenli iş görmüşse, özen yükümlülüğü o oranda artacaktır. Hatta öyle ki, işlemiş olduğu fiil sebebiyle bir zarar oluşmuşsa, bu zararda kendisinden beklenen özen borcu, tecrübesi ve mesleki bilgisi ölçüsünde artar.⁴³ Yüklenicinin, alt yüklenicilerin kim olduklarına ilişkin iş sahibine bilgi verme borcu yoktur.⁴⁴ Şüphesiz, “Yüklenici iş sahibini yaptığı seçimlerin sonuçlarından, kendisinden hiçbir şekilde beklenmeyen kusurlarından henüz doğmayan ve doğması muhtemel zararlardan dolayı bilgilendirmek zorundadır.”⁴⁵

Taraflar dilerlerse sözleşmelerine “bilgilendirme klozları”⁴⁶ veya “onay klozları”⁴⁷ ekleyebilirler. Bu klozlar sayesinde taraflar gerekli bütün bilgilendirmelerin, ihbarların derhal yapılmasını: SIA 118 normlarının 29. maddesinin 3. fıkrasında da öngörüldüğü şekilde yaparlar. Genel olarak, teknik bilginin, aşırı derecedeki uzmanlığın gerekeceği karmaşık eserlerin inşası gibi borçların yerine getirilmesinde yükleniciler, alt yüklenicilerin ya da yardımcı şahısların⁴⁸ yardımını alabilirler.⁴⁹ İBK m. 68/ TBK m. 83 maddelerinin lafzına bakıldığında, alt yüklenicilik sözleşmesinin

³⁹CR-CHAIX, art. 364, n.21, s.1880.

⁴⁰MÜLLER, C. : Contrats de droit suisse, Stampfli Editions SA Berne, s.311.

⁴¹SEROZAN, R. : Borçlar Hukuku Genel Bölüm, III. Cilt, Filiz Kitabevi, 6. Bası, İstanbul, 2014, s. 293.

⁴²CORNU, G. : Association Henri Capitant, Vocabulaire juridique, 7ème Ed., 2005, s. 380.

⁴³CARRON/FEROLLES. : Le dommage consécutif au défaut, in : Le dommage dans tous ses états, Colloque du droit de la responsabilité civile 2013, Université de Fribourg, Stämpfli, s.3.

⁴⁴CHAIX, F. : Le contrat de sous-traitance en droit suisse, *Limites du principe de la relativité des conventions*, Helbing & Lichtenhahn, Thèse de doctorat Faculté de droit de Genève, 1995 in Bâle, [Genève], s.124.

⁴⁵DELVAUX, A.: Questions actuelles du droit de la construction, in: Formation Permanente Cup, vol. XII - 8.11.96, s.58.

⁴⁶GAUCH, P. : Le contrat d’entreprise, adaptation française par B.CARRON, 1999, Schultess Verlag, n. 631

⁴⁷Idem, n. 630

⁴⁸ATF 112 II 347 c.2a JdT 1987 I 28.

⁴⁹GALANTE, M.: La perte fortuite de l’ouvrage, Thèse de doctorat, Genève, 2002, s.17.

olağan bir ifa yolu olmadığı ve istisna teşkil ettiği anlaşılmaktadır. Diğer sözleşmelerden farklı olarak yapı eserlerinin inşası veya sözleşmelerin karmaşıklığı, alt yüklenici sözleşmelerinin daha farklı değerlendirilmesini gerektirmektedir. İş sahibi mesleki bilgi, tecrübe ve yeteneklerini değerlendirerek bir yükleniciyi ya da mimarı seçer.⁵⁰

KILIÇOĞLU ve SEROZAN;⁵¹ CHAIX ve AKMAN'la aynı görüşleri paylaşmaktadır. Yazarlara göre, şahsi yönetim altındaki ifa iyi bir organizasyonu, güvenlik önlemlerin alınmasını ve yardımcı şahısların kendi kapasitelerine, yeteneklerine ve becerilerine uygun olarak seçilmesini gerektirir.⁵² Yüklenici gereği gibi ifayı yerine getirdiğini ispat için yeterli organizasyonları yaptığını ispat borcu altındadır.⁵³ İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre *“İBK m.55/1 (TBK m.66) uyarınca adam çalıştıran çalışanını seçmede, onları gözetim ve denetimde tutmada, gerekli talimatları vermede, gerekli organizasyonları yapmada, gerekli kontrollerin üretilen ürünlerde yaptığını ve zararın doğması için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse, sorumlu olmaz.”*⁵⁴ şeklinde karar verilmiştir.

Yüklenicinin yardımcı şahısları seçmede, talimat vermede,⁵⁵ denetimde,⁵⁶ gerekli malzemeyi bulmada özen borcunun gerektirdiği şekilde hareket etmesi iyi bir şirket organizasyonunu sonucudur.⁵⁷ İBK m.364 yüklenicinin sorumluluğunu genel olarak işçinin iş ilişkisindeki sorumluluğu ile aynı kurallara tabi olduğunu belirtmiştir. Bu madde aynı zamanda genel sorumluluk şartlarına ve İBK m. 97 vd. hükümlere de yollamada bulunur. *TBK m.471 ise “Yüklenicinin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alandaki işleri üstlenen basiretli bir yüklenicinin göstermesi gereken mesleki ve teknik kurallara uygun davranışı esas alınır.”* Şekliyle yükleniciler için mehz kanundan daha farklı bir sorumluluk getirmiştir. TBK m.471 yüklenicinin sorumluluğuna ilişkin yeni bir özen borcu sorumluluğu yüklemiştir. Yeni düzenleme çerçevesinde, yüklenicinin özen borcu her şeyden önce bir uzman, bir meslek erbabı olması üzerinden

⁵⁰GAUCH, P. : Le contrat d'entreprise, adaptation française par B. CARRON, 1999, Schultess Verlag, n. 840; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Turhan Kitapevi, 16. Bası, 2016, Ankara, s. 488; YAVUZ/ACAR/ÖZEN s.972, ARAL/AYRANCI s.334.

⁵¹SEROZAN, R. : Borçlar Hukuku Genel Bölüm, III. Cilt, Filiz Kitabevi, 6. Bası, İstanbul, 2014, s. 293.

⁵²KILIÇOĞLU, A. : Müteahhidin Eseri Şahsen Yapma veya Kendi İdaresi Altında Yaptırma Borcu, s.190.

⁵³WERRO, F. : La responsabilité civile, 2e Ed., Stampfli, Berne, 2011, s. 145.

⁵⁴ATF 110 II 456

⁵⁵WERRO, F. : La responsabilité civile, 2e Ed., Stampfli, Berne, 2011, s. 138.

⁵⁶MÜLLER, C. : La responsabilité civile extracontractuelle, Helbing Lichtenhahn, 2013, s. 103.

⁵⁷ATF 110 II 456, JdT 1985 I 378 ; ATF 90 II 86, c. 3, JdT 1964 I 560.

değerlendirilmiştir. Yüklenici işine tecrübesini, yeteneklerini, bilgisini katmalı ve edimini basiretli bir iş adamı gibi yerine getirmelidir. Şüphesiz, yüklenici ve alt yüklenici üst düzeyde teknik bilgi sahibi ve tecrübe sahibiyse kendilerinden eklenen özen yükümlülüğü bu doğrultuda artacaktır. Eğer yüklenici bu doğrultuda zarar verici bir fiil işlerse, kendisinden beklenen özen yükümlülüğü çerçevesinde zararı tazmin edecektir. Yüklenicinin özen sorumluluğuna ilişkin düzenlemeler ve uygulamalar hem İsviçre, hem de Türk hukuk sistemlerinde büyük oranda benzerlik sağlamaktadır. Unutulmamalıdır ki, yüklenicinin sahip olduğu teknik bilgi birikimi ve iş görürkenki bağımsızlığı ona işçinin sorumluluğundan daha ağır bir sorumluluk yükler. İşin görülmesi kapsamında yüklenici özenli ifayı ispat yükü altındadır.

Bu doğrultuda, 8 Temmuz 2005 tarihinde İsviçre Federal Mahkemesi “*özen borcu, sadakat borcunu da beraber getirmiştir; yüklenici iş sahibinin haklarını özen ve sadakat çerçevesinde savunmak ve korumak zorundadır.*”⁵⁸ şeklinde bir karar vermiştir. Aynı doğrultuda, 3 Nisan 1996 ve 16 Şubat 1994 tarihinde Yargıtay 15. Hukuk Dairesi⁵⁹ “*Genel olarak, işin ifası sırasında yüklenici işçinin sorumluluğu gibi özen yükümlülüğü altındadır.*” şeklinde karar vermiştir.

3. Intuitus personae kayıtlı sözleşmeler

Belirtmek gerekir ki, eser sözleşmelerinin ifası, eğer sözleşmede bizzat ifa kaydı (intuitus personae şartı)⁶⁰ ve sözleşmenin niteliğini aykırı bir husus yoksa bir alt yüklenici tarafından yerine getirilebilir. Bu durumda, çoğunlukla yüklenici işi kendi yapmak yerine alt yükleniciye kar-zarar hesabı da yaparak bırakır, alt yüklenici işi daha uygun bir bedelle yerine getirir. Bu ilişkiden hem yüklenici, hem de alt yüklenici kazanç sağlar. Eğer sözleşmede edimi yerine getirecek taraf ismen belirlenmişse, işin alt yükleniciye devri, ancak iş sahibinin onayıyla gerçekleşebilir. Şüphesiz, eğer borçlu, alacaklının da onayıyla, kendi yerine ve kendi adına ifade bulunacak birini tayin etmişse sonuç farklı olabilir.⁶¹

⁵⁸08 Temmuz 2005 tarihli Yayınlanmamış İsviçre Federal Mahkeme Kararı : ATF 4C.88_2005 : ATF 96 II 58 consid.1, s.60.

⁵⁹Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 3 Nisan 1996, 1531/1892 ve 16 Şubat 1994, 2929/762 tarihli kararları.

⁶⁰IGOUJIL, L.: Le régime des contrats d'entreprise. Mémoire pour le Master Recherche Droit Privé des Contrats, Versailles, Juin, 2006, s. 59.

⁶¹TERCIER/ PICHONNAZ/ DEVELIOĞLU: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 327.

Öncelikle eser sözleşmesi mutlak bir şekilde bizzat ifanın gerekli olduğuna ilişkin şart getirmişse, yüklenici ifayı bizzat yerine getirmek zorundadır. Yapı sahibi; alt yüklenicilerin, yüklenici tarafından seçilmesine onay vermişse, ya da alt yüklenicilere başvuru hakkı daha önceden sözleşmede kayıt altına alınmışsa, bu takdirde bizzat ifa zorunlu tutulmamalıdır.⁶² Prensip olarak, iş sözleşmelerinde, eser sözleşmelerinde, vekâlet sözleşmelerinde, yayım ve şirket sözleşmeleri bizzat ifanın gerekli olduğu, “*intuitus personae*” kayıtlı sözleşmelerdir.⁶³ Taraflar bizzat ifanın zorunlu olmadığı hususunda anlaşılırsa, artık bu durumda TBK m. 471/3 uygulanmayacaktır. KILIÇOĞLU’na göre⁶⁴ küçük çaplı işlerde bizzat ifa zorunluluğu ve bu doğrultuda yüklenicinin sorumluluğu daha da önemli hale gelmiştir.

Şahsen ifa kaydı taşıyan sözleşmeler, kural olarak devredilemez niteliktedirler.⁶⁵ Günümüzde eser sözleşmelerinin çok azının bizzat ifa kaydı içerdiğini söyleyebiliriz.⁶⁶ Devredilemezlik klozu içeren sözleşmelerde, iş görme borcu altındaki tarafın, sözleşme dışı üçüncü kişilere kendi yerini devretmesi yasaklanabilir. “*Devredilemezlik klozu alacaklıya kendi seçmediği üçüncü kişilerle sözleşme ilişkisi kurmayı yasaklar bir hükümdür.*”⁶⁷ Şahsen ifa zorunluluğu getirmeyen eser sözleşmelerinin, borçlu yüklenici yerine üçüncü kişilerce ifa edilmesinde bir mahzur bulunmaz. Ancak, yüklenicinin iş görmedeki becerisi, tanınırlığı, yetenekleri ve özel bilgisi sebebiyle sözleşme onun bu nitelikleri dikkate alınarak kurulmuşsa ve sözleşmenin akit dışı üçüncü kişilerce görülmesi yasaklanmamışsa, yüklenici işi alt yüklenicilere devredebilir.⁶⁸ Sözleşme dışı üçüncü kişilerin ifaya katılmalarını yasaklayan ya da sınırlandıran sözleşme kuzları sözleşmelere “*intuitus personae*” yani bizzat ifa zorunluluğu getirmektedir. Hiç şüphesiz, iş sahibi bir natür-mort çizim için bir ressamla anlaşılıyorsa mutlaka ifanın kendisince gerçekleştirilmesini

⁶²GERMAIN, J.F. : Regards croisés sur le contrat de dépôt et le contrat d’entreprise, in : Questions spéciales en droit des contrats. Larcier, 2010, Bruxelles, s. 152.

⁶³Türk doktrininde intuitus personae üzerine, Bkz : SEROZAN, R. : Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Cilt:3, 6. Bası, İstanbul, 2014, S : 2 N. 1; TEKINAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7e éd, 1993, s. 767.

⁶⁴KILIÇOĞLU, A. : Müteahhidin Eseri Şahsen Yapma veya Kendi İdaresi Altında Yaptırma Borcu, s.188

⁶⁵AYNES, L. : La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes, Economica, 1984, s.233.

⁶⁶SAYMEN, F.H. : Başkasının fiilden mesuliyet, İBM. 1942, c.XVI, s.79.

⁶⁷ARTEIL, D. : L’exécution du contrat par un non-contractant, Thèse de doctorat, Poitiers, 2005, s. 73.

⁶⁸SANSOUCY, A. : La protection des créances des sous-traitants dans le domaine de construction, Mémoire présenté à la Faculté de droit de l’Université de Montréal, 2010, s.13.

bekleyecektir.⁶⁹ Bu durumda ressam⁷⁰ kendisiyle aynı yeterlilikte, aynı eğitimi görmüş bir meslektaşını resmin çizilmesi işiyle ilgili görevlendiremeyecektir, ifa bizzat iş sahibinin anlaşma yaptığı ressam⁷¹ tarafından yerine getirilmelidir.⁷² Buna benzer iş görme edimleri, belirli bir yetenek ve beceri dışında belirli bir güven ilişkisini de gerektirir.⁷³

Eser sözleşmeleri resmi şekilde yapılmayan iradi sözleşmelerdir. Bu sözleşmelerin çok güçlü bizzat ifa kaydı gerektiren sözleşmeler olduğundan bahsedemeyiz. “İnsanların ve işletmelerin son derece hareketli olduğu günümüzde, sözleşmeler yalnızca tarafları arasında gerçekleşen bir ekonomik değerler toplamı olarak düşünülmemelidir.” Ancak görüldüğü üzere *intuitus personae* kaydı bu durumu frenleyen, yalnızca sözleşme taraflarının varlığına izin veren bir kayıttır.⁷⁴

SONUÇ

Bir sözleşmenin tarafları haricinde sözleşme dışı üçüncü kişilerce de ifa edilip edilemeyeceği sorusunu cevaplayabilmemiz için öncelikle sözleşme konusu işin niteliğini incelememiz ve somut olarak durumun ve şartların değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu durumda şahsen ifanın önemi oranında sözleşme niteliğine göre yorumda bulunulmalıdır.⁷⁵ İş sahibi, yüklenici tarafından seçilen alt yüklenicilerin ifaya katılmalarını reddedebilir. Eğer iş sahibi sözleşmeye uygun, gereği gibi ifası tamamlanan bir yapı eserini yalnızca şahsi ifanın ihlali dolayısıyla reddederse, TBK m.106⁷⁶ uyarınca alacaklı temerrüdüne düşer⁷⁷ ve hukuka aykırı davranmış olur.⁷⁸ Fransız doktrininden CORNU’ya göre yüklenicinin vefat etmesi halinde sözleşme hükümsüz olarak kalır. Yani sözleşme geçerli şekilde kurulsa bile geçersiz hale gelir.⁷⁹ Fransız Medeni Kanunu’nun 1795. maddesi de «*Eser sözleşmelerinin işçinin, mimarın ve yüklenicinin ölümü ile hükümsüz kalacağını* » bildirmektedir.⁸⁰ TBK m.486 ise bir sözleşmenin

⁶⁹EREN, F.: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 16. Bası, Yetkin, Ankara, 2014, s. 603

⁷⁰KILIÇOĞLU, A. : Müteahhidin Eseri Şahsen Yapma veya Kendi İdaresi Altında Yaptırma Borcu, s.188.

⁷¹HELLERİNGER, G. : Les clauses du contrat, Thèse en doctorat, L.G.D.J, Paris, 2012, s.67.

⁷²CONTAMİNE-RAYNAUD, M.: Les intuitus personae dans les contrats, Thèse en droit, Paris, 1974. P. 42.

⁷³EREN, F.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Bası, Yetkin, Ankara, 2014, s. 925.

⁷⁴KOSTIC, G: L’intuitus personae dans les contrats de droit privé, Thèse en droit, Paris, 1997. s.4.

⁷⁵IGOUJIL, L.: Le régime des contrats d’entreprise. Mémoire pour le Master Recherche Droit Privé des Contrats, Versailles, Juin, 2006, s. 106.

⁷⁶SEROZAN, R. : Borçlar Hukuku Genel Bölüm, III. Cilt, Filiz Kitabevi, 6. Bası, İstanbul, 2014, s. 22

⁷⁷CR-HOHL, art. 68, s.462.

⁷⁸CR-CHAIX, art. 364, n. 28.

⁷⁹CORNU, G.: Association Henri Capitant, Vocabulaire juridique, 7ème Ed., 2005, s. 126.

⁸⁰Fransız Medeni Kanunu m. 1795.

yüklenicinin kişisel nitelikleri değerlendirilerek yapılması halinde, bu durumda yüklenicinin ölümü halinde ya da kendi kusuru olmaksızın eseri tamamlayamaması halinde, sözleşmenin sona ortadan kalkacağını kaleme almıştır. Buna karşılık, yüklenicinin şahsi nitelikleri iş sahibi tarafından belirleyici olmamışsa, yüklenicinin ölümü halinde bu sözleşmeden doğan haklar ve borçlar yüklenicinin mirasçılara geçecektir.⁸¹ Alt yüklenici sözleşmesinin şahsen ifayı zorunlu kıldığı hallerde,⁸² yüklenicinin ölümü⁸³ halinde ya da taraflardan herhangi birinin fiil ehliyetini kaybetmesi halinde sözleşme sona erecektir. Bu takdirde iş sahibinin mirasçıları oluşturulan yapı eserinin bedelini ve kullanılan malzemelerin bedelini ödeme yükümlülüğü altına girecektir. Son olarak tekrar etmeliyiz ki, eser sözleşmeleri şahsen ifanın sıklıkla görüldüğü ve önem arz ettiği sözleşmelerdendir.⁸⁴

Kaynakça

- [1]. AKKANAT, H. : Taşeronluk (Alt Müteahhitlik) Sözleşmesi, İstanbul, 2000.
- [2]. ANTALYA, G.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt III, Legal, İstanbul, 2017.
- [3]. ARAL/AYRANCI: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 10. Baskı, Yetkin, Ankara, 2014.
- [4]. ARTEIL, D. : L'exécution du contrat par un non-contractant, Thèse de doctorat, Poitiers, 2005,
- [5]. AYNES, L.: La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes, Economica, 1984.
- [6]. CARRON/FEROLLES. : Le dommage consécutif au défaut, in : Le dommage dans tous ses états, Colloque du droit de la responsabilité civile 2013, Université de Fribourg, Stämpfli.
- [7]. CASTON/AJACCIO/PORTE/TENDEIRO : Traité de la responsabilité des constructeurs, 7e éd. Le moniteur, 2013.
- [8]. CHAIX, F. : Le contrat de sous-traitance en droit suisse, Limites du

⁸¹PEDRAZZINI, M. : Le contrat d'entreprise, in : *Traité de droit privé suisse*, v : VII t : 1,3, Fribourg, 1985, s. 54.

⁸²MÜLLER, C : Les contrats de distribution, I. - II. Série, Maison d'édition CEMAJ - Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, 2013, n. 60

⁸³TERCIER/FAVRE : (n. 33), N 8054

⁸⁴LE TOURNEAU. P.: Contrat Intuitus Personae, Fasc. 200 spéc. No:52,71 et 95.

principe de la relativité des conventions, Helbing & Lichtenhahn, Thèse de doctorat Faculté de droit de Genève, 1995 in Bâle, [Genève].

[9]. CONTAMINE-RAYNAUD, M.: Les intuitus personae dans les contrats, Thèse en droit, Paris, 1974.

[10]. CORNU, G. : Association Henri Capitant, Vocabulaire juridique, 7ème Ed., 2005.

[11]. CHAIX, F.: CR-COS I ; Commentaire romand. Code des obligations I [Thévenoz, Luc ; Werro, Franz, édit.], Bâle (Helbing & Lichtenhahn), 2ème édition, 2012.

[12]. HOHL, F. : Art. 68-83, Commentaire romand. Code des obligations I [Thévenoz, Luc ; Werro, Franz, édit.], Bâle (Helbing & Lichtenhahn), 2ème édition, 2012

[13]. DELVAUX, A.: Questions actuelles du droit de la construction, in: Formation Permanente Cup, vol. XII - 8.11.96.

[14]. ENGEL, P. Contrats de droit suisse, Berne : Staempfli Edition, 2000.

[15]. EREN, F.: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 16. Bası, Ankara, 2014.

[16]. EREN, F.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Bası, Yetkin, Ankara, 2014.

[17]. GALANTE, M.: La perte fortuite de l'ouvrage, Thèse de doctorat, Genève, 2002.

[18]. GAUCH, P. : Le contrat d'entreprise, adaptation française par B.CARRON, 1999, Schultess Verlag.

[19]. GERMAIN, J.F. : Regards croisés sur le contrat de dépôt et le contrat d'entreprise, in : Questions spéciales en droit des contrats. Larcier, 2010, Bruxelles.

[20]. GÜMÜŞ, M.A: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 2. Cilt, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.

[21]. HELLERİNGER, G. : Les clauses du contrat, Thèse en doctorat, L.G.D.J, Paris, 2012.

[22]. IGOUDJIL, L.: Le régime des contrats d'entreprise. Mémoire pour le Master Recherche Droit Privé des Contrats, Versailles, Juin, 2006.

- [23]. KILIÇOĞLU, A. : Müteahhidin Eseri Şahsen Yapma veya Kendi İdaresi Altında Yaptırma Borcu, in: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1975.
- [24]. KOSTIC, G: L'intuitus personae dans les contrats de droit privé, Thèse de doctorat, Paris, 1997.
- [25]. LE TOURNEAU. P.: Contrat Intuitus Personae, Fasc. 200 spéc. No:52,71 et 95.
- [26]. MALINVAUD, P.: Le sous-traitant en droit français de la construction, Séminaire du droit de la construction 1989, s.52.
- [27]. MUSTAFA, R.M. : La distinction du mandat et du contrat d'entreprise en droit suisse, Thèse de doctorat, Genève, Imprimerie Henri Jaunin, 1958.
- [28]. MÜLLER, C : Les contrats de distribution, I. - II. Série, Maison d'édition CEMAJ - Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, 2013.
- [29]. MÜLLER, C. : Contrats de droit suisse, Stampfli Editions SA Berne.
- [30]. MÜLLER, C. : La responsabilité civile extracontractuelle, Helbing Lichtenhahn, 2013, s. 103.
- [31]. ÖZ, T. İnşaat Sözleşmesi, 2. Baskı, Vedat, İstanbul, 2012.
- [32]. PACHE, M.E.: La responsabilité civile de l'initié, Thèse de doctorat, Lausanne, 1994.
- [33]. PEDRAZZINI, M. : Le contrat d'entreprise, in : Traité de droit privé suisse, v : VII t : 1,3, Fribourg, 1985.
- [34]. RAMEL/ FAVRE.: La sous-traitance, in: Journées suisses du droit de la construction, 2015/117, Fribourg.
- [35]. SANSOUCY, A. : La protection des créances des sous-traitants dans le domaine de construction, Mémoire présenté à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, 2010.
- [36]. SAYMEN, F.H.: Başkasının fiiliden mesuliyet, İBM. 1942, c.XVI, s.79.
- [37]. SEROZAN, R. : Borçlar Hukuku Genel Bölüm, III. Cilt, Filiz Kitabevi, 6. Bası, İstanbul, 2014.

- [38]. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7e éd, 1993.
- [39]. TERCIER/ PICHONNAZ/ DEVELIOĞLU: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- [40]. TANDOĞAN, H.: , Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt II, İstanbul, 2010, s.77-78,
- [41]. TANDOĞAN, H. : La réparation du dommage causé à un tiers ; in : Mélanges Roger Secrétan, Lausanne, 1964.
- [42]. TERCIER, P.: Introduction au droit privé de la construction, Séminaire pour le droit de la construction.
- [43]. TERCIER, P. /FAVRE, P. G. : Les contrats spéciaux, Schultess, 4e éd, 2009.
- [44]. TUNÇOMAĞ, K. : Borçlar Hukuku c.II, Özel Borç İlişkileri, İkinci Bası, İstanbul 1974.
- [45]. VON TUHR, A.: Partie générale du Code fédéral des Obligations, Second volume, Lausanne, 1934.
- [46]. WERRO, F. : La responsabilité civile, 2e Ed., Stampfli, Berne, 2011.
- [47]. WERZ, J.C. Delay in construction contracts, A comparative study of legal issues under Swiss and Anglo-American law, Universitätsverlag Freiburg Schweiz, 1994.
- [48]. YAVUZ/ACAR/ÖZEN: Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), Beta, İstanbul, 13.Baskı, 2014.
- [49]. ZEVKLİLER/GÖKYAYLA: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Turhan Kitapevi, 16. Bası, 2016, Ankara.
- [50]. YALÇINDURAN, T. Alt Müteahhitlik Sözleşmeleri, Ankara, 2000.

Yeni HMK.'Ya Göre Ön İnceleme

Öğr. Gör. Şeyda ŞANLI YALIN¹

Özet

Hukuk Muhakemeleri Kanunuyla birlikte, yeni düzenlemelerin yanı sıra, önceki HUMK'da yer alan yerleşmiş bazı kurumlar aynen korunmuştur. HMK ile kanunun dili önemli oranda sadeleştirilmiştir. Çoğu maddeleri Yargıtay uygulamasına paralel olarak yeniden düzenlenmiştir. Bunun yanı sıra HMK ile birlikte, usul hukukumuzda yeni ve en önemli bir kurum olarak davaların ön inceleme safhası dâhil edilmiştir. Bu kurum yavaş işleyen yargıyı hızlandıracağı, davaların kısa süre içinde bitirileceği mümkün hale gelmiştir. Böylelikle; ön inceleme aşaması da dâhil edilerek usul hukukumuzda ilk derece yargılamasının beş kademededen oluştuğu görülecektir. Bunlar sırasıyla; dilekçeler teatisi, ön inceleme, tahkikat, sözlü yargılama ve hüküm verme aşamalarıdır. Bu kademeler içinde en yenisi ve önemlisi muhakemeyi hızlandıracak kurum ön inceleme aşamasıdır. Bu makalede, ön incelemenin konusu ön inceleme tutanağı ve ön inceleme duruşması açıklanmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Ön İnceleme, HMK'da Yargılama Aşamaları, Ön İnceleme Duruşması, Ön İnceleme Tutanağı

Abstract

New Turkish Civil Procedure Code(HMK) is, besides the new regulations, different from Old Turkish Civil Procedure Code(HUMK), with respect to the model of proceedings structure. Owing to New Turkish Civil Procedure Code; the language of the law has been simplified in important order. Most of the articles have been rearranged in parallel with the application of the Supreme Court. In addition, together with HMK, the preliminary examination of the cases has been included as a new and most important institution in our procedural law. It has become possible that cases will speed up the slow-motion judge and cases will soon be over. Thus; It will be seen that the first instance judge of our procedural law is composed of five stages by including the preliminary examination phase. These are respectively; Petition theories, preliminary examination,

¹(Öğr. Gör.), İstanbul Gelişim Üniversitesi

investigation, verbal trial and judgment. The most recent and important of these stages is the phase of the preliminary examination which will accelerate the judgment. In this article, the preliminary examination minutes of the preliminary examination and the preliminary examination session were tried to be explained.

Keywords: *Preliminary Examination, Trial Steps in New Turkish Civil Procedure Code, Preliminary Examination Trial, Preliminary Examination Protocol*

YARGILAMA MODELİNDE ÖN İNCELEME SAFHASI

A) GENEL OLARAK HMK' DA ÖN İNCELEME

Ön İnceleme Kurumu, 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile getirilen en önemli yeniliklerin başında gelmektedir. Ön İnceleme Kurumu, 6100 sayılı kanunda dilekçeler aşamasından sonra ve fakat tahkikat aşamasından hemen önce düzenlenmiştir. Bu kurum ile gerek davaya bakan hâkime gerekse de davanın taraflarına önemli görevler yüklenmiştir. Her şeyden önce daha davanın en başında tarafların dava için ciddi bir hazırlık yapmaları, hâkimin de dosyaya vakıf olması istenmiştir. Ayrıca, bu kurum ile hâkime tarafları sulhe teşvik etmek gibi çok önemli bir görev de yüklenmiştir. Diğer taraftan, daha bu aşamada yargılamayı gereksiz şekilde uzatabilecek unsurların da ayıklanması amaçlanmıştır. Bu noktalardan bakıldığında kanunun başarılı olmasının, ön inceleme kurumunun başarılı olmasına bağlı olduğu söylenebilir².

Mülga 1086 s.HUMK kapsamında ön inceleme kurumunun düzenlenmemesinden dolayı, davanın açılması üzerine tensip zaptı düzenlenmekte ve bununla beraber aynı zamanda duruşma günü tayin edilmekteydi. Ancak ön inceleme aşamasının getirilmesi ile yargılama aşamaları arttırılmış böylelikle tahkikata geçilmeden önce delillerin toplanması, uyuşmazlığın tespiti, sulhe teşvik gibi unsurlar ön inceleme aşamasında hâkim tarafından gerçekleştirildikten sonra tahkikata geçileceği hükmedilmiştir.

²ERMENEK, İ. HUKUK MUHAKEMLERİ KANUNA GÖRE ÖN İNCELEME, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, CİLT 2 –2011 –SAYI: 1 s.139

HMK yargılama inşa tarzı temel yargılama inşa modelleri arasında daha çok “Alman Esas Duruşma Modeli’ne” benzetilebilir. Özellikle, HMK’da iddia savunma yasağının zaman bakımından kapsamının daraltılması ve vakıaların başlangıç dilekçelerinin zorunlu içerik unsuru olmaktan çıkarılmış olması suretiyle, yargılamanın kapsamına etkisi bakımından yazılı giriş safhasının belirleyici değil hazırlayıcı özelliğe sahip olması yönü bu modelin kurucu- temsilcisi olan Alman Hukukuyla benzerlik arz etmektedir³.

Bundan dolayı, yeni usul kanunumuzda getirilen yenilikle ilk derece yargılaması beş kademeye ayrılmıştır⁴.

- 1- Davanın Açılması: Karşılıklı Dilekçelerin Verilmesi
- 2- Ön İnceleme (137-142): Ön inceleme tamamlanmadan tahkikata geçilemez
- 3- Tahkikat
- 4- Tahkikatın Sona Ermesi ve Sözlü Yargılama
- 5- Hüküm

Bu kademeler içinde en yenisi ve önemlisi muhakemeyi hızlandıracak kurum ön inceleme aşamasıdır. Ön inceleme, uygulamada yargılamanın gereksiz yere uzamasını engellemek, bir anlamda adil yargılanma hakkının unsurları arasında yer alan davanın makul sürede görülmesine büyük bir katkı sağlayan kurumdur⁵.

Ön inceleme aşamasıyla, dilekçelerin karşılıklı verilmesi aşaması tamamlanmasından tarafların ellerinde bulunan delilleri mahkemeye sunmaları, masrafların ödenmesi gibi dava için gerekli olan malzemelerin toplanması gibi unsurları içermektedir. Bu aşama tamamlandıktan sonra, tahkikata geçilmesi uygun görülmüş, böylelikle tahkikat aşaması uyuşmazlığın incelendiği ve tartışıldığı aşama olarak gerçek anlamını bulmuştur.

³ÇELİKOĞLU, C., HMK Yargılama Modelinde Öninceleme Safhası-, <http://www.e-akademi.org/makaleler/ctcelikoglu-1.pdf>, C. s.29

⁴EJDER, Y. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012 S:851

⁵Y. 7HD E. 2014/10785 K.2014/18568, Y. 7HD E. 2014/21711 K. 2015/22057, Y. 7.HD E. 2014/10785 K. 2014/18568 (kazancı.com)

B) ÖN İNCELEME ve YAPILIŞ ŞEKLİ

a) Genel Olarak

Dilekçelerin karşılıklı verilmesi aşamasından sonra, tahkikat aşamasından önce yer alan bu aşama, mahkeme tarafından ön inceleme yapılmadan dava görülmeye başlanmayacak, dolayısıyla davanın ortasında görevsizlik, yetkisizlik, dava şartlarının yokluğu gibi usuli nedenlerle davanın baştan başlanması engellenecektir. Peki, muhakemeyi hızlandıracak kurum olan ön incelemede yapılacak işlemler nelerdir?

- * Dava şartlarının incelenmesi ve ilk itirazların incelenmesi
- * Uyuşmazlık konularının tam olarak tespiti
- * Tahkikata hazırlık işlemleri
- * Delillerin sunulması ve toplanması için gerekli işlemlerin yapılması
- * Sulhe teşvik
- * Tüm bu hususların tutanağa geçirilmesi

Yapılacak olan işlemlerden de anlaşıldığı üzere, hâkim, ortada geçerli ve sürdürülebilir bir yargılama yapılıp yapılmayacağı açısından dava şartı var mı yok mu diye bakar ve ilk itirazları değerlendirir, daha sonra tahkikata konu olacak vakıaları değerlendirip, mümkünse sulhe teşvik eder, yine iddia - savunma delillerin toplanması için gerekli kararlar da bu aşamada alınır⁶. Ön inceleme aşamasında hâkim, davanın esasına girilmesine engel bir durumu tespit ederse, usule ilişkin bir kararla davayı sona erdirir. Davanın esasına girilmesi gerekiyorsa, hâkim itiraz ve def'ileri mutlaka inceleyerek bir karar vermelidir (HMK m.142). İddia ve savunmanın değiştirilmesi yasağı da kural olarak ön inceleme aşamasıyla birlikte başlayacaktır(HMK m.141)⁷. Kural bu olmakla birlikte, taraflar davayı geciktirmeye yönelik olmamak kaydıyla, yeni veya sonradan elde ettikleri delilleri hâkimin izniyle bildirebileceklerdir (HMK m.145).

⁶ÇELİKOĞLU, s.4

⁷PEKCANİTEZ/ATALAY/ÖZEKES, Medeni Usul Hukuku 2. Bastı, , s.313

Ön inceleme ile bağlantılı olarak iddia ve savunmanın genişletilmesi konusu yeniden düzenlenmiştir (m.141). Bu çerçevede:

- Dilekçeler teatisi aşamasında tarafların serbestçe iddia ve savunmalarını sunması ilkesi kabul edilmiştir.
- Ön incelemede ise, karşı tarafın onayı aranmış, fakat taraflardan biri ön inceleme duruşmasına mazeretsiz gelmezse, gelen tarafın onayı aranmadan iddia ya da savunmasını genişletebileceği kabul edilmiştir.
- Ön inceleme aşamasından sonra ise, ıslah ve karşı tarafın onayıyla genişletme ve değiştirme kabul edilmiştir.

Ön inceleme aşamasında yapılması gereken işlemlerin sırası bu şekilde belirlenmiş olmakla birlikte; bu sıraya ilişkin düzenleme bir “düzen hükmü” olarak anlaşılmalıdır. Hâkim yerine göre bu sıralamaya uymayabilecektir. Çünkü gerek dava şartları itirazlarının, gerekse zamanaşımı ve hak düşürücü süreler ile ilgili itiraz ve def’ilerin karara bağlanması bazı hallerde delillerin değerlendirmesini gerektirebilecektir. Örneğin, taraflardan birinin dava ehliyetinin bulunup bulunmadığının karara bağlanması bir adli tıp incelemesini gerektirebileceği gibi, zamanaşımını süresinin ne zaman başladığının veya ne zaman kesildiğinin tespiti tanık dinlenmesini gerektirebilecektir. Bu gibi durumlarda, gerek ilk itiraz ve dava şartlarının, gerekse zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerle ilişkin savunmaların karara bağlanması tahkikat aşamasına da kalabilecektir ⁸. Aynı zamanda ön inceleme aşamasında kural olarak tahkikat işlemlerinin yapılmayacağı öngörülmüşse de, bazı dava şartları veya ilk itirazlar ile ilgili karar verilebilmesi açısından ön inceleme aşamasında delil incelenmesi gerekebilecektir. Kısacası, delillerin incelenmesi tahkikat aşamasında yapılması gerektiği halde, bazı durumların varlığı halinde davanın esasına girilmeden deliller de incelenebilecektir⁹.

⁸KURU/BUDAK, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt.85, Bası5, s.15

⁹ÇELİKOĞLU, s.34

b) Ön İnceleme Tutanağında Bulunması Gerekenler

Ön inceleme tutanağı ön incelemenin sonunda düzenlenmelidir. Bu ön inceleme tutanağı bir tensip tutanağı değildir; ayrı bir tutanaktır. Eğer ön inceleme, duruşmasız yapılıyorsa, duruşma yapmadan, duruşmalı yapılıyorsa duruşmanın sonunda bu tutanak tutulacaktır. Eğer ön incelemenin sonunda, örneğin davanın reddi şeklinde bir karar verilecekse, tutanağın ardından, dava hakkında karar verilerek dava sonuçlandırılacaktır. Yani bu durumda da öncelikle en azından kısa bir ön inceleme tutanağı mevcut olmalıdır. Ön inceleme, zorunlu hallerde iki duruşma şeklinde yapılacaksa, ilk duruşma sonunda ön incelemenin hangi sebeple tek duruşmada tamamlanmadığı belirtilerek yeni bir duruşma günü tespit edilmeli, yapılacak ikinci duruşmada bu tutanak tutulmalıdır. Her duruşmada ayrı tutanak tutmak gerekli değildir.

Ön inceleme tutanağı tutulup altı; hâkim, kâtip ve taraf (veya vekillerince) imzalanır, imzadan imtina eden varsa bunun gerekçesi yazılır.

Ön inceleme tutanağında yer alması gereken hususlar sırasıyla şunlardır ve tutanağa paragraflar şeklinde değil, anlaşılması ve doğru uygulanması için madde numaraları ile geçirilmesi yerinde olacaktır:

-Ön incelemenin duruşmalı yapıp yapılmadığı, ön inceleme duruşmalı yapılıyorsa, duruşmaya taraflardan hangisinin katıldığı ya da mazeretinin bulunup bulunmadığı¹⁰,

-Dava şartlarının mevcut olup olmadığı, eksiklik varsa ne tür işlem yapıldığı (m.114), unutulmaması gereken durum; dava şartları hâkim tarafından re'sen incelenecektir, yani tarafların bu şartlarla ilgili talepte bulunması gerekmez. Mahkeme, dava şartlarının mevcut olup olmadığını, davanın her aşamasında kendiliğinden araştırır. Taraflar da dava şartı noksanlığını her zaman ileri sürebilirler. Mahkeme, dava şartı noksanlığını tespit ederse davanın usulden reddine karar verir. Ancak, dava şartı noksanlığının

¹⁰Y. 19. HD E. 2016/5744 K. 2017/1987 (kazancı.com)

giderilmesi mümkün ise bunun tamamlanması için, kesin süre verir. Bu süre içerisinde dava şartı noksanlığı giderilmemişse davayı dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddeder. Dava şartı noksanlığı, mahkemece, davanın esasına girilmesinden önce fark edilmemiş; taraflarca ileri sürülmemiş ve fakat hüküm anında bu noksanlık giderilmişse, başlangıçtaki dava şartı noksanlığından ötürü, dava usulden reddedilemez (m.115). Bu şartlar;

- a) Türk mahkemelerinin yargı hakkının bulunması.
- b) Yargı yolunun caiz olması.
- c) Mahkemenin görevli olması.
- d) Yetkinin kesin olduğu hallerde, mahkemenin yetkili bulunması.
- e) Tarafların, taraf ve dava ehliyetine sahip olmaları, kanuni temsilin söz konusu olduğu hallerde, temsilcinin gerekli niteliğe sahip bulunması.
- f) Dava takip yetkisine sahip olunması.
- g) Vekil aracılığıyla takip edilen davalarda, vekilin davaya vekâlet ehliyetine sahip olması ve usulüne uygun düzenlenmiş bir vekâletnamesinin bulunması.
- h) Davacının yatırması gereken gider avansının yatırılmış olması.¹¹
- ı) Teminat gösterilmesine ilişkin kararın gereğinin yerine getirilmesi.¹²
- i) Davacının, dava açmakta hukuki yararının bulunması.
- j) Aynı davanın, daha önceden açılmış ve halen görülmekte olmaması.¹³
- k) Aynı davanın, daha önceden kesin hükme bağlanmamış olması.

-İlk itiraz bulunup bulunmadığı ve ne tür bir işlem yapıldığı,

- a) Kesin yetki kuralının bulunmadığı hallerde yetki itirazı.
- b) Uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümlenmesi gerektiği itirazı.

¹¹İlk kez HMK ile getirilen bir dava şartıdır

¹²İlk kez HMK ile getirilen bir dava şartıdır

¹³Derdestlik, HUMK döneminde ilk itiraz iken, HMK ile dava şartı olarak düzenlenmiştir.

HMK ile birlikte ilk itirazların sayısı azalmıştır. Çünkü bunlardan bir kısmı dava şartı haline getirilmiştir (derdestlik gibi). İlk itirazların azaltılması, madde gerekçesinde, gereksiz ve zaman alıcı formalitelerin, kötü niyetli kişilere davaları sürüncemede bırakma fırsatını verdiği ve başka işe yaramadığı hususundaki yaygın kanaatin dikkate alınması olarak belirtilmiştir. İlk itirazlar, cevap dilekçesi ile ileri sürülmek zorundadır. Cevap dilekçesi ile ileri sürülmeyen ilk itirazlar, cevap süresi içerisinde olsa bile ek dilekçeyle de olsa artık ileri sürülemez ve mahkeme tarafından dikkate alınmaz. İlk itirazların incelenmesi, dava şartlarından sonra yapılacaktır. Örneğin gider avansının yatırılıp yatırılmadığının tespiti, yetki itirazının karara bağlanmasından sonra yapılacaktır. İlk itirazların incelenmesinde ön sorun müessesesine atıfta bulunmuştur (m.117). “*Dava şartları ve ilk itirazlar ön incelemede sonuca bağlanır. Ön inceleme ise, dilekçelerin karşılıklı verilmesinden sonra yapılır*¹⁴.” “*Davanın açılması üzerine dilekçelerin karşılıklı verilmesinden sonra ön inceleme yapılır. Ön incelemede öncelikle dava şartları (HMK madde 114-115) ve ilk itirazlar incelenir. (HMK madde 116-117). Dava şartları mevcutsa ve ilk itirazlar yerinde değilse iddia ve savunma içinden tarafların uyuşmazlık noktalarının neler olduğu belirlenir. Taraflar ön inceleme duruşmasında sulhe teşvik edilir. Ön inceleme duruşmasından sonra mahkemece hak düşürücü süreler ve zamanaşımı hakkındaki itiraz ve def’iler incelenerek karara bağlanır. (HMK m. 142)*¹⁵.”

- Davacının iddialarının ve bunların dayanaklarının özetle neler olduğu,
- Davalının savunmalarının ve bunların dayanaklarının özetle neler olduğu,
- Tarafların uyuşmazlık noktalarının ana başlıklarıyla nelerden ibaret bulunduğu (bu husus özellikle önemlidir, çünkü kural olarak tahkikat bu hususlar esas alınarak yürütülecektir),
- Tarafların sunmadıkları belgelerin neler olduğu, dilekçelerinde belirttikleri tüm yazılı belgeler sunup sunmadıkları, ayrıca başka yerden getirilecek delillere ilişkin hususlarda vermedikleri bilginin bulunup bulunmadığı ve ne şekilde işlem yapıldığı,
- Ön incelemede yapılması gereken diğer işlemler hakkında nelerin yapıldığı ve verilmesi gereken kararların verilip verilmediği,

¹⁴Y.13. HD E. 2016/28951 K. 2017/3886(kazancı.com)

¹⁵Y. 19. HD E. 2016/8394 K. 2017/2407 (kazancı.com)

-İddia ya da savunmasını genişleten taraf olup olmadığı, (artık iddia ve savunmanın genişletilmesi ancak açıkça mümkün olduğundan) karşı tarafın muvafakatı olup olmadığı (bu konuda özellikle 139. maddeye dikkat edilmelidir),

-Tarafların sulhe veya arabuluculuğa teşvik edildikleri ve sonuçlarının ne olduğu (burada özellikle hangi tarafın sulh olmak istediğinin hangisinin olmak istemediğinin belirtilmesi),

Buradaki sulh herhangi bir mahkeme kararına gerek kalmadan bir sonuca bağlanmaları ve bunu mahkeme tutanağına geçirtmeleridir. HMK m. 313'e göre; sulh, görülmekte olan bir davada, tarafların aralarındaki uyuşmazlığı kısmen veya tamamen sona erdirmek amacıyla, mahkeme huzurunda yapmış oldukları bir sözleşmedir. Ancak ön inceleme aşamasında tarafları sulhe yöneltmenin koşulu, tarafların dava konusu üzerinde tasarruf edebilir konumda olmaları gerekir¹⁶. Yani sulhe elverişli bir dava olmalıdır, sulhe elverişli dava olması demek, tarafların kendi iradeleriyle davayı sona erdirebilecekleri anlamına gelmektedir¹⁷. Ön incelemede tarafların sulhe teşvikinde, mahkeme dışı sulh de kapsam dâhilindedir¹⁸.

Sulhe teşvik, hâkim için önüne gelen dosyayı incelemekten kaçınmasını sağlayan bir araç olmamalıdır. Hâkim, sulhe ya da arabuluculuğa teşvik durumunu taraflara açıklamalıdır. Örneğin, ön inceleme duruşmasında sulh olmaları halinde, bunun yargılama giderleri açısından daha avantajlı olacağını, arabuluculuğa başvurmaları durumunda daha sonra davaya devam etmelerine engel olmayacağını belirtmelidir, ayrıca bu durumların tıpkı bir mahkeme hükmü gibi icra edilebilme kabiliyetine sahip olunabileceği konusunda tarafları bilgilendirmelidir¹⁹.

Sulhname tam anlamıyla uyuşmazlık konusunu yansıtmalıdır ki, bu durumda uyuşmazlık açısından en iyi çözüm olacaktır. Çünkü dava konusunu yansıtan gerçek ve açık bilgilerin yer almadığı, hukuki kaynakları göz ardı eden sulh sözleşmesi yargılamayı daha da çıkmaza sürükleyen bir durum olarak karşımıza çıkacaktır²⁰.

¹⁶KÖSEOĞLU, B. Hukuk Yargılamasında Ön İnceleme ve Uygulaması, 2013, Ankara s. 302

¹⁷ÇELİKOĞLU, s.43

¹⁸ÇELİKOĞLU, s.42

¹⁹ULUKAPI, Ö. Medeni Usul Hukuku, 2014 s.265

²⁰ŞEKER, H. İlkeler Işığında Ön inceleme Kurumu, İstanbul Barosu Yayınları, 2012, s.311

Yine sulhe teşvik belirli konularla ve bölünerek de gerçekleşebilir. Bu durumda uyuşmazlık konusunun bir kısmı sulhname diğer kısmı ise, ön incelemenin tahkikata aktardığı yargılanmamış kısımdır²¹.

-Eğer hâkim tahkikata geçmek bakımından ya da dosyanın incelenmesi bakımından bir sorun görmüyorsa, ilk tahkikat duruşma gününü de ön inceleme duruşma tutanağına geçirebilir ya da tahkikat için duruşma gününün sonradan bildirileceğini tutanakta belirtebilir.

c) Ön İnceleme Duruşması

Ön inceleme duruşmalı ya da duruşmasız yapılabilir. Dosyanın incelenmesinden hâsil olacak sonuca göre herhangi bir duruşma yapmadan evrak üzerinde karar verilebilecek bir durum varsa hâkim derhal dosya üzerinden kararını verir. İnceleme sonucunda ön inceleme duruşmasının açılması gerekli ise hâkim ön inceleme duruşmasının açılmasına karar vermelidir.

Bu açıdan duruşmasız ve duruşmalı ön incelemenin ayrımını yapmak gerekecektir.

1- DURUŞMASIZ ÖN İNCELEME

Mahkeme, öncelikle dava şartları ve ilk itirazlar hakkında dosya üzerinden karar verir; gerektiği takdirde kararını vermeden önce, bu konuda tarafları ön inceleme duruşmasında dinleyebilir (HMK 138).

Maddeden de anlaşılacağı üzere, hâkim dilekçelerin verilmesinden sonra,

-Dava şartları ile ilk itirazlar konusunda duruşma yapmadan, dosya üzerinden de karar verebilir. Dava şartları kendiliğinden incelenir.

İlk itirazlar ise cevap dilekçesinde ileri sürülmek zorundadır; aksi hâlde dinlenemez. Buna ilişkin bir itiraz üzerine incelenecektir. İlk itirazlar, dava şartlarından sonra incelenir (HMK m.117).

-Dava şartları ile ilk itirazlar konusunda eksiklik varsa, duruşmasız olarak ön inceleme yapılacak ve dava usulden reddedilecektir (HMK 115).

-Dava şartları ile ilk itirazlarla ilgili eksiklik yoksa veya bu konularda eksikliği de tespit etmek için gerekiyorsa, ayrıca ilk kararlar dosya üzerinden verilemiyorsa bu durumda duruşma yapılır ve duruşmada karara bağlayacaktır.

²¹ŞEKER, s.315

Duruşmasız ön inceleme uygulamada olduğu gibi, kanun koyucu tarafından da kabul gören bir durum olduğu halde Yargıtay bu durumu bozma sebebi olarak görmese de yanlış bir durum olduğuna dikkat çekmiştir. “*Dava şartları ve ilk itirazlar hakkında dosya üzerinden karar verilmesi mümkün ise de, bu yönlerden yapılan inceleme tamamlandıktan sonra ön inceleme için duruşma günü tebliğ edilip, taraflara bildirmesi zorunludur. Çünkü tahkikat, tarafların ön inceleme duruşmasında anlaşamadıkları hususlar esas alınarak yürütülecektir (md. 140/3). Bu bakımdan mahkemenin ön incelemenin duruşmasız yapılmasına karar verip, tarafların anlaşamadıkları hususları tespit etmeden doğrudan tahkikat aşamasına geçmesi usule aykırıdır. Ne var ki, usulü muhakemeye muhalefetten dolayı bir hükmün bozulabilmesi için de, usule ilişkin bu kusur ve hatanın hükmü değiştirecek nitelikte bulunması gerekir (HUMK 428/son). Ön incelemede çözümü gereken usulü bir sorun taraflarca ileri sürülmediği ve mahkemece de böyle bir sorun tespit edilmediğine göre, ön inceleme duruşması yapılmaksızın tahkikata geçilmiş olması, tek başına bozma sebebi yapılmamış, yanlışlığa değinilmekle yetinilmiştir²²”.*

2- ÖN İNCELEME DURUŞMASI

a) Duruşmaya Davet

Mahkeme, dilekçelerin karşılıklı verilmesinden dava şartları ile ilk itirazlarla ilgili incelemeyi tamamladıktan sonra, ön inceleme için bir duruşma günü tespit ederek taraflara bildirir. Çıkarılacak davetiyede, duruşma davetiyesine ve sonuçlarına ilişkin diğer hususlar yanında, taraflara sulh için gerekli hazırlığı yapmaları, duruşmaya sadece taraflardan birinin gelmesi ve yargılamaya devam etmek istemesi durumunda, gelmeyen tarafın yokluğunda yapılan işlemlere itiraz edemeyeceği ve diğer tarafın, onun muvafakati olmadan iddia ve savunmasını genişletebileceği yahut değiştirebileceği ayrıca ihtar edilir (HMK 139).

Ön inceleme duruşmasında davetiye klasik anlamda meşruhatlı davetiye olacaktır. Yani, mahkemelerce gönderilen ve yazılı hususa riayet edilmediği takdirde olacaklar hakkında kişinin uyarıldığı tebligat gönderilir. Maddeden de anlaşılacağı gibi, bu davete rağmen gelmeyen taraf, davetiyede belirtilen yaptırımlara maruz kalacaktır.

²²Y.2.HD E. 21.10.2013 K. 2013/10036-23648 (kazancı.com)

b) Duruşma

Ön inceleme için duruşma gününün tüm dilekçe aşamaları tamamlandıktan sonra verilmesi zorunludur. *“Davalının ön inceleme duruşmasına davet edilmesi yasal zorunluluk olup, ön inceleme tamamlanmadan ve gerekli kararlar alınmadan tahkikata geçilemez ve tahkikat için duruşma günü verilemez. Davalının hukuki dinlenilme hakkı kapsamındaki savunma hakkını kısıtlayacak şekilde yokluğunda ön inceleme aşamasının tamamlanarak, yokluğunda yargılama yapılarak hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır.”*²³ *Hâkimin davayı aydınlatma görev ve yetkisi önemini özellikle ön inceleme duruşmasında kendini gösterecektir*²⁴. *Ön inceleme için bir oturum günü belirlenmesi, ön inceleme konusundaki bazı işlemlerin bu oturumda, iki taraf veya vekilleri huzurunda gerçekleştirilmesi amaçlanmıştır*²⁵. *“Mazeret nedeniyle ön inceleme duruşması yapılmamışsa, kanunun ön inceleme duruşmasında yapılmasını öngördüğü işlemlerin mahkemece yeniden belirlenen duruşmada tamamlanması gerekir. Ancak aynı duruşmaya davalı yine mazeret gönderdiğinden, artık uyumsuzluk konularını tespit ve tarafları sulhe teşvik gibi ön incelemeye ait işlemlerin yapılması da söz konusu olamaz. Mahkemece tahkikata geçildiğinden, tahkikat duruşmasına davalının usulünce davet edilmeden, yokluğunda hüküm kurulması isabetsizdir”*²⁶.

Ön inceleme duruşması tahkikat duruşması değildir, sadece tahkikata hazırlık işlemleri yapılmalıdır. Bu sebeple, ön inceleme duruşması özel ve ayrı, bağımsız bir ön duruşmadır. Duruşmada, taraflara dilekçelerinde gösterdikleri, ancak henüz sunmadıkları belgeleri mahkemeye sunmaları veya başka yerden getirtilecek belgelerin getirtilebilmesi amacıyla gereken açıklamayı yapmaları için iki haftalık kesin süre verilir. Bu hususların verilen kesin süre içinde tam olarak yerine getirilmemesi hâlinde, o delile dayanmaktan vazgeçilmiş sayılmasına karar verilir.

Ön inceleme duruşması kural olarak tek duruşmadır ancak bunun iki istisnası vardır. Birincisi yukarıda bahsedilen, tarafların sulh olma ihtimalidir. İkinci istisna ise, zorunluluk halidir. Zorunluluk bulunması

²³Y. 2. HD. E.2016/369 K.2017/5005(kazancı.com)

²⁴ÖZEKES, M. HMK Tasarısında Ön İnceleme, Hukuki Perspektifler Dergisi, s.104

²⁵ÖZBAY, İ.6100 s. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Neler Getirdi? 2. Baskı,2013, s.186, Y.HGK E. 2017/2-1887K. 2017/1196, Y.HGK E. 2016/6-1058 K. 2017/1068(kazancı.com)

²⁶Y.2.HD 02.12.2013, 2013/15291-28266 (kazancı.com)

durumunda mahkeme, yeni bir ön inceleme duruşması tayin eder.

Uyuşmazlık konularının tespitinden sonra hâkim, tarafları sulhe teşvik eder; bu konuda sonuç alınacağı kanaatine varırsa, bir defaya mahsus olmak üzere yeni bir duruşma günü tayin eder. Maddeden de anlaşılacağı üzere; HMK, tarafların sulhüne ayrı bir önem vermiştir. Öyle ki, hâkim, öncelikle tarafları sulhe teşvik edecek (bu hüküm emredicidir), tarafların sulh olabilecekleri, bunun için görüşmeye ve zamana ihtiyaçları olduğu kanaatine sahip olursa bir defaya mahsus olmak üzere yeni bir ön inceleme duruşması yapabilecektir.

Ön inceleme duruşmasının sonunda, özel bir tutanak düzenlenir. Tarafların sulh faaliyetinden bir sonuç alıp almadıkları, sonuç alamadıkları takdirde anlaşamadıkları hususların nelerden ibaret olduğu tutanakla tespit edilir. Bu tutanağın altı, duruşmada hazır bulunan taraflarca imzalanır. Tahkikat bu tutanak esas alınmak suretiyle yürütülür (HMK M.140/3). Şayet uyuşmazlık sulh yoluyla çözülmüşse, tutulan tutanak artık bir sulh belgesidir. Taraflar sulh olmamışlarsa, yani uyuşmazlık devam ediyorsa, duruşma tutanağında yer alan unsurlar tahkikat aşamasında nelerin inceleneceğini gösterir.²⁷

Ön inceleme tamamlanmadan tahkikata geçilemez ve tahkikat duruşması için duruşma günü verilemez (m.137/2). Ön incelemede davanın devamı yönünde bir sonuç ortaya çıkarsa, yargılamaya devam edileceğinden tahkikat için duruşma günü verilmelidir.

Tahkikat için duruşma günü ön inceleme tutanağının sonuna yazılabileceği gibi, bu konudaki gün belirleme daha sonraya da bırakılıp ayrıca tebliğ edilebilir.

c) Basit Yargılama Usulünde ve Yazılı Yargılama Usulünde Ön inceleme Sadece basit yargılamada birleşik duruşma yapılabilir (m.320). Kanunda belirtilen sadece basit yargılamada birleşik duruşma yapılmasının asıl sebebi; basit yargılamadaki işlemlerin daha basit ve mümkün olduğunca çabuk sonuçlandırılmasının istenmesidir.

Basit yargılama usulünde ön inceleme aşaması bulunmakla birlikte (HMK.m.320), yapılan işlemler yazılı yargılama usulüne göre basitleştirilmiştir. Taraflara eksik kalan delilleri tamamlamaları ve başka

²⁷MUŞUL, T. Medeni Usul Hukuku 3. Baskı, Ankara, 2012,s.290

yerden getirilecek deliller hakkında bilgi vermeleri için iki hafta süre verilmemektedir. Bu nedenle davacının dava dilekçesinde, davalının ise cevap dilekçesinde bütün delillerini göstermesi ve ellerinde olanları dava dosyasına tevdi etmesi gerekir²⁸.

Basit yargılama usulü, kanunlarda açıkça belirtilenler dışında, aşağıdaki durumlarda uygulanır:

- a) Sulh hukuk mahkemelerinin görevine giren dava ve işler.
- b) Doğrudan dosya üzerinden karar vermek konusunda kanunun mahkemeye takdir hakkı tanıdığı dava ve işler.
- c) İhtiyati tedbir, ihtiyati haciz, delil tespiti gibi geçici hukuki koruma talepleri ile deniz raporlarının alınması, dispeççi atanması talepleri ve bunlara karşı yapılacak olan itirazlar.
- ç) Her çeşit nafaka davaları ile velayet ve vesayete ilişkin dava ve işler.
- d) Hizmet ilişkisinden doğan davalar.
- e) Konkordato ve sermaye şirketleri veya kooperatiflerin uzlaşma suretiyle yeniden yapılandırılmasına ilişkin açılacak davalar.
- f) Tahkim hükümlerine göre, mahkemenin görev alanına giren dava ve işler.
- g) Diğer kanunlarda yer alan ve yazılı yargılama usulü dışındaki yargılama usullerinin uygulanacağı belirtilen dava ve işler.

Basit yargılama usulünde dava açılması ve davaya cevap verilmesi dilekçe ile olur. Dava ve cevap dilekçeleri Adalet Bakanlığı tarafından 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren altı ay içerisinde hazırlanacak yönetmelikte belirlenecek formun doldurulması suretiyle de verilebilir.

Basit yargılama usulünde cevap süresi, dava dilekçesinin davalıya tebliğinden itibaren iki haftadır. Ancak mahkeme durum ve koşullara göre cevap dilekçesinin bu süre içinde hazırlanmasının çok zor yahut imkânsız olduğu durumlarda, yine bu süre zarfında mahkemeye başvuran davalıya, bir defaya mahsus ve iki haftayı geçmemek üzere ek bir süre verebilir. Ek

²⁸ERDÖNMEZ, G., HMK' ya göre Delillerin Gösterilmesi ve İbrarı, İSTANBUL BAROSU DERGİSİ • Cilt: 87, Sayı: 5, 2013, s.47

cevap süresi talebi hakkında verilen karar taraflara derhal bildirilir.

Basit yargılama usulüne tabi davalarda taraflar cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçesi veremezler. Böylelikle, ön inceleme aşaması daha erken bir zamana alınmış olmaktadır. Ayrıca, basit yargılama usulüne ilişkin olarak ön inceleme yargılamanın bağımsız bir aşaması olarak kabul edilmemiş, tahkikat aşaması ile birlikte düzenlenmiştir. Ön inceleme işlemleri tahkikat için belirlenen duruşmanın başında yapılmalıdır (HMK m. 320/2) “*Anlaşmazlık davanın konusuz kılması, feragat, ...veya herhangi bir nedenle; ön inceleme tutanağı imzalanıncaya kadar giderilirse, Tarife hükümleriyle belirlenen ücretlerin yarısına ...hükmolunur. ...*”²⁹. Hatta Kanun’un izin verdiği hallerde ön inceleme ve tahkikat yapmadan dahi karar vermek mümkündür.(HMK m. 320/1)

Basit yargılama usulünde taraflar dilekçeleri ile birlikte, tüm delillerini açıkça ve hangi vakıanın delili olduğunu da belirterek bildirmek; ellerinde bulunan delillerini dilekçelerine eklemek ve başka yerlerden getirilecek belge ve dosyalar için de bunların bulunabilmesini sağlayan bilgilere dilekçelerinde yer vermek zorundadır.

Basit yargılama usulünde iddianın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı dava açılmasıyla; savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı cevap dilekçesinin mahkemeye verilmesiyle başlar.

Basit yargılama usulüne tabi davalarda mahkeme, mümkün olan hallerde tarafları duruşmaya davet etmeden dosya üzerinden karar verir.

Çekişmesiz yargı işlerinde, niteliğine uygun düştüğü ölçüde, basit yargılama usulü uygulanır.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun ve diğer kanunlarda basit yargılama usulü hakkında hüküm bulunmayan hallerde, yazılı yargılama usulüne ilişkin hükümler uygulanır.

Yazılı yargılama usulünde ise, basit yargılamada olduğu gibi birleşik durumda yapılmaya izin verilmemiştir. Ancak, gerektiğinde ve ön inceleme için tüm işlemler tamamlanmışsa, yazılı yargılama usulünde

²⁹Y. 15. HD E. 2017/465 K. 2017/1876 (kazancı.com)

de ön incelemenin hemen ardından tahkikata geçilebilecektir³⁰. Dikkat edilmesi gereken yani asıl amaç, ön incelemede tahkikata hazırlık işlemleri yapılmasıdır. Çünkü ön inceleme yapılmadan tahkikata geçilemez ve tahkikat duruşması için gün verilemez (HMK m. 137/2).

Yazılı yargılama usulünde, HMK'nın 140/5. maddesi uyarınca: “*Ön inceleme duruşmasında, taraflara dilekçelerinde gösterdikleri, ancak henüz sunmadıkları belgeleri mahkemeye sunmaları veya başka yerden getirtilecek belgelerin getirtilebilmesi amacıyla gereken açıklamayı yapmaları için iki haftalık kesin süre verilir. Bu hususların verilen kesin süre içinde tam olarak yerine getirilmemesi halinde, o delile dayanmaktan vazgeçilmiş sayılmasına karar verilir.*”

Ayrıca HMK'nın 137/1. maddesi uyarınca: “*Dilekçelerin karşılıklı verilmesinden sonra ön inceleme yapılır. Mahkeme ön incelemede; dava şartlarını ve ilk itirazları inceler, uyuşmazlık konularını tam olarak belirler, hazırlık işlemleri ile tarafların delillerini sunmaları ve delillerin toplanması için gereken işlemleri yapar, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği davalarda onları sulhe teşvik eder ve bu hususları tutanağa geçirir.*” Bu durumda yazılı yargılama usulünde, delil gösterme açısından Kanun'un belirttiği süre, ön inceleme aşamasıdır.

Ön inceleme aşamasından sonra gösterilen delil ancak 145. maddede bahsi geçen duruma göre değerlendirilir. HMK m. 145'e göre; “*Taraflar, Kanunda belirtilen süreden sonra delil gösteremezler. Ancak bir delilin sonradan ileri sürülmesi yargılamayı geciktirme amacı taşııyorsa veya süresinde ileri sürülebilmesi ilgili tarafın kusurundan kaynaklanıyorsa, mahkeme o delilin sonradan gösterilmesine izin verebilir.*” Ancak bu imkân, her türlü delil için mevcut değildir. Çünkü ön inceleme duruşmasını düzenleyen 140. maddenin beşinci fıkrası uyarınca: “*Ön inceleme duruşmasında, taraflara dilekçelerinde gösterdikleri, ancak henüz sunmadıkları belgeleri mahkemeye sunmaları veya başka yerden getirtilecek belgelerin getirtilebilmesi amacıyla gereken açıklamayı yapmaları için iki haftalık kesin süre verilir. Bu hususların verilen kesin süre içinde tam olarak yerine getirilmemesi halinde, o delile dayanmaktan vazgeçilmiş sayılmasına karar verilir.*” Yani mahkemenin ön inceleme aşamasında ikamesine izin vereceği belgeler, sadece dava ve cevap (replik

³⁰PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.319

ve düplik) dilekçelerinde gösterilenlerdir. 140/5. madde, ön inceleme duruşmasında dahi, dava ve cevap dilekçesinde gösterilmiş olmayan belgenin ikamesine izin vermemiştir.

Buna karşılık, diğer delillerin ve bilhassa tanık listesinin, dava ve cevap dilekçesi ile birlikte verilmesi zorunlu değildir. Çünkü özellikle tanık, istisnalar dışında, hukuki işlemi değil, hukuki fiil veya olayı ispat etmek için gösterilecektir. Hukuki fiil veya olayın, özel hukukun aradığı kalıba uygun olarak gerçekleştiğinden söz edilmesi ise mümkün değildir. Dolayısıyla böyle bir olguyu ispat etmek isteyen kişinin, davacı veya davalı olsun, delil kaynağını derhal bilmesi veya bulması mümkün olmayacaktır.

Taraflardan, tanık listesini dava veya cevap dilekçesi ile birlikte derhal sunmasını istemek ve aksi takdirde tanık deliline dayanmaktan vazgeçtiği sonucu çıkartmak, çabukluk sağlama uğruna, etkin hak arama imkânını zedeleyecektir. Üstelik tanık listesinin derhal verilmesinin, belgede olduğu gibi, tarafları uzlaşmaya zorlayıcı etkisi de bulunmayacaktır. İşte bu sebeple kanun koyucu, yazılı yargılama usulünde, belge delili dışındaki deliller açısından, dava veya cevap dilekçesi ile birlikte gösterme zorunluluğu getirmemiştir. Bu usulde belge dışındaki deliller, en geç ön inceleme aşamasında sunulabilecektir. Çünkü HMK'nın 137. maddesi uyarınca hâkim, ön inceleme aşamasında, *“ tarafların delillerini sunmaları ve delillerin toplanması için gereken işlemleri yapar.”*

Basit yargılama usulünde delillerin ikamesini düzenleyen 318. madde şu şekildedir; *“Taraflar dilekçeleri ile birlikte, tüm delillerini açıkça ve hangi vakıanın delili olduğunu da belirterek bildirmek; ellerinde bulunan delillerini dilekçelerine eklemek ve başka yerlerden getirilecek belge ve dosyalar için de bunların bulunabilmesini sağlayan bilgilere dilekçelerinde yer vermek zorundadır.”* Görüldüğü gibi bu hükümde, sadece belgelerin değil, tüm delillerin dava ve cevap dilekçesi ile birlikte verilmesi zorunlu kılınmıştır. Ancak Yargıtay'ın da savunduğu görüşe göre, şayet cevap dilekçesinde tanıkların beyanına dayanılarak savunma yapılmışsa ve tanıkların ismini sonradan beyan edileceğini bildirmişse buna izin verilmesi yönündedir. *“Hizmet sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıkta, davalı vekili kendisine verilen 2 haftalık kesin süre içinde davaya karşı cevaplarını bildirmiş, savunma yapmış, aynı dilekçede deliller bölümünde tanık deliline dayanmış, tanıkların hangi konuda bilgisine*

başvurulacağını bildirmiş, tanıklarının isimlerini daha sonra vereceğini beyan etmiştir. Taraflar sulh olmadıklarından davalı vekili tanıklarının isimlerini bildirmesi için süre istemiş, mahkeme HMK'nun 318.maddesini gerekçe göstererek talebi reddetmiş, tanık dinlemeden davayı sürdürüp bitirmiştir. Davalı vekili iki haftalık kesin süre içinde sunduğu dilekçede tanık deliline dayandığına göre davalı tarafa tanıklarının isimlerini, adreslerini bildirmesi için usulüne uygun süre verilerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yanlıgılı değerlendirme ile savunma hakkını kısıtlar biçimde talebin reddi doğru olmamıştır”³¹.

Yazılı yargılama usulünde, dava ve cevap dilekçesi ile birlikte sadece belgelerin sunulmasını zorunlu kılan Kanun'un, basit usulde bu zorunluluğun kapsamına tüm delilleri almış olmasıdır. Bu ayrımın sebebi; HMK'nın 320. maddesi uyarınca basit yargılama usulünde, ön inceleme duruşması yapılmamaktadır (bunun yerine ilk oturum ön inceleme duruşması gibi düzenlenmiştir). Yine bu usulde, replik ve düplik dilekçesi de verilmemektedir. Bunun sebebi, uyuşmazlığı derhal tespit etmek ve kısa sürede çözüme bağlamaktır. Bu sebeple dava ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağı, yazılı usulden farklı olarak dilekçelerin verilmesiyle başlamaktadır: “Madde 319-İddianın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı dava açılmasıyla; savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı cevap dilekçesinin mahkemeye verilmesiyle başlar.” Kanun'un amacı basit usule tabi uyuşmazlığı çok kısa sürede çözümlenmeye yöneldiğinden, uyuşmazlığı bir an önce netleştirmek istemiş ve değiştirme/genişletme yasağını derhal uygulamıştır. Bu sebeple ön incele duruşması da düzenlenmemiştir. Böyle olunca, basit usulde, tanık listesi de dâhil tüm delillerin, dava ve cevap dilekçesi ile birlikte verilmesini istemiştir.

Oysa yazılı yargılama usulünde iddia ve savunmanın değiştirilmesi/genişletilmesi yasağı, dilekçe değişimi aşaması sona erdikten, hatta meşruhata rağmen duruşmaya gelinmeyerek zımnı muvafakat verilmesi durumunda, ön inceleme aşaması bittikten sonra başlamaktadır:

“Madde 141 -(1) Taraflar, cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçeleri ile serbestçe; ön inceleme aşamasında ise ancak karşı tarafın açık muvafakati ile iddia veya savunmalarını genişletebilir yahut değiştirebilirler. Ön

³¹ Y.7.HD. E. 27.12.2013 K.2013/15634-23731 (kazancı.com)

inceleme duruşmasına taraflardan biri mazeretsiz olarak gelmezse, gelen taraf onun muvafakati aranmaksızın iddia veya savunmasını genişletebilir yahut değiştirebilir. Ön inceleme aşamasının tamamlanmasından sonra iddia veya savunma genişletilemez yahut değiştirilemez./ (2) İddia ve savunmanın genişletilip değiştirilmesi konusunda ıslah ve karşı tarafın açık muvafakati hükümleri saklıdır.”

Genişletme, açık muvafakat veya duruşmaya özürsüz gelmemek suretiyle zımnî muvafakat sonucunda ön inceleme duruşmasında gerçekleşmiş ise değişen/genişleyen olgularla ilgili belge de dâhil tüm –yeni-deliller, ön inceleme duruşmasında sunulacaktır. Dava veya savunmanın genişletilmesi/değiştirilmesine imkân tanıyan Kanun’un, değişen/genişleyen olguyu ispata da izin vereceği ve bunun için, belirtilen aşamalarda yeni delil sunulmasını mümkün kılacağı açıktır. Burada dikkat edilmesi gereken husus, ön inceleme duruşmasında (en geç hâkimin vereceği kesin süre içinde), değişen veya genişleyen olgularla ilgili olan, belge de dâhil tüm yeni delillerin ve bu arada tanık listesinin verilmesi zorunluluğudur. Daha önce tanık listesi verilmiş olmasa dahi, bu aşamada, artık iddia veya savunmanın eski şekli için değil, değişen/genişleyen yeni şekli için tanık listesi verilecektir. Yazılı usulde, belge dışındaki delillerin, dava ve cevap dilekçesi ile birlikte sunulmasının zorunlu tutulmamasının bir sebebi de budur: İddia veya savunmanın dayandığı olgular değişebileceğine göre, daha en baştan bu olgularla ilgili tanık göstermenin yararı bulunmamaktadır. Oysa belge söz konusu olduğunda, iddia değişecek olsa bile önceden sunmakta yarar vardır; çünkü belge, tarafları uzlaşmaya zorlayabilecektir. Özetle yazılı yargılama usulünde, belge delillerinin dava ve cevap dilekçesi ile birlikte, diğer delillerin ise en geç ön inceleme aşamasında gösterilmesi zorunludur. Dava veya savunmanın değiştirilmesi/genişletilmesi durumunda, değişen olgularla ilgili yeni delillerin, belge ise replik ve düplik dilekçesi ile bunun dışındakilerin ise ön inceleme aşamasında gösterilmesi gerekmektedir. Dava veya savunmanın genişletilmesi/değiştirilmesi, tahkikat aşamasında, açık muvafakat veya ıslahla gerçekleşmiş ise değişen olgularla ilgili yeni delil gösterilmesi mümkündür³².

“Islah, iddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağının istisnalarından olup, taraflardan birinin yapmış olduğu bir usul işlemini

³²DARENDE, İ. HMK’ da Delil Sunma Zamanı, <http://www.sinerjias.com.tr/pg/pdf/hukuk-muhakemeleri-kanununda-delil-sunma-zamani.pdf>

tamamen veya kısmen düzeltilmesi olarak tanımlanmaktadır. İslah ile taraflar dava sebebini, dava konusunu veya talep sonucunu değiştirebilirler. Usulüne uygun olarak açılmış bir davanın bulunması şartı ile davanın tamamen veya kısmen ıslahı mümkündür. Dava sebebini veya dava konusunun değiştirilmesi tamamen ıslah halleridir. (Baki Kuru 4. Cilt s. 3990).

Bu açıklamalar ışığında somut olaya bakıldığında davacılar tarafından usulüne uygun olarak açılmış maddi tazminat istemli davada ıslahla manevi tazminat istemlerinde hukuken bir engel yoktur. Mahkemenin başlangıçta talep edilmeyen bir hakkın yargılama aşamasında ıslah ile talep edilemeyeceği değerlendirmesi doğru değildir. Mahkemece manevi tazminata yönelik istemin esası incelenerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde reddine karar verilmesi doğru görülmemiş kararın bozulması gerekmiştir.³³

“Dava Hukuk Muhakemeleri Kanunu yürürlüğe girdikten sonra 3.2.2012 tarihinde açılmış, davacı kadın dava dilekçesinde tazminat istememişken tahkikat aşamasında 26.9.2012 havale tarihli dilekçe ile maddi ve manevi tazminat (TMK. m. 174/1-2) talebinde bulunmuştur. Taraflar, cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçeleri ile serbestçe, ön inceleme aşamasında ise ancak karşı tarafın açık muvafakati ile iddia ve savunmalarını genişletebilir yahut değiştirebilirler³⁴.”

“Davalı kadının dilekçelerin karşılıklı verilmesi aşamasında yer almayan maddi ve manevi tazminat ile yoksulluk nafakası istekleri, talep sonucunun genişletilmesi niteliğindedir. Bu durumda davacı erkeğin açık rızası bulunmadığına ve ıslah da söz konusu olmadığına göre, davalı kadının bu talepleri artık incelenemez. O halde, kadının maddi ve manevi tazminat ile yoksulluk nafakası talepleri hakkında karar verilmesine yer olmadığına dair karar verilmesi gerekirken, kesin hüküm oluşturacak şekilde talebin reddine karar verilmesi doğru görülmemiş ve bozmayı gerektirmiştir³⁵.”

C) SONUÇ

Gerek yargılama usul leri bakımından gerekse HMK'daki en önemli yenilik ön inceleme aşamasının kabul edilmesidir. Yeni kabul edilen sistemin sağlıklı işletilmesi bakımından ön inceleme çok önemli bir işleve sahiptir.

³³Y.4.HD. E. 2012/5120 K. 2013/4672 T. 14.03.2013 (kazancı.com)

³⁴Y.2.HD E. 2012/27205 K. 2013/12906 T.09.05.2013 (kazancı.com)

³⁵Y. 2. HD E. 2015/25757 K. 2017/4574 (kazancı.com)

Ön incelemenin sağlıklı işlemesi için tarafların ve mahkemenin mutlaka dilekçelerin verilmesinden sonra dosyayı okumaları ve dosyaya hâkim olmaları gereklidir. Bu konuda özellikle mahkemelerin çok dikkatli ve titiz davranması gerekir. Bu yeni sistemden sonra, mahkemelerin eski alışkanlık ve anlayışla işlerini yürütmesi mümkün değildir. Aksi halde, hâkimin açık kanun hükmünü uygulamamaktan dolayı sorumluluğu doğabileceği gibi, davanın gereksiz yere uzamasına sebep olması da söz konusu olabilecektir. Avukatlar bakımından da, ön inceleme aşamasının gereklerine uygun davranılmazsa önemli hak kayıplarının doğması ihtimali doğabilecektir.

Ön inceleme tamamlanmadan ve gerekli kararlar verilmeden yargılamaya devam edilmesi mümkün değildir. Eğer bu aşamaya uyulmadan yargılamalar uzarsa, kanuni bir imkân kullanılmadığından makul sürenin aşılması sebebiyle adil yargılanma hakkı ihlâli ile de karşılaşılabilir.

Hâkimlerin asli görevlerinden biri olan, taraflar arasında uyuşulan ve uyuşulmayan konuları saptamak olduğunu eski HUMK da emretmekteydi, buna rağmen uyuşmazlıkların tespiti tam anlamıyla hâkimler tarafından yapılmamaktaydı ancak HMK ile ön inceleme duruşması sonrası tutulan tutanağın taraflarca da imzalanması gerektiğini belirterek uygulamada bir zorlayıcılık getirilmiştir. Bu çerçevede hâkimlerin performans değerlendirilmelerinde en önemli kriterlerden birisi bu aşamanın gereklerinin yerine getirilip getirilmediği olacaktır.

Hâkimler, böylece ön incelemede yapılan tespitler doğrultusunda işin esasına girecek ve tahkikat yapılacaksa, bu aşamada tespit edilen uyuşmazlık konuları ile sınırlı ve bu çerçeve esas alınarak yargılama yürütülecektir. Böylelikle, eski dönemde yer alan alışkanlıklar terk edilerek, tarafların uzun uzadıya süren ve sonuçlanmayacağını düşündükleri davalar daha kısa sürede sonuçlanacaktır.

Ayrıca, ön inceleme çerçevesinde tarafların sulhe teşvik edilmeleri için, sadece hukuki bilgi ile yetinilmemeli aynı zamanda somut olaya göre gerekirse uzmanlara da başvurularak, mahkemenin bu konuda tespit yapması kolaylaştırılmalıdır.

Her yeni gelen düzenlemede olduğu gibi ön inceleme açısından dezavantajlar olabileceği düşünülse de (yani hâkimlerin ve avukatların bu duruma adapte olamamaları, eski alışkanlıklarını devam ettirebilecekleri gibi durumlar),

uygulamada uzun süren bir eksikliğin, ön inceleme ile beraber giderileceği düşüncesi ağır basmalıdır, sonuçta ön inceleme yapılması gerekeni HMK ile bir kez hatırlatmaktadır. Başlangıçta harcanacak biraz daha fazla zaman ve ayrılacak emek, yargılamanın sonraki aşamalarındaki tüm tahkikatı kısaltacak, düzene sokacak, kötü niyetli taraf davranışlarının önüne geçecek ve yargılamanın amacına uygun yürütülmesini sağlayacaktır.

KAYNAKÇA

- [1.] ATALAY O., PEKCANITEZ H., ÖZEKES M., (2014) Medeni Usul Hukuku 2. Bası, Ankara
- [2.] BUDAKA.C.,KURUB.,(2011)İstanbulBarosuDergisi,Cilt.85,Bası5
- [3.] ÇELİKOĞLU C.T., HMK Yargılama Modelinde Öninceleme Safhası, <http://www.e-akademi.org/makaleler/ctcelikoglu-1.pdf>
- [4.] DARENDE M.İ. ,HMK'da Delil Sunma Zamanı, <http://www.sinerjias.com.tr/pg/pdf/hukuk-muhakemeleri-kanununda-delil-sunma-zamani.pdf>
- [5.] EJDER, Y., (2012) Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Yetkin Yayınları, Ankara
- [6.] ERDÖNMEZ G.,(2013) HMK'ya göre Delillerin Gösterilmesi ve İbrazı, İSTANBUL BAROSU DERGİSİ • Cilt: 87, Sayı: 5
- [7.] ERMENEK İ., (2011) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, CİLT 2 SAYI: 1
- [8.] www.kazanci.com.tr
- [9.] KÖSEOĞLU B., (2013) Hukuk Yargılamasında Ön İnceleme ve Uygulaması, Ankara
- [10.] MUŞUL T.,(2012) Medeni Usul Hukuku 3. Baskı, Ankara
- [11.] ÖZBAY İ.,(2013) 6100 s. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Neler Getirdi? 2. Baskı, Ankara
- [12.] ÖZEKES M.,(2006)HMK Tasarısında Ön İnceleme, Hukuki Perspektifler Dergisi, No.8
- [13.] ŞEKER H., (2012) İlkeler Işığında Ön inceleme Kurumu, İstanbul Barosu Yayınları
- [14.] ULUKAPI Ö., (2014) Medeni Usul Hukuku, Konya, Mimoza Yayınları

Babalık Davası

Av. Yasin SAGİRİ¹

Özet

4721 sayılı Medeni Kanunda düzenlenen babalık davasının amacı, evlilik dışı ilişkiden doğan ve hiç bir erkeğe soybağı ilişkisi yönünden bağlı bulunmayan çocukların, babaları yönünden hukuki olarak soybağı ilişkisinin, hâkim hükmü ile kurulmasını sağlamaktır. 2002 yılına kadar yürürlükte olan 743 sayılı Eski Medeni Kanunumuzun soybağı ile ilgili hükümlerinde, 4721 sayılı Medeni Kanunumuz yeni değişiklikler getirmiştir. Babalık davası da bu değişikliklerden önemli derecede etkilenmiştir. Bu değişikliklerin nedeni, ulusal ve uluslararası hukukta çocuk haklarının gittikçe önem kazanmasından kaynaklanmaktadır. Evlilik dışı ilişkiden doğan çocuklar da, genel olarak tüm çocuklar lehine oluşan hukuki gelişmelerden, en olumlu yönden etkilenen çocuk grubu olduğunu söyleyebiliriz.

***Anahtar Kelimeler:** Babalık davası, tanıma, çocuklar, hukuki soybağı.*

Abstract

The purpose of the paternity case set forth in the Civil Code No. 4721 is to ensure that children who are born out of marriage and who are not affiliated to any other person in relation to the lineal relationship are legally related to their father by the provision of a judge. In accordance with the provisions of the Old Civil Code No. 743, which was in effect until 2002, regarding the custodial law, our Civil Code No. 4721 introduced new amendments. The paternity case was also significantly affected by these changes. The reason for these changes is due to the growing importance of children's rights in national and international law. We can say that the children born out of marriage are also the group of children who are most affected by legal developments in general, favoring all children.

***Keywords:** Paternity case, recognition, children, paternity.*

¹e-mail: sagiriyasin@gmail.com

1. Giriş

Çocuklar, toplumun hem maddi anlamda, hem de manevi anlamda en güçsüz ve bakıma muhtaç kesimini oluşturmaktadır. Bu nedenle çocukların korunması; sosyal, hukuki her alanda çocuklara sahip çıkılması; çocukların hem psikolojik, hem de fiziksel olarak iyi yetişmiş bireyler olarak topluma kazandırılması; bir devletin en önemli görevlerindedir. Devlet bu amaçla çocukları koruyucu ve onların hak kayıplarına uğramasını önleyici her türlü hukuki düzenlemeyi yapmalıdır. Bu bağlamda devlet, evli olmayan erkek ve kadının cinsel ilişkisi sonucu doğan evlilik dışı çocukların da, evlilik içinde doğan çocukların sahip olduğu her türlü haktan yararlanmasını sağlamak, çocuklar arasındaki eşitsizlikleri kaldırmakla yükümlüdür.

Nitekim hukukumuz açısından 2002 yılında yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu² ile, 2002 yılına kadar yürürlükte olan 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin evlilik dışında doğan çocuklarla, evlilik içinde doğan çocuklar arasında soybağı ilişkisi yönünden haksız ayrımlar barındıran hukuki düzenlemeleri terk edilmiş; bu iki çocuk grubunun mümkün olduğu ölçüde aynı düzenlemelere tabi olmaları sağlanmıştır. Bu bağlamda çocuklar arasında haksız ayrıma yol açan evlilik içi soybağı-evlilik dışı soybağı ayrımı kaldırılmış; hem evlilik içi ilişkiden doğan çocukların hem de evlilik dışı ilişkiden doğan çocukların ana ve babalarına aynı tür soybağı ilişkisi ile bağlanabilecekleri kabul edilmiştir. Çalışmamızın konusu olan babalık davası da, 2002 yılındaki kanun değişikliğinden önemli ölçüde etkilenen kurumlardandır. 2002 yılı değişikliği ile Eski Medeni Kanunda yer alan ve hukuki olarak farklı sonuçları olan şahsi sonuçlu-mali sonuçlu babalık davası ayrımı kaldırılarak; çocuk ile babası arasındaki soybağı ilişkisinin kurulmasını sağlayan tek bir babalık davası düzenlenmiştir. Ayrıca babalık davası ile çocuğun babasına bağlanabilmesi için Eski Kanun'un gerçekleşmesini aradığı ağır bir takım şartlara da Yeni Kanun'da yer verilmeyerek; babalık hükmü almak kolaylaştırılmıştır. Ancak evlilik dışı çocukların hukuki statüsünün bu şekilde iyileşmesi hem ülkemiz, hem de dünya açısından oldukça uzun tarihi bir süreç gerektirmiştir.

Eski çağlardan bu yana coğrafi, ekonomik, sosyal farklılıklardan dolayı, aile yapılanmaları değişiklikler arz etse de³, aile kurumu hep var olmuştur.

²Kanun numarası 4721 olan Türk Medeni Kanunu, 22 Kasım 2001 yılında Türkiye Büyük Millet Meclisinde Kabul edilerek, 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe girmiştir. (Bkz. RG, 08.12.2001T. ,24607S).

³Aile kurumunun tarihi gelişimi ve değişimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Efem, G.; 21. Yüzyılda Aile Kavramı ve Türk Medeni Kanunu Çerçevesinde Değerlendirilmesi, Eurojuris Yayınları, İstanbul, 2004, s. 1-39.

Ailelerin yapısal farklılıkları ve buna ek olarak toplumsal inanış ve anlayışlar; ana, baba ve çocuk arasındaki ilişkilerde, özellikle de bu ilişkileri düzenleyen hukuk kuralları üzerinde, belirleyici faktör olmuştur. Ancak hemen hemen her toplumun, evlilik kurumunu aileyi oluşturan temel faktör sayarak, önemli ve kutsal bir kurum olarak kabul etmesi; evlilik dışı çocukların, ailesel, toplumsal ve hukuki statüleri konusunda, oldukça elverişsiz durumlar yaratmıştır.

Sanayileşme öncesi dönemlerde ekonomi, eğitim, din gibi toplum hayatının temeli olan pek çok konuda önemli fonksiyonlara sahip olması; aile kurumunu toplum hayatında çok önemli bir yere oturtmuştu. Özellikle üretimin aile içerisinde gerçekleştirilmesi ve üretimin büyük ölçüde toprağa bağlı olması; evlilik dışı ilişkiden doğan çocuğun, tüm ekonomik değerler üzerinde tek başına pay sahibi olan babaya mirasçı olup, ailenin ekonomik değerlerinden pay almasını, imkânsız hale getiriyordu. Çünkü üretimin toprağa bağlı olduğu bu devirlerde, genelde bir baba otoritesine tabi oldukça kalabalık ile yapılanmaları mevcuttu. Ayrıca dini inanışların etkisi ile hem evlilik dışı ilişkilere şiddetle karşı çıkılması, hem de bu ilişkiden doğan çocukların günah ürünü olarak kabul edilerek toplumca dışlanması da, evlilik dışı ilişkiden doğan çocukların her açıdan olumsuz bir statüde olmasını sonuçluyordu.

Sanayi devriminin, gayrimenkule dayalı ekonomik değerleri ve aile üretimine dayalı ekonomik yapılanmayı tamamen değiştirmesi, toplumsal her türlü yapılanma ve değerlerin tamamen değişmesini sonuçlamıştır. Aile kurumu da bu süreçten en çok etkilenen kurumlar arasındadır⁴.

Aile kurumunun, dünyada yaşanan bu gelişmeler karşısında hem fonksiyonel hem de yapısal olarak değişime uğraması, evlilik kurumunun da değer ve önemini giderek yitirmesine neden olmuştur. Bireyselleşme ve özgürleşme ekseninde toplum ve aileden hızla kopan modern zaman insanı, dini ve geleneksel değerlerin de özgürlüğünü kısıtladığını düşünerek bu değerlerden de kendisini kurtarmaya çalışmaktadır⁵. Evlilik de kişinin özgürlüğünü kısıtlayan bir bağ olarak algılanmaya başlanmıştır. Bu durum

⁴Sanayi devriminden sonra aile yapılanmalarında ortaya çıkan değişiklikler için bkz. Efem, s. 16-26; Serozan, R.: *Çocuk Hukuku*, İstanbul 2000., s. 17-20.

⁵Şişman, N.: "Küresel Dinamikler Bağlamında Aile ve Kadın", *Günümüzde Aile (Uluslararası Aile Sempozyumu, 2-4 Aralık 2005)*, Ensar Neşriyat, İstanbul, 2007, s. 588.

özellikle 1960'lerden sonra zirveye ulaşmıştır⁶. Bu bağlamda insanlar artık evlenmek yerine evlilik dışı ilişkilere girmeyi tercih etmekte, boşanmalar hızla artmaktadır⁷. Bu nedenlerle evlilik dışı doğan veya parçalanmış ailelerde yaşayan çocukların sayısı hızla artmakta, çekirdek aile yapısı da hızla bozulmakta ve tek ebeveynli aile yapısı giderek yayılmaktadır.

Evlilik kurumunun önemini kaybetmesi ve evlilik dışı çocuk sayısının hızla artması, evlilik dışı çocuklara bakış açısını değiştirmiş; önceleri toplum tarafından reddedilen ve her türlü haktan yoksun bırakılan bu çocukların, toplumsal ve hukuki statüleri giderek iyileşmiştir. Özellikle insan hakları konusunda önemli gelişmeler yaşanması ve bu gelişmelere paralel olarak çocuk hakları konusunda da önemli adımlar atılması, evlilik dışı çocuklar açısından yaşanan bu olumlu değişimleri desteklemiştir. Bu bağlamda artık tüm çocukların da, insan hakkı temeline dayalı, herkes tarafından tanınması ve saygı gösterilmesi gereken, bir takım haklara sahip olduğu; çocuklar arasında evlilik dışı-evlilik içi doğmak veya her hangi başka bir nedenle ayrılmayacağı; hem ulusal hukuklar, hem de uluslararası hukuk tarafından kabul edilmektedir.

Evlilik dışı ilişkiden doğan çocuklara bakış açısının değişmesi ve onlara tanınan haklar bakımından gelinen bu nokta son derece isabetlidir. Çünkü yüzyıllar boyunca ekonomik, sosyal, dini ve ahlaki gerekçelerle evlilik dışı ilişkiden doğma konusunda hiçbir kusuru ve günahı bulunmayan çocuklar toplumca horlanmış, aşağılanmış, her türlü haktan yoksun şekilde yaşamış, ana ve babalarının suçu bu çocuklara yüklenmiştir.

2. SOYBAĞININ TÜRLERİ VE SOYBAĞININ KURULMASI

2.1. Soybağının Türleri

2.1.1. Doğal Soybağı - Hukuki Soybağı

Bir çocuk dünyaya geldiğinde, bu çocuğun doğmasına sebebiyet veren bir erkek ve bir de kadın mevcuttur. Bu kimseler ile doğan çocuk arasında, genetik bir bağlantı bulunur. Hatta anası ve babası bilinmeyen çocuklarda dahi durum bu şekildedir. İşte bir çocuk ile genetik olarak bağlı bulunduğu erkek ve kadın arasındaki bağa, doğal soybağı denir⁸.

⁶Şişman, s. 587.

⁷Efem, s. 37-38; Şişman, s. 587.

⁸Acabey, B. M.; Soybağı Kurulması, Genel Olarak Sonuçları, Özellikle Evlilik Dışında Doğan Çocukların Mirasçılığı, Güncel Hukuk Yayınları, İzmir, 2002, s. 6; Akıntürk, T.; Türk Medeni Hukuku, C.2, Aile Hukuku, Yenilenmiş 10. Bası, Beta, İstanbul, 2006, s. 334 ; Kırkbeşoğlu, N.; Soybağı Alanında Biyoetik ve Hukuki Sorunlar, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006, s. 9.

Hukuk ise sadece bu doğal gerçeklikle hareket etmez. Bu nedenle hukuki alanda doğal soybağı kavramının yerine, hukuki soybağı kavramı karşımıza çıkar. Hukuki soybağı, hukukun aradığı bir takım koşulların gerçekleşmesi halinde, bir çocuğun soybağı yönünden bir kadın veya bir erkeğe bağlanmasını sağlayan ve hukuki alanda pek çok sonuç doğuran bağ olarak tanımlanabilir⁹.

Hukuki analık veya babalık, her zaman genetik analık ve babalık ile örtüşmez. Bu en çok da çocuk ile baba arasındaki soybağı ilişkisinde kendini gösterir. Örneğin bir kadın evliyken, kocası haricinde bir erkekle cinsel ilişkisi sonucu bir çocuk sahibi olsa, çocuk ile genetik babası arasında doğal bir soybağı ilişkisi vardır. Ancak bu çocuğun soybağı reddedilmediği sürece (TMK md. 286-281) hukuk, doğan çocuk ile koca arasında soybağı ilişkisi olduğunu kabul eder çünkü ana ile evli bulunan ve bu nedenle kocanın babalığı karinesine göre (TMK md. 285) baba sayılan kocadır.

2.1.2. Hakiki Soybağı - Yapay Soybağı

Hukuki soybağı olarak adlandırdığımız, hukuk düzenince tanınan soybağı da, kuruluş temelinden hareketle ikiye ayrılmaktadır. Bunlardan ilki, çocuk ile ana ve babası arasındaki genetik ilişkinin temel alındığı soybağıdır ki, bu soybağı doktrinde genel olarak gerçek soybağı olarak adlandırılmaktadır¹⁰.

Hakiki soybağı hukuk tarafından, yukarıda görüldüğü üzere genetik ilişkiye veya bu ilişkinin bulunduğu varsayımına dayanarak kurulmaktadır. Ancak soybağı ilişkisini hukuki anlamda kuran bir başka kaynak daha vardır bu da evlat edinmedir. Evlat edinme Medeni Kanunumuzun 305 ve 320. maddeleri arasında düzenlenen ve evlat edinme sonucunda evlat edinen ile evlat edinilen arasında soybağı ilişkisinin kurulmasını sağlayan hukuki bir yoldur. Hukukumuz açısından evlat edinme yolu ile soybağı ilişkisi, mahkeme kararıyla kurulur (TMK md. 315). Evlat edinme sonucunda oluşan bu soybağı, yapay soybağı olarak adlandırılmaktadır¹¹. Bunun nedeni ise evlat edinenle evlat edinilen arasında genetik bir bağ olmasının evlat edinme için bir şart olarak aranmaması ve çoğunlukla evlat edinen ile evlat edinilen arasında da, böyle bir bağın bulunmamasıdır.

⁹Acabey, s. 7 ; Duran, H.; "Babalık Davası", Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2007, s. 5-6; Doğan, İ.; "Soybağı" Legal Hukuk Dergisi, C.1, S. 12, 2003, s.3038; Kırkbeşoğlu, s. 9,

¹⁰Acabey, s. 11; Duran, s. 7; Kırkbeşoğlu, s. 11.

¹¹Acabey, s. 11-12; Akıntürk, s. 334; Duran, s. 7; Kırkbeşoğlu, s. 11.

2.2. Soybağının Kurulması

2.2.1. Ana Açısından Soybağının Kurulması

Medeni Kanun'un ana ile çocuk arasındaki soybağının kurulmasına ilişkin hükmü şu şekildedir: “Çocuk ile ana arasındaki soybağı doğumla kurulur.” (TMK m. 282/f. 2). Ayrıca 282. maddenin 3. fıkrası ana ve baba açısından ortak bir düzenleme getirerek; soybağının evlat edinme yoluyla da kurulabileceğini ifade etmektedir. Bu düzenlemelere bakarak diyebiliriz ki, bir kadın açısından soybağı ya doğumla ya da evlat edinme yoluyla kurulur. Çocuk ile ana arasındaki soybağının doğum olayına bağlanması, Roma Hukukundaki “Anne her zaman bellidir.” kuralına dayanmaktadır¹².

2.2.2. Baba Açısından Soybağının Kurulması

Bir çocuğu doğuran kadının onun anası sayılması; doğum olayının da dışarıdan gözlenebilen ve tespiti genelde kolayca mümkün bir olay olması nedeniyle, ana açısından soybağının kurulmasında bir zorluk yoktur. Ancak aynı şey baba açısından söylenemez. Çünkü ananın hangi erkek ile cinsel ilişkisi sonucu hamile kaldığı; yani genetik babanın kim olduğu genelde bir sırdır¹³. Yani doğum olayının analık açısından sağladığı aleniyet, babalık açısından geçerli değildir.

Bir erkek ile doğmasına sebep olduğu çocuk arasında doğal bir soybağı ilişkisi olduğu söylenebilir; ama bu, hukuki soybağının kurulması için yeterli değildir. Aralarında hukuki olarak soybağı ilişkisi kurulmadığı sürece, genetik baba ile çocuk hukuki açıdan birbirine yabancıdır¹⁴. Bu nedenle hukuki olarak bir erkek ile bir çocuk arasında soybağı ilişkisinin kurulması, kanunda öngörülen hallerin birisinin gerçekleşmesiyle mümkün olur ve hukuki olarak soybağı kurulan kişi, her zaman genetik baba da olmayabilir. Çünkü baba açısından soybağının kurulması genelde kanuni karinelere¹⁵ istinaden mümkün olur.

Baba açısından soybağının kurulması Medeni Kanunumuzun 282. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarında düzenlenmiştir. 282. maddenin

¹²Kılıçoğlu, A. M.: *Aile Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, 1. Baskı, 2015, s. 512.

¹³Acabey, s. 8-9; Akıntürk, s. 340; Doğan, s. 3040.

¹⁴Acabey, s. 9-10.

¹⁵“Kanuni karineden maksat, kanunun ispat edilen bir olguyu, -aksi sabit oluncaya kadar- ispatı gerekli bir hususun delili saymış olmasıdır. Karineye dayanan taraf, o konuda iddiasını ispat yükünden kurtulur”. Oğuzman,, M.Kemal, Barlas, N.; *Medeni Hukuk Giriş – Kaynaklar - Temel Kavramlar*, 14. Bası, Arıkan Yayınevi, İstanbul, 2007, s. 241. Kanuni karinelerin aksi ispat edilebilir olduğundan bunlara adi karine de denilmektedir. Örneğin babalık karinesi, aksi ispatlanabildiği için, adi karine olarak adlandırılmaktadır. bkz. Akıntürk, s. 376-377.

2. fıkrası şu şekildedir: “Çocuk ile baba arasındaki soybağı, ana ile evlilik, tanıma veya hâkim hükmüyle kurulur.” Bu fıkra uyarınca baba ile çocuk arasında soybağını kuran üç yol vardır. Baba açısından soybağı ayrıca evlat edinme yoluyla da kurulur (TMK md. 282/f. 3).

Evlilik iki halde baba ile çocuk arasındaki soybağı ilişkisine vücut verir. Bu hallerden ilki doğum yapan kadının, yani ananın evli olması durumudur. Bu durumda hukuken “kocanın babalığı karinesi¹⁶” işlev kazanmaktadır. Bu karineye göre evlilik devam ederken veya evliliğin sona ermesinden başlayarak üç yüz gün içinde doğan çocuğun babasının, koca olduğu kabul edilir (TMK md. 285/f. 1). Bu nedenle bir çocuk evlilik devam ederken veya evliliğin sona ermesinden üç yüz gün içinde doğarsa, babası mevcut evlilikteki veya sona eren evlilikteki koca sayılmaktadır. Bu hallerde ise doğum olayı ile koca ve çocuk arasındaki soybağı kendiliğinden kurulmaktadır¹⁷. Bu karine nedeni ile kanun tarafından baba sayılan ve çocuk ile arasında soybağı kurulan koca, çocuğun babası olmadığını iddia ederse başvuracağı hukuki yol, Türk Medeni Kanununun 286. ve 291. maddelerinde düzenlemiş bulunan soybağının reddi davasını açarak bu karineyi çürütmektir.

Evliliğin baba ile çocuk arasında soybağının kurulmasına vücut verdiği ikinci hal ise, ana ve babanın sonradan evlenmesidir. Kanunda anası ve babasının sonradan evlenmesi halinde evlilik dışında doğan çocuğun, kendiliğinden evlilik içinde doğan çocuklara ilişkin hükümlere tabi olacağını düzenlenmiştir (TMK md. 292). Bu hükme göre ana ve babanın sonradan evlenmesi halinde başka hiçbir işleme gerek kalmadan çocuk ile babası arasındaki soybağı ilişkisi, geriye etkili olarak kurulur¹⁸. Sonradan evlenme ile soybağı ilişkisinin kurulmasına bazı kişilerin itiraz edebileceği; itiraza hakkı olanların kocanın baba olmadığını ispat ile yükümlü olduğu; bu itiraza, tanınmanın iptaline ilişkin hükümlerin uygulanacağı Türk Medeni Kanununun 294. maddesinde belirtilmiştir¹⁹.

¹⁶Kırkbeşoğlu, s. 17. Doktrinde bu karineyi sadece babalık karinesi olarak ifade eden yazarlar vardır. bkz. Acabey, s. 106-107; Akıntürk, 341.

¹⁷Soybağının, kocanın babalığı karinesine istinden kurulmasının koşulları, bu konudaki Türk doktrinindeki tartışma ve görüşler, konunun diğer hukuklar açısından incelenmesi ve bu karinenin çürütülmesi hakkında detaylı bilgi için bkz. Acabey, s. 106-153. Bu konuda ayrıca bkz. Doğan, s. 3040-3043.

¹⁸Acabey, s. 154-155; Kırkbeşoğlu, s. 20.

¹⁹Sonradan evlenme yolu ile soybağının kurulmasına ilişkin olarak bkz. Acabey, s. 153- 156; Duran, s. 20 - 23; Kırkbeşoğlu, s. 19-21.

Baba açısından soybağını kuran bir diğer yol da tanımadır. Tanıma, bir erkeğin, herhangi bir erkekle soybağı bulunmayan bir çocuğun babası olduğunu, kanunda öngörülen şekil şartlarına uyarak beyan etmesi üzerine, çocuk ile beyanda bulunan erkek arasında soybağı ilişkisinin kurulmasını sağlayan, tek taraflı bir hukuki işlemdir. Tanıma işlemi ile tanınan çocuğun babasının hukuken belirlenmesi sağlanır. Bu nedenle tanıma, kurucu yenilik doğuran bir hukuki işlemdir²⁰.

Tanımanın hukukumuz açısından şekli ve koşulları Türk Medeni Kanununun 295. maddesinde düzenlenmiştir. Bu hükme göre baba, nüfus memuruna veya mahkemeye yazılı başvurarak, ya da resmi senette veya vasiyetnamede tanıma beyanında bulunarak, bir çocuğu tanıyabilir (TMK m. 295/f. 1). Tanıma beyanında bulunan kimse küçük veya kısıtlı ise, tanıma işlemi yapabilmeye için veli veya vasisinin de rızası gerekir (TMK md. 295/f. 2). Bir çocuğun tanınabilmesi için, başka bir erkek ile arasında soybağı ilişkisi olmaması gerekir. Bir erkekle arasında soybağı bulunan çocuk, bu bağ geçersiz kılınmadıkça tanınmaz (TMK md. 295/f. 3).

Tanıma işlemine karşı bazı kişilerin iptal davası açma hakkı vardır. Bu davayı açacak kişiler ve davaya ilişkin düzenlemeler Türk Medeni Kanununun 297. ila 300. maddeleri arasında düzenlenmiştir²¹.

Kanunda öngörülen koşullara uyularak tanınan bir çocukla, tanıyan arasında soybağı ilişkisi geriye dönük olarak kurulur²².

Baba ile çocuk arasında soybağının (yapay soybağı) kurulmasını sağlayan bir yol da evlat edinmedir. Evlat edinme Medeni Kanun'un 305 ve 320. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Evlat edinme sonucunda evlat edinen erkek ile evlat edinilen kişi arasında soybağı, mahkeme kararı ile birlikte kurulur²³ (TMK md. 315).

Evlat edinme kararı ile birlikte babaya ait olan haklar ve yükümlülükler evlat edinene geçmektedir (TMK md. 314/f. 1).

²⁰Akıntürk, s. 358; Duran, s. 23;

²¹Akıntürk, s. 358-369; Duran, s. 23-27.

²²Bazı yazarlar tanıma ile soybağının geriye dönük olarak, doğumdan itibaren kurulduğunu ifade ederken (bkz. Duran, s. 23; Kırkbeşoğlu, s. 22); bazı yazarlar ise soybağının ana rahmine düştüğü andan itibaren kurulduğunu belirtmektedirler (bkz. Akıntürk, s. 359).

²³Evlat edinme yolu ile soybağının kurulmasına ilişkin detaylı bilgi için bkz. Acabey, s. 381-402.

3. GENEL OLARAK BABALIK DAVASI

3.1. Babalık Davasının Amacı ve Hukuki Niteliği

Bir erkek, evlilik dışı çocuğu ile arasındaki hukuki soybağının kurulmasını, çocuğun anası ile evlenerek veya çocuğu tanıyarak sağlayabilir. Ancak bu iki hukuki yol da erkeğin arzusuna, isteğine bağlıdır. Bir erkek, evlilik dışı çocuğu ile arasında kendi rızasıyla soybağı ilişkisi kurmuyorsa, hukuk ana ve çocuğa babalık davası açma hakkı tanıyarak baba ile çocuk arasındaki soybağı ilişkisini tesis ettirme imkanı vermiştir. İşte babalık davasının amacı, evlilik dışı çocuğun babasını belirlemek ve çocuk ile babası arasındaki soybağı ilişkisini, mahkeme hükmü ile kurmaktır. Babanın buna yanaşmaması halinde, belirli şartların oluşması halinde, kendi lehine olmak üzere bu yola başvurulabilmesi mümkündür²⁴.

Medeni Kanun'da düzenlenmiş bulunan babalık davası sonucunda eğer davalının baba olduğu ispatlanırsa, mahkemece davalının evlilik dışı çocuğun babası olduğuna hükmedilecek (babalık hükmü) bu hükmün kesinleşmesi ile, çocuk ile baba arasında hükümden önce hukuki olarak var olmayan bir soybağı ilişkisi kurulacaktır. Babalık hükmü neticesinde daha önceden hukuk alanında var olmayan bir durum yaratıldığı için, babalık davası hukuki niteliği itibari ile, kurucu yenilik doğuran bir davadır. Babalık davasında, davalının babalığına hükmedilmesi geriye etkili sonuç doğurur²⁵. Geriye etkili sonuç doğuran babalık hükmü ile çocuk ile babası arasındaki soybağı ilişkisi, çocuğun ana rahmine düştüğü andan itibaren kurulacak ve çocuk, babası ile arasında soybağı ilişkisi kurulmasına bağlı olan tüm kanuni hakları, ana rahmine düştüğü andan itibaren elde edecektir.

3.2. Babalık Davasının Şartları

Babalık davasının şartları olarak aşağıda belirteceğimiz hususlar, davada yerine getirilmediği takdirde hükmün Yargıtayca bozulmasına neden olan davanın görülebilme şartı olan hususlardır.

İlk şartımız, durumun doğasından kaynaklanan bir şarttır. Babalık davasının açılabilmesi için, çocuğu doğuran ananın belli olması gerekir. Anası belli olmayan bir çocuk hakkında babalık davası açılmaz²⁶.

²⁴Akıntürk, T. & Karaman, D. : Türk Medeni Hukuku, Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Aile Hukuku. İstanbul: Beta Yayınevi, C. 2, 16. Baskı, 2012, s. 357.

²⁵Duran, H.: "*Babalık Davası*", Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2007, s. 61.

²⁶Öztaş, B. : *Aile Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, 5. Basım, 2004, s. 557.

İkinci şart ise çocuk ile başka bir erkek arasında soybağı ilişkisi bulunmamasıdır. Baba olduğu iddia edilen erkekte başka bir erkekle arasında soybağı ilişkisi bulunan çocuk, bu bağ geçersiz kılınmadıkça babalık davasında baba olduğu iddia edilen kişiye, babalık hükmü ile bağlanamaz. Bu hususta aynı zamanda Yargıtay kararı da bulunmaktadır²⁷.

Çocuğun başka bir erkekle soybağı ilişkisi bulunması ananın hamile kaldığı sırada başka bir erkekle evli olması ve soybağının reddi yoluna gidilmemesi nedeniyle, doğan çocuk ile koca arasında soybağı ilişkisinin bulunmasından kaynaklanabileceği gibi; tanıma yolu ile çocuk ile bir erkek arasında soybağı ilişkisi kurulmuş olmasından veya evlat edinilmiş olmasından da kaynaklanabilir. Hakkında babalık davası açılan çocuk ile başka bir erkek arasında soybağı ilişkisi bulunması durumunda ise, davalı bu hususu bir itiraz olarak her zaman mahkemede ileri sürerek; babalık davasının reddini sağlayabilir. Hâkim de bu hususu re'sen nazara almak durumundadır. Bu husus gözetilmeyerek babalık davasının sonuçlandırılması; Yargıtay tarafından da bozma nedeni olarak kabul edilmektedir²⁸.

Üçüncü olarak belirteceğimiz şart, babalık davasında kanun tarafından getirilen birtakım ihbar yükümlülüklerinin yerine getirilmesidir. Babalık davasının taraflarını düzenleyen 301. maddenin üçüncü fıkrasında, babalık davasının Cumhuriyet Savcısına ve Hazineye²⁹ ihbar edilmesi gerektiği hükme bağlanmıştır. Ayrıca aynı fıkrada davanın, dava ana tarafından açılmış ise kayyım, kayyım tarafından açılmış ise anaya da ihbar edilmesi gerektiği düzenlenmiştir.

Babalık davalarında kanun tarafından öngörülen bu ihbar zorunluluklarına uyulmaması da Yargıtayca bozma nedeni sayılmaktadır³⁰.

²⁷Yargıtay 2. HD., 2003/1284 E. 2003/2456 K., 26.02.2003 T., Gençcan, 2004, s. 1386

²⁸“Davacı; 1995 doğumlu Hasan’ın babasının Mustafa olduğunun tespitini istemiştir. Ayşe ile Veysel 05.12.1995 tarihinde boşanmış, yabancı mahkemede verilen bu karar 2.4.1998’de tenfiz edilmiştir. Hasan evlilik içerisinde doğmuştur. Soybağı nüfusta baba olarak görülen Veysel tarafından reddedilmediği sürece babalık davası dinlenemez. İsteğin reddi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve kanuna aykırıdır.” Y. 2HD, T. 26.02.2003, E. 2003/1284, K. 2003/2456.

²⁹Babalık davasının Cumhuriyet Savcısına ihbar edilmesi Yeni Medeni Kanun ile getirilen yeni bir hüküm olmasına karşılık, davanın hazineye ihbar edilmesi Eski Medeni Kanun 299. Maddesinin son cümlesinde de düzenlenmiş bir hükümdür.

³⁰bkz. Y.2HD, T. 12.12.2002, E. 2002/ 12488, K. 2002/13883 Kazancı İçtihat Bankası.

3.3. Babalık Davasının Tarafları

3.3.1. Davacılar

Babalık davasını açabilecek kişiler, Medeni Kanun'un 301. maddesinde; "Çocuk ile babası arasındaki soybağının mahkemece belirlenmesini ana ve çocuk isteyebilirler" şeklinde ifade edilmek suretiyle düzenlenmiştir (TMK md. 301/f. 1). Bu hüküm uyarınca babalık davasını açabilecek kişiler, ana ve çocuktur. Ana ve çocuk, dava açma hakkına, birbirlerinden bağımsız olarak sahiptirler³¹. Bu nedenle birinin kaybettiği dava, diğeri için kesin hüküm teşkil etmez, birinin davadan feragati diğeri için etkilemez. Ana ve çocuk ayrı ayrı babalık davası açabilecekleri gibi, davayı birlikte de açabilirler³². Babalık davası açma hakkı kişiye sıkı surette bağlı bir hak olduğu için, babalık davası açma hakkından önceden vazgeçmek de mümkün değildir.

Anne babalık davasını açtığı esnada çocuk için nafaka talebinde bulunabilmesi de mümkündür. Bu hususta verilmiş olan Yargıtay kararı da bulunmaktadır³³.

3.3.2. Davalılar

Babalık davasında davalı olabilecek kişiler, Türk Medeni Kanununun 301. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmiştir. Bu hüküm uyarınca babalık davasının esas davalısı baba olduğu iddia edilen erkektir. Baba olduğu iddia edilen erkeğin ölmesi halinde ise babalık davası, ölen erkeğin mirasçılarına karşı açılacaktır.

3.3.2.1. Baba Olduğu İddia Edilen Erkek

Babalık davasında davalı olacak esas kişi, doğal olarak baba olduğu iddia edilen erkektir. Baba olduğu iddia edilen erkek tam ehliyetsiz, yani ayırt etme gücünden yoksun ise dava, davalı erkeğin kanuni temsilcisi tarafından yürütülecektir³⁴.

Erkeğin sınırlı ehliyetsiz olması durumunda ise bir görüşe göre erkek davayı kanuni temsilcisinin katılımına gerek olmadan, bizzat yürütebilecektir. Diğer görüş ise, babalık davası sonucunda davalı açısından birtakım maddi sonuçlar da doğabileceğinden, ayırt etme gücüne sahip sınırlı ehliyetsizin davalı olduğu babalık davasında, kanuni temsilcinin de yer alması gerektiğini savunmaktadır³⁵.

³¹Akıntürk, s. 370; Ayrıca bkz. . Y.2HD, T. 03. 12. 2003, E. 2003/14902, K. 2003/16232, Kazancı İçtihat Bankası.

³²Akıntürk, s. 370.

³³Yarg. 2. HD., 2005/6198 E. 2005/8511 K., 01.06.2005 T., Bulut, 2007, s. 95

³⁴Öztaş, s. 559

³⁵Oğuzman, K. & Dural, M. (2001). *Aile Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitapevi, (3. Baskı), s. 340.

3.3.2.2. Baba Olduğu İddia Edilen Erkeğin Mirasçıları

Baba olduğu iddia edilen erkeğin ölmesi halinde babalık davası, ölen kişinin mirasçılara karşı açılacaktır. Kanunumuz ölen kişinin mirasçuları arasında bir ayırım yapmadığı için, babalık davası, mirasta hak sahibi olan tüm mirasçılara karşı açılmalıdır. Bu nedenle tek mirasçı varsa dava bu kişiye karşı, birden çok mirasçı var ise dava, bütün mirasçılara karşı açılacaktır. Mirasçılar arasında, babalık davasının davalısı olmaları bakımından, zorunlu dava arkadaşlığı vardır. Ölen kişinin mirasçısı bulunmaması halinde kanuni mirasçı Devlet olduğundan, bu halde babalık davasının hazineye karşı açılması gerektiği ifade edilmektedir³⁶.

Mirasçılara karşı açılan babalık davalarında çocuk lehine iştirak nafakası değil, koşulları varsa yardım nafakası talep edilebilir.

4. BABALIK DAVASININ AÇILABİLECEĞİ SÜRELER

Medeni Kanunumuz babalık davası açabilme hakkını, babalık davasının yenilik doğurucu bir dava olması nedeni ile hak düşürücü bir takım sürelerle bağlamıştır. Bu süreler içinde dava hakkının kullanılmaması halinde, dava açma hakkı ortadan kalkacaktır.

TMK.'nın 303. maddesinin 1. fıkrasında, çocuk, anne ve diğer ilgililer tarafından açılabilir olan babalık davasının, çocuğun dünyaya gelmesinden önce açılabilirliği gibi çocuğun dünyaya gelmesinden sonra da açılabilmesinin mümkün olduğu belirtilmiştir. Ancak, annenin dava açabilmesi, çocuğun dünyaya gelmesinden itibaren 1 yıl içerisinde açılmaması durumunda, bu hakkın ortadan kalkacağı ifade edilmiştir³⁷.

2. fıkra, çocuk adına babalık davası, çocuğun doğumundan önce veya sonra erginlik yaşına kadar kendisine kayyım atanacak olup olmamasına göre farklı sürelerde açılabilirliği düzenlenmişti. Ancak bu hüküm, Anayasa Mahkemesi'nin 27.10.2011 tarihli, 2010/71 E., 2011/143. K. sayılı kararı ile yürürlükten kaldırılmıştır. *Çocuğa "hiç kayyım atanmamışsa, çocuğun ergin olduğu tarihte işlemeye başlar"* ibaresi, Anayasa'ya aykırı olduğu tespit edilerek iptal edilmiştir. Akabinde 2. fıkranın 1. cümlesindeki "Çocuğa doğumdan sonra kayyım atanmışsa, çocuk hakkında bir yıllık süre, atamanın kayyımına tebliği tarihinde" ibaresi

³⁶Budak A. C. : *Karşılaştırmalı Hukuk Muhakemeleri Kanunu*. İstanbul:On İki Levha Yayınevi, 4. Baskı, 2011, s. 93.

³⁷(Yarg. 2. HD., 2003/14902 E., 2003/16232 K., 03.12.2003 T., Kazancı İçtihat Bankası).

de, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanununun 43. maddesinin 4. fıkrası uyarınca iptal edilmiştir. Dolayısıyla yeni düzenlemeyle birlikte, artık çocuğa kayyım atanıp atanmadığına bakılmaksızın babalık davasının açılması hususunda süre bakımından herhangi bir kısıtlama bulunmayacaktır³⁸.

3. fıkarda, çocuğun babası olduğu iddia edilen erkek dışında bir erkekle soybağı ilişkisinin olması durumunda, 1. fıkarda belirtmiş olduğumuz anneye tanınan 1 yıllık dava açma süresi, bu ilişkinin ortadan kalkmasıyla birlikte işlemeye başlayacaktır. Bu durumda, çocuğun soybağı ile bağlı olduğu erkek ile arasındaki soybağı ilişkisi soybağının reddi davası veya tanınmanın ipali davası son verilmediği müddetçe, babalık davasının açılabilmesi için tanınan 1 yıllık hak düşürücü süre başlamayacaktır³⁹.

TMK.'nın 303. maddesinin son fıkrası olan 4. fıkarda, anneye tanınmış olan 1 yıllık dava açma süresinin geciktirilmesinde haklı olarak herhangi bir neden bulunması halinde, söz konusu nedenin ortadan kalktığı tarihten itibaren 1 ay içinde davanın açılması gerektiği hükme bağlanmıştır. Mesela çocuk, babasının kim olduğunu bilmemesi durumunda haklı bir sebepten söz edilebilir.

5. BABALIK DAVASINDA İSPAT

5.1. Babalık Karinesine Dayanan İspat

Kanunda aksine bir hüküm bulunmaması halinde, taraflardan her birinin hakkını dayandırdığı olguları ispatlaması gerektiğini düzenleyen Türk Medeni Kanununun 6.maddesi, babalık davalarında da uygulanacak bir hükümdür. Bu nedenle babalık davasını açarak, babalık davasına konu olan çocuğun davalıdan olduğunu iddia eden ve babalık hükmü almak isteyen davacı, bu iddiasını öncelikle ispat etmekle yükümlüdür. Aslında günümüzde artık bu karineye gerek kalmadığı, davacının birtakım inceleme ve testlerin yapılmasını istemek suretiyle, davasını ispat etme yoluna başvurmasının mümkün olduğu düşünülebilir.

Ancak ilk olarak belirtmeliyiz ki, kişilerin vücut bütünlüğü anayasal boyutta dahi koruma altına alınmıştır (AY md.17). Bu hakka yönelik her

³⁸Dural, M., Ögüz, T. & Gümüş, A. (2014). *Türk Özel Hukuku, Aile Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, C. III, (9. Baskı), s. 296).

³⁹(Yarg. 2. HD., 2003/8097 E., 2003/8913 K., 16.06.2003 T., Özüğür, 2003, s. 238).

türlü müdahale ki, buna tıbbi ve genetik incelemeler de dahildir, buna izin veren açık bir kanuni düzenleme olmadığı veya kişinin bu müdahaleye yönelik rızası bulunmadığı sürece, hukuka aykırıdır (AY md. 17/f. 2). Bu nedenle bir kişinin vücut bütünlüğünü ihlal edecek inceleme ve araştırmalara, babalığın başkaca delillerle ispat edilemediği hallerde, son çare olarak başvurulmalıdır. Bu bağlamda davacıların öncelikle babalık karinesi kapsamında iddialarını ispat etmeye çalışmaları, insan haklarının korunması anlamında daha yerinde olacaktır.

Babalık karinesinin oluşması için davacının, ana ile davalının cinsel ilişkiye girmiş olduğunu ispat etmesi gerekir. Cinsel ilişkiye girildiği, her türlü delil ile ispat edilebilir⁴⁰.

Ancak hayatın olağan akışı gereği cinsel ilişkiye girildiğinin doğrudan ispat edilmesi çok güç olduğu için bu yolda kullanılacak olan deliller, genelde hakimde cinsel ilişkiye girildiği kanaatinin oluşmasını sağlayacak, dolaylı deliller olacaktır.

Babalık karinesi ile karşı karşıya kalan davalının elindeki ilk imkân, çocuğun babası olmasının imkansız olduğunu ispatlamaktır. Bu imkan doktrinde, “babalığın imkansız olduğu def’i ” olarak da adlandırılmaktadır⁴¹. Davalı erkeğin, ana ile cinsel ilişkiye girmiş bulunduğu, karine bağlamında kabul edildiği için davalı baba olma ihtimalinin imkansız olduğunu, cinsel ilişki ile davaya konu olan çocuğun doğması arasında illiyet bağı bulunmadığını ispatlamak suretiyle ortaya koyabilir⁴².

Günelik hayatımızda geliştirilen yeni tekniklerle çocuğun babasının %99,8’e yakın bir oranda tespit edilebilmesi mümkün hale gelmiştir⁴³.

5.2. Bilimsel İnceleme Yöntemleri Yardımı ile İspat

Tıp ve genetik biliminde yaşanan gelişmeler, soybağı hukuku alanında oldukça etkili olmuştur. Bu gelişmelerin bazıları, soybağı alanında yeni bazı kavramları ve çözülmesi güç hukuki sorunları da beraberinde getirmiştir. Ancak bazı gelişmeler ise, soybağı hukuku alanında çözümünü zor olan bazı problemleri aydınlatmıştır. Örneğin günümüzde DNA testleri

⁴⁰Akıntürk, s. 474.

⁴¹Duran, s. 77.

⁴²Öztaş, B.: *Aile Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, 5. Basım, 2004, s. 563

⁴³Gültepe, H.: *Soybağı Tayininde Genetik İncelemeler*; İstanbul: İstanbul Barosu Dergisi, C. 78, S. 2, 2004, s. 497.

sayesinde, eskiden ispatı oldukça güç olan, bir çocuğun hangi erkekten olduğunun tespit edilmesi, olanaklı hale gelmiştir. İşte bu nedenle babalık davalarında, davasını babalık karinesine dayanarak ispat edemeyen davacı veya baba olmadığını ispatlamak amacıyla davalı, tıbbi ve genetik birtakım incelemelerin yapılmasını talep edebileceği gibi, hâkim de gerek görürse re'sen bu araştırmaların yapılmasına karar verebilir⁴⁴.

Babalık davalarında hâkim tarafından bilimsel inceleme yöntemlerinin kullanılmasına karar verilmesinin hukuki niteliği, hâkimin bilirkişiye başvurmasıdır. Bilirkişiye başvurulmasını taraflar talep edebilirler. Hakim de re'sen gerekli görürse bilirkişiye başvurabilir⁴⁵.

6. BABALIK DAVASINDA GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME

4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş Görev Yargılama Usullerine Dair Kanun'un (4787 S.K.) dördüncü maddesi uyarınca, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun İkinci Kitabında düzenlenen konular (ikinci kitabın üçüncü kısmı hariç), aile mahkemelerinin görev alanına girmektedir. Soybağının kurulması, soybağını kuran yollardan biri olan ve temel konumuzu teşkil eden babalık davası ve soybağının kurulmasının sonuçları, Medeni Kanun'un ikinci kitabının ikinci kısmında düzenlenmiştir. Bu nedenle babalık davası, aile mahkemelerinin görev alanına girmektedir.

Müstakil aile mahkemelerinin kurulmadığı yerlerde ise aile mahkemesinin görev alanına giren dava ve işlere bakma görevi, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca görevlendirilen Asliye Hukuk Mahkemesine verilmiştir (4787 S.K. md. 2/f. 2). Bu nedenle aile mahkemesi olmayan yerlerde babalık davalarına, 4787 Sayılı Kanunun 2. maddesi uyarınca görevlendirilen Asliye Hukuk Mahkemesince bakılacaktır. Görev kuralları kamu düzenine ilişkindir. Bu nedenle, mahkemenin görevsiz olduğu taraflarca ileri sürülmesi bile, bu husus hakim tarafından davanın her aşamasında re'sen nazara alınmalı ve dosya görevsizlik kararı ile görevli mahkemeye gönderilmelidir.

Soybağına ilişkin davalar, taraflardan birinin dava veya doğum tarihindeki yerleşim yeri mahkemesinde açılacağından (TMK md. 283) babalık

⁴⁴Y.2HD, T. 10.2.2005 E. 2004/15804, K. 2005/1735, Kazancı İçtihat Bankası.

⁴⁵Yazgı, B.: *Medeni Usul Hukukunda Babalık Davası*. Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2002, s. 66.

davalarında da yetkili mahkeme, taraflardan birinin dava veya doğum tarihindeki yerleşim yeri mahkemesidir.

7. BABALIK HÜKMÜNÜN GENEL SONUÇLARI

Babalık davasında baba olduğu iddia edilen erkeğin, gerçekten çocuğun babası olduğunun ispat edilmesi halinde, hâkim baba olduğu iddia edilen erkeğin, davaya konu çocuğun babası olduğuna hükmedecektir. Soybağı konusundaki hükümlerin infaz edilebilmeleri için kesinleşmeleri gerektiğinden, baba olduğuna karar verilen erkek ile çocuk arasındaki soybağı ilişkisi, babalığa ilişkin mahkeme kararının kesinleşmesi ile kurulacaktır⁴⁶. Babalık hükmünün kesinleşmesi ile çocuk ve babası arasındaki soybağı ilişkisi, çocuğun ana rahmine düştüğü tarihten itibaren olmak üzere geriye yönelik olarak kurulacaktır. Babalık hükmü, yenilik doğurucu bir hüküm olduğu için, hükmün kesinleşmesi ile davalı erkek ile çocuk arasında soybağı ilişkisi kurulacak, kesinleşmeden sonra, nüfus sicilinde çocuğun baba ismi konusunda yapılacak değişiklik açıklayıcı nitelikte olacaktır.

8. SONUÇ

Babalık davası adını taşıyan bu çalışma kapsamında, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda yer alan babalık davası kurumunu genel açıdan incelemeye çalıştık.

Babalık davası, evlilik dışı çocukların, babalarına soybağı yönünden bağlanmalarına hizmet eden bir hukuki yol olduğu için, çalışmamızda ilk olarak soybağına ilişkin bilgi vermeyi uygun gördük. Soybağının doğal ve hukuki soybağı olarak ikiye ayrıldığını, babalık davası da çocuk ile babası arasında hukuk nazarında daha önceden var olmayan bir soybağı ilişkisi kurduğu için, bu yol ile kurulan soybağının, hukuki soybağı ayırımında yer aldığını gördük.

Hukuki olarak kurulan soybağının ise, genetik bağı dayanıp dayanmamasına göre ikiye ayrıldığını, babalık davası ile kurulan soybağının, çocuk ile babası arasındaki genetik bağı dayandığını gördük.

Babalık davası ile kurulan soybağı ilişkisinin, soybağına ilişkin hangi ayırımların içine girdiğini tespit ettikten sonra, soybağının kurulmasını ana ve baba açısından ayrı ayrı inceledik.

⁴⁶Y.2HD, T. 10.03.2004, E. 2004/2037, K. 2004/2972 Kazancı İçtihat Bankası.

Ardından babalık davası ve babalık davasının amacı ve hukuki niteliğini inceledikten sonra babalık avasının şartlarını ve taraflarını da inceledik.

Daha sonra babalık davasında görevli ve yetkili mahkemeyi gördükten sonra süreleri de inceledik ve en son olarak da babalık davasında ispat ve babalık davası hükmünün genel sonuçlarını incelemeye çalıştık.

Kaynakça

- [1] Acabey, B. M.: Soybağı, Kurulması, Genel Olarak Sonuçları, Özellikle Evlilik Dışında Doğan Çocukların Mirasçılığı, Güncel Hukuk Yayınları, İzmir, 2002.
- [2] Akıntürk, T. & Karaman, D. Türk Medeni Hukuku, Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Aile Hukuku. İstanbul: Beta Yayınevi, C. 2, 16. Baskı, 2012.
- [3] Akıntürk, T.: Türk Medeni Hukuku, C.2, Aile Hukuku, Yenilenmiş 10. Bası, Beta, İstanbul, 2006.
- [4] Arsebük, E.: Medeni Hukuk, C. 2, Recep Ulusoglu Basım Evi, Ankara, 1940.
- [5] Budak A. C. : Karşılaştırmalı Hukuk Muhakemeleri Kanunu. İstanbul: On İki Levha Yayınevi, 4. Baskı, 2011.
- [6] Bulut, H.: Aile Hukukunda Velayet ve Nafaka Davaları. İstanbul: Beta Yayınevi, 1. Baskı, 2007.
- [7] Doğan, İ.; Soybağı, Legal Hukuk Dergisi, C.1, S. 12, 2003.
- [8] Dural, M. , Ögüz, T. , Gümüş M. A.: Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2014.
- [9] Dural, M. / Ögüz, T.: Kişiler Hukuku, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004.
- [10] Duran, H.: “Babalık Davası”, Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2007.
- [11] Efem, G.: 21. Yüzyılda Aile Kavramı ve Türk Medeni Kanunu Çerçevesinde Değerlendirilmesi, Eurojuris Yayınları, İstanbul, 2004.
- [12] Gençcan, Ö. U.: 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu, Bilimsel Açıklama İçtihatlar – İlgili Mevzuat, Madde (1-351), Ankara: Yetkin Yayınları, 2004.

- [13] Gültepe, H.: Soybağı Tayininde Genetik İncelemeler, İstanbul: İstanbul Barosu Dergisi, C. 78, S. 2, 2004.
- [14] Kılıçoğlu, A. M.: Aile Hukuku. Ankara: Turhan Kitabevi, 1. Baskı, 2015.
- [15] Kırkbeşoğlu, N.: Soybağı Alanında Biyoetik ve Hukuki Sorunlar, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006.
- [16] Oğuzman, M. K. / Barlas, N.: Medeni Hukuk Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar, 14. Bası, Arıkan Yayınevi, İstanbul, 2007.
- [17] Oğuzman, K. & Dural, M. (2001). Aile Hukuku. İstanbul: Filiz Kitabevi, (3. Baskı).
- [18] Öztan, B.: Aile Hukuku. Ankara: Turhan Kitabevi, 5. Basım, 2004.
- [19] Özüğür A. İ. (2003). Türk Medeni Kanunun Yeni Düzenlemeleri ile Açıklamalı - İċtihatlı Velayet - Vesayet - Soybağı ve Evlat Edinme Hukuku. Ankara: Seçkin, (1. Baskı).
- [20] Serozan, R.: Çocuk Hukuku, İstanbul 2000.
- [21] Şişman N.: Küresel Dinamikler Bağlamında Aile ve Kadın, Günümüzde Aile (Uluslararası Aile Sempozyumu, 2-4 Aralık 2005), Ensar Neşriyat, İstanbul, 2007.
- [22] Yazgı, B.: Medeni Usul Hukukunda Babalık Davası. Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2002.
- [23] Kazancı Mevzuat ve İċtihat Bilgi Bankası: www.kazanci.com.tr
- [24] Yargıtay Başkanlığı Resmi İnternet Sitesi: www.yargitay.gov.tr
- [25] 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu.

Aciz Halinde Tasarrufun İptali Davası

*Av. Kenan FİLİZ**

Özet

Haciz ya da iflas yoluyla takibe geçen alacaklıların, alacaklarını tahsil edebilmeleri çok uzun sürebilmektedir. Bu süre zarfında borçlu mallarını kaçırabilmektedir. Bundan dolayı İcra ve İflas Kanunu, borçlunun malvarlığından alacaklı aleyhine yapmış olduğu bazı tasarruflar hakkında iptal davası açılabilmesine olanak tanımıştır. Aciz halinde yapılan tasarrufları Kanun 279.maddede saymıştır.

Anahtar Kelimeler: *Tasarrufun İptali, Aciz Hali, Aciz Vesikası, Borçlu, Alacaklı*

Abstrach

It can take a very long time to collect their receivables when creditors starts executive proceedings or adjudication of bankruptcy proceedings. During this period, obligor may escape his property. Therefore the Enforcement and Bankruptcy Code, gives right to creditors to file an annulment action. The transactions made in insolvency stated in the code.

Keywords: *Cancellation Of Savings, Insolvency, Certificate Of Solvency, Obligor, Obligee*

Giriş

Tasarrufun iptali davaları borçlunun alacaklıyı zarara uğratmak amacıyla yapmış olduğu işlemlerdir. Borçlunun bütün malları aslında alacaklı için teminat niteliği teşkil eder. Yani alacaklı alacağına kavuşamadığı zaman yasalarımız alacaklıya bazı haklar tanır. Bu haklar neticesinde alacaklı alacağına kavuşabilir. İşte bu gibi durumlarda borçlu alacaklının alacağına kavuşamaması için, alacaklıyı zarara uğratmak için belli başlı tasarruflarda bulunabilir. Örneğin borçlu, malları kaçırmak suretiyle bir başkasına devredebilir. Konumuz olan aciz halinde tasarrufun iptali ise İcra ve İflas kanunu madde 279'da düzenlenmiştir. Ancak çalışmamıza önce genel olarak tasarrufun iptalini ve sonra iptale tabi tasarrufları, nam-ı müstearı ve aciz vesikasından bahsederek son olarak konum olan aciz halinde tasarrufun iptali açıklanmıştır.

*İstanbul Aydın Üniversitesi Özel Hukuk Yüksek Lisans Öğrencisi

A) GENEL OLARAK

Alacağını tahsil etmek için dava açan veya haciz ya da iflas yoluyla takibe girişen alacaklının, dava sonunda lehine alacağı ilamlı icraya koyup, borçlunun mallarını haciz ettirmesi ya da doğrudan doğruya ticaret mahkemesine başvurup iflasına karar alabilmesi yahut ilamsız haciz veya iflas yoluyla giriştiği takipte borçlunun mallarını haciz ettirmesi ya da iflasına karar alabilmesi için aradan uzun bir süre geçer¹.

Günümüzde de örnekleriyle çok karşılaştığımız üzere, borçlu haciz hakkına sahip alacaklının takibe geçmesinden veya malların iflas masasına girmesinden önce mallarını kaçırmak amacıyla hukuken geçerli bir şekilde bağışlamış veya satmış olabileceği gibi, muvazaalı işlemlere konu etmek suretiyle malvarlığının dışına çıkarmış görüntüsü de verebilir. Mesela, borçlu, mallarını yakın dereceden hısımlarına bağışlar veya mallarını onlara satıp devretmiş gibi işlem yapar veya alacaklılarından birini korumak için bazı mallarını borcuna karşılık olmak üzere o alacaklıya devreder. Bu gibi şaibeli tasarruflardan sonra, borçlunun alacaklıları, onun mallarını haczettirmek istedikleri zaman hiçbir karşılık, yani mal bulamazlar ve bu sebeple alacaklarının karşılığını elde edemezler.

Borçluların bu tasarrufları, herhangi bir kısıtlama söz konusu olmadığından, geçerlidir. Bu tasarruflar, yaptıkları takiplerle borçlunun başka mallarından alacaklarını alabildikleri ölçüde alacaklıları ilgilendirmez. Ancak, borçlunun başka mallarından alacaklarını karşılayamayan alacaklılara, bu tasarruflardan zarar gördükleri takdirde, onları korumak amacıyla, kanun koyucu tarafından iptal davası açma imkânı tanınmıştır. Borçlunun, özellikle kötü niyetli davranışlarla alacaklılarından mal kaçırmasına engel olmak için, kanun koyucu, geçici hukuki koruma olarak ihtiyati haczi kabul etmiştir. İhtiyati haciz kararı alınmamış olduğu için borçlu tarafından alacaklıların zararına işlemler yapılmış ise, borçlunun malvarlığından çıkardığı malların, adeta borçluya aitmiş gibi, tekrar alacaklıların alacaklarını elde etmesine tahsis edilmesi için iptal davası açma imkânı tanınmıştır².

Ülkemizin içinde bulunduğu ekonomik güçlük ortamı, alacaklıların, borçlulara karşı, tasarrufun iptali davalarını çok daha fazla kullanmaları

¹Timuçin Muşul, İcra ve İflas Hukuku, Yetkin Yayınevi, 3.Baskı, Ankara 2008, s.1280.

²Hakan Pekcanitez/ Oğuz Atalay/ Meral Sungurtekin Özkan/ Muhammet Özokes, İcra ve İflas Hukuku, Yetkin Yayınevi, 3.Bası, Ankara 2016, s.599.

sonucunu doğurmuştur. Bunda kötü niyetli bazı borçluların, borçlarını ödememek için, mallarını alacaklının takibinden kaçırma gayreti kadar, alacaklılarında bütün borçluların aynı gayret içinde oldukları varsayımından hareketle, borcunu ödeyemeyen borçlunun her türlü tasarrufunu iptali kabil bir tasarruf olarak nitelendirme eğilimi içinde olması rol oynamıştır³.

Alacaklı tasarrufun iptali davasını kazanırsa, mal üçüncü kişi elinde iken satılır ve alacaklı alacağını malın bedelinden alır⁴.

Yani iptal davasına konu olan işlemler kural olarak maddi hukuk bakımından tamamen geçerli olan ve alacaklıları zarara sokan işlemlerdir⁵. Buna karşın maddi hukuk bakımından hükümsüz olan işlemler hakkında, iptal davası açılmasına gerek yoktur⁶.

İptal davasıyla, borçlunun üçüncü kişiyle yapmış olduğu ve alacaklısına zarar veren, kanun tarafından da uygun bulunmayan bazı işlemler, alacaklı bakımından iptal edilir. Aslında burada işlem tamamen geçersiz kılınmamaktadır. Şöyle ki, iptal davasını kazanan alacaklı, dava konusu malı borçlunun malıymış gibi haczettirip sattırır ve satış bedelinden alacağını alır. Şayet satıştan bir para artarsa, bu para da işlem tamamen geçersiz sayılmadığından borçluya değil, üçüncü kişiye verilir⁷.

Uygulamada, tasarrufun iptali davalarının büyük bir kısmının, bankaların “Genel Kredi Sözleşmesi” veya “Genel Kredi Taahhütnamesi” uyarınca kullandıkları kredilerin geri ödemelerinin zamanında yapılamaması üzerine, ihtiyati haciz kararı alınıp tatbik ettirilmesi ve ihtiyati haczi tamamlayan merasimden olmak üzere başlatılan icra takibinin semeresiz kalması halinde açıldığı görülmektedir⁸.

³Selçuk Öztekin, Prof.Dr.Ergun Önen’e Armağan, Tasarrufun İptali Davalarında Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar ve Yargıtay’un Bu Sorunlara İlişkin Uygulamaları, Alkım Yayınevi, İstanbul 2003, s.319.

⁴Hakan Albayrak, Tasarrufun İptali Davaları, <http://hakanalbayrak.blogspot.com.tr/2011/07/tasarrufun-iptali-davaları-2011-i-genel.html>, s.1.

⁵Talih Uyar, Tasarrufun İptali Davalarının Konusu, TBB Dergisi, S.78, 2008, s.288.

⁶Bilge Umar, Türk İcra İflas Hukukunda İptal Davası, Fakülteler Matbaası, 1963, s.16.

⁷Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin/ Özekes, a.g.e., s.599.

⁸Muşul, a.g.e., s.1281.

B) İPTALE TABİ TASARRUFLAR

Kanun, borçlunun iptale tabi (iptal edilebilecek) tasarruflarını üç grup altında düzenlemektedir (İcra ve İflas Kanunu m.278-280). Bu maddelerde, iptal edilebilecek bütün tasarruflar tahdidi olarak sayılmış değildir. Kanun bazı iptale tabi tasarrufları saymış ise de, bu sayım tahdidi olmayıp, her grup tasarruf için genel bir tanımlama (veya tanımlamalar) yapılarak, hangi tasarrufların iptale tabi bulunduğu olaya, zamana ve şartlara göre (bu tanımlamalar dâhilinde) hâkimin takdirine bırakılmıştır⁹. Konuya ilişkin Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 1987 Tarih, 1987/380 E. ve 1987/872 Karar sayılı ilamında; *“Borçlunun aciz ya da iflasından önce yaptığı iptale tabi tasarrufları, üç grup altında ve İİK.nun 278, 279 ve 280. maddelerinde düzenlenmiştir. Ancak, bu maddelerde iptal edilebilecek bütün tasarruflar, sınırlı olarak sayılmış değildir. Kanun, iptale tabi bazı tasarruflar için genel bir tanımlama yaparak hangi tasarrufların iptale tabi olduğu hususunun tayinini hakim takdirine bırakmıştır (İİK.md.281). Bu yasal sebeple de, davacı tarafından İİK.nun 278, 279 ve 280.maddelerden birine dayanılmış olsa dahi, mahkeme bununla bağlı olmayıp, diğer maddelerden birine göre iptal kararı verebilir.”*

İcra ve İflas Kanunu'nda borçlunun iptale tabi tasarrufları sayılmıştır. Bunlar; İİK.m.278'de belirtilen borçlunun ivazsız tasarrufları, İİK.m.279'da belirtilen borçlunun aciz halinde yapmış olduğu tasarruflar ve İİK.m.280'de belirtilen borçlunun zarar verme kastından dolayı iptale tabi tasarruflardır.

Bir tasarrufun yukarıda belirtmiş olduğumuz sebeplerden ötürü iptalinin istenebilmesi için, tasarrufun yapılmış olduğu zaman dilimi çok önem kazanmaktadır. Çünkü İİK.m.278-280 arasında belirtilen nedenlerden ötürü tasarrufun iptalini isteyebilmek için, tasarrufun, alacaklının alacağından doğumundan sonra yapılmış olması gerekir. Konuyu Yargıtay kararları ile örneklendirmek gerekirse; Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 1988/2561 E., 1988/3344 K. sayılı kararında; *“...Ancak, olayda aciz belgesinin alınmasının nedeni olan ilamsız icra takibindeki alacaklardan en eskisinin doğum tarihi ticari defter kayıtlarına göre 4.6.1984 tarihidir. Oysaki borçlu tasarrufu 27.4.1984 tarihi olup, borcun doğumundan önceye ilişkindir. Bu durumda, borcun doğumundan sonra borçlu tarafından yapılmış bir tasarruf bulunmadığından İİK.nun 278/1. maddesindeki şartları oluşmayan davanın reddi gerekmektedir... ”*

⁹Baki Kuru/Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz, İcra ve İflas Hukuku, Yetkin Basımevi, 2.Baskı, Ankara ,2014, s.614.

İptal davası, muvazaa davası ile karıştırılabilir. Ancak iptal davası muvazaa davasından farklıdır. Çünkü iptal davasının konusunu oluşturan tasarruflar hukuken geçerli olup Kanun'da sayılmıştır. Muvazaada ise üçüncü kişileri aldatma yoluna gidilmek için bir işlem yapılır. Muvazaalı işlemler hakkında tasarrufun iptali davası açılıp açılmayacağı konusunda öğretilerde iki farklı görüş ileri sürülmüştür¹⁰. Hâkim görüşe göre muvazaalı işlemler hukuken geçersizdir; bu nedenle haklarında tasarrufun iptali davası açılmasına lüzum ve imkân yoktur¹¹.

Azınlıkta kalan görüşe göre ise, borçlu muvazaalı tasarrufları hakkında İİK m.277 ve devamında yer alan maddelere göre iptal davası ya da TBK. m.19¹² uyarınca muvazaalı işlemin hükümsüzlüğünün tespiti için tespit davası açabilir¹³.

Yargıtay 17.Hukuk Dairesi'nin 2014/20990 E. ve 2017/3853 K. Sayılı kararında; davalıların karı-koca olduklarını belirterek, temlik işleminin muvazaalı olması sebebiyle iptalini istemiş, ilk derece mahkemesi tarafından temlik tasarrufunun iptaline karar verilmiş ve Yargıtay tarafından da onanmıştır.

a)Özel Bir Dava Şartı Olarak Aciz Vesikası

Aciz vesikası, borçlunun kanuni yönden takip edilen alacağı ödemeye yeterli malı bulunmadığına dair icra dairesi tarafından verilen resmi belgedir.

¹⁰Cenk Akil, Tasarrufun İptaline Konu Olabilecek İşlemlerin Hukuki Niteliği, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, 2014, Yıl 1, S.1, s.82.

¹¹Akil, a.g.e.,s.82 ; Umar, B.: Türk İcra ve İflas Hukukunda İptal Davaları, İstanbul 1963, s. 17; Belgesay, M.R. ; İcra ve İflas Kanunu Şerhi, C. 2, İstanbul 1950, s.474; Ansay, S.Ş.; Hukuk İcra ve İflas Usulleri, 5.B., Ankara 2013, s. 1397; Gürdoğan, B.; İflas Hukuku Dersleri, Ankara 1966, s.222; Ülkü, M.F.; İcra ve İflas Yasasında Düzenlenen İptal Davaları Arasındaki İlişki, MBD 1987, S.62-63, .s.84; Muşul, İcra II, s.1496 vd. ; Üstündağ, İflas, s. 286; Karşı, A.; Yargıtay'ın 2000-2003 Yıllarında Yayımlanan İcra ve İflas Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı II-III, Eskişehir / 3-5 Ekim 2003, 1-2 Ekim 2004, Ankara 2007, s.189; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s.614; Üstündağ, S.; " Yargıtay'ın 2000-2003 Yıllarında Yayımlanan İcra ve İflas Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi" İsimli Tebliğe İlişkin Tartışmalar Kısmı, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı II-III, Eskişehir / 3-5 Ekim 2003, 1-2 Ekim 2005, Ankara 2007, s.211; Akşener, H.S.; İcra ve İflas Hukukunda Tasarrufun İptali Davaları, İstanbul 2002, s.95; Aslan, K.; Hacizde İstihkak Davası, Ankara 2005, s.492 vd. ; Pekcanitez, H/Atalay, O./Sungurtekin Özkan, M./Özekes, M.; İcra ve İflas Hukuku, 10.B.,Ankara 2012, s.841 ; Erdönmez, s.86; Özkaya, E.; İnançlı İşlem ve Muvazaa Davaları, 5. B., Ankara 2013, s.997.

¹²TBK m.19 uyarınca; "Bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır. Borçlu, yazılı bir borç tanınmasına güvenerek alacağı kazanmış olan üçüncü kişiye karşı, bu işlemin muvazaalı olduğu savunmasında bulunamaz."

¹³Akil, a.g.e., s.83.

Aciz vesikası, gerek takip hukuku ve gerekse maddi hukuk ile ceza hukuku bakımından bazı sonuçlar meydana getirir. Ancak, bu sonuçların doğabilmesi için alacaklıya koşullara uygun bir aciz belgesi verilmiş olmalıdır. Alacaklının aciz belgesi almak hakkı doğmuş ve fakat icra memurunca aciz belgesi düzenlenip alacaklıya verilmemişse, bu sonuçlar doğmaz. Ancak; İİK m. 105/I uyarınca borçlunun haczi kabil mallarına rastlamaması halinde düzenlenen haciz tutanağının İİK m.143'e göre aciz vesikası hükmünde sayıldığı durumlarda ayrıca aciz vesikası düzenlenmesine gerek yoktur¹⁴. Haciz tutanağının aciz belgesi sayılması için ya haczi kabil hiçbir malın bulunamaması ya da icra memuru tarafından takdir edilen kıymete göre haczi kabil malların alacağı karşılıma yetmemesi gerekir¹⁵. Bu duruma örnek verecek olursak; Yargıtay 15.HD.'nin 1989/1-710 E., 1990/124 sayılı kararı şöyledir: "... İçeriği itibariyle bu haciz tutanağı İİK.nun 105.maddesinin 2.fikrasında vurgulandığı üzere muvakkat aciz vesikası niteliğindedir. Bu niteliği gereği de alacaklıya tasarrufun iptali davasını açabilme olanağı sağlar...".

İptal davasının açılması için gerekli olan aciz vesikası özel bir dava şartıdır. Yani iptal davasının görülebilmesi aciz vesikasının bulunmasına bağlıdır. Ayrıca mahkeme, davacının aciz belgesine sahip olup olmadığını kendiliğinden gözetir¹⁶. Borçlunun haczi kabil mallarının borcu karşılıma yetecek miktarda olmaması halinde tanzim edilen muvakkat aciz vesikası alacaklıya bir kayba uğrama tehlikesiyle karşı karşıya bulunduğu sürece iptal davası açma ve yürütme imkânını sağlayacak fakat alacaklı, kaybının kesin olduğunu ortaya koymadığı takdirde iptal davası reddedilecektir. Geçici vesikaya tanınan hak, söz konusu takipte bir kesin aciz vesikası elde edilemeyeceği anlaşıldığında son bulur¹⁷.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda değişiklik yapılmadan önce, Hukuk Usulü Muhakemeleri kanununda ön inceleme olmadığı için aciz belgesi karar kesinleşinceye kadar mahkemeye sunulabilirdi. Ancak kanunda yapılan değişiklikler HMK ile getirilen ön inceleme müessesesi ile dava şartlarının tamamlanmasını zorunlu hale getirilmiştir. HUMK'taki

¹⁴Talih Uyar, Takip Hukukunda Borç Ödemeden Aciz Vesikası, TBB Dergisi, 2007, S.70, s.350. Selçuk Öztek, Borç Ödemeden Aciz Vesikası, İstanbul 1994.

¹⁵Cenk Akil, Yargıtay Kararları Işığında Tasarrufun İptali Davası Bağlamında Aciz Belgesi, Ankara Barosu Dergisi, 2014, S.3, s186

¹⁶ Akil, Aciz Belgesi, Ankara Barosu Dergisi, s.163; Kuru, İcra IV, s.3494.

¹⁷Kamil Yıldırım, Tasarrufun İptali Davasının İşlevi Bakımından Aciz Vesikası ile İlişkisi Hakkında Düşünceler, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2009, S.2009, s.974.

uygulamayı Yargıtay’ın 15.HD.16.01.1996 – 7123/97 sayılı kararı ile aydınlatacak olursak; “... Mahalli mahkemesinden verilen hükmün temyizen tetkiki davacı vekili tarafından istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla dosyadaki kâğıtlar okundu gereği konuşulup düşünüldü: Tasarrufun iptaline ilişkin olarak açılan dava mahkemece aciz belgesinin bulunmadığından bahisle reddedilmiştir. Gerçekten aciz belgesi iptal davalarında davanın görülmesi için şart ise de kararın kesinleşmesine kadar bu eksikliğin tamamlanması halinde dava şartı yerine getirilmiş olacağından ve davacı vekilinin temyiz dilekçesine eklediği belgeden bu icra takibi nedeniyle borçlu hakkında aciz belgesi alındığı anlaşıldığından mahkemece işin esasına girilerek hâsıl olacak sonuca göre bir karar verilmesini teminen kararın bozulması gerekmiştir...¹⁸”. Türk hukukunda aciz vesikasının bir dava şartı olduğu Yargıtay’ın ve doktrinde çoğunluğun kabul ettiği bir husus olduğu düşünülebilir. Bu durumda aciz vesikasının yokluğu ile dava şartının mevcut olmadığı düşüncesinden yola çıkılarak, dava esastan reddedilecektir. Ancak Yargıtay’ın bazı kararlarında, aciz vesikasını dava şartı saymakla birlikte, dava derdest iken dahi alınabileceği düşüncesi benimsendiği görülmektedir¹⁹.

b) Nam-ı Müstear

Sosyal ve ekonomik hayatta bazen sözleşme yapmak isteyen bir kimse de çeşitli düşünce ve hesaplarla o sözleşmenin tarafı olarak gözükmeyi istemez ve sözleşmede kendisi yerine bir başkasının yer almasını sağlar. Bu gibi durumlarda, sözleşmede yer almak istemeyen şahıs hesabına ve kendi adına işlem yapan kişi nam-ı müsteardır²⁰.

Borçlular nam-ı müstear durumunu meşru birtakım amaçlar için kullanabilecekleri gibi, alacaklılardan mal kaçırmak amacıyla da kullanabilirler. Borçluların nam-ı müstear durumunu mal kaçırmak için bir araç olarak kullanmaları halinde, alacaklıların başvuracağı yol tasarrufun iptali davası açmaktır. Görüldüğü gibi, tasarrufun iptali davası nam-ı müstear durumunun borçlularca kötü niyetle kullanılması halinde de gündeme gelmektedir²¹.

Nam-ı Müstear durumunda alacaklı bu durumu davada ispat etmekle

¹⁸Nazif Kaçak, Açıklamalı-İçtihatlı Tasarruf İptal Davaları, Seçkin Yayıncılık, Birinci Baskı, Şubat 2006, s.149.

¹⁹ Yıldırım, a.g.e.,s.976.

²⁰Güray Erdönmez, Nam-ı Müstear ve Tasarrufun İptali Davaları, Bankacılar Dergisi, 2006, S.59,s.84.

²¹Erdönmez, a.g.e., s.85.

yükümlüdür. Yani borçlunun taraf olmadığı bir işlemde tasarrufun iptalinin istenebilmesi için, borçlunun işlemi yapan taraflar ile olan ilişkisini alacaklı ortaya koymalıdır.

C) ACİZ HALİNDE YAPILAN TASARRUFLAR

İİK.m.279’da üç grup halinde sayılan tasarruflar, borcunu ödemeyen bir borçlu tarafından, hacizden veya mal bulunamaması nedeniyle acizden veya iflasın açılmasından önceki bir yıl içinde yapılmış olmaları şartı ile iptale tabidirler. Bu bir yıllık dönem, borçlunun aciz halinde bulunduğu dönemdir. Aciz halinden maksat, borçlunun pasifinin aktifinden fazla olmasıdır. Bu bir yıllık dönemde borçlunun aciz halinde yapmış olduğu aşağıdaki tasarruflar batıldır:

- (1) Borçlunun teminat göstermeyi evvelce taahhüt etmiş olduğu haller müstesna olmak üzere borçlu tarafından mevcut bir borcu temin için yapılan rehinler,
- (2) Para veya mutat ödeme vasıtalarından gayri bir suretle yapılan ödemeler,
- (3) Vadesi gelmemiş borç için yapılan ödemeler,
- (4) Kişisel hakların kuvvetlendirilmesi için tapuya verilen şerhler.

Dört bent halinde sayılan tasarruflar, borcunu ödemeyen borçlu tarafından hacizden (İİK.m 86) veya haczedilecek mal bulunamaması nedeniyle acizden (İİK.m 105) veya iflasın açılmasından (İİK. m.165) önceki bir sene içinde yapılmış olmaları koşulu ile iptal davalarına konu olabilir. Bu bir yıllık süre, tasarrufun iptale tabi olup olmadığını saptamaya yarar; m.284’teki²² beş yıllık süre ise, iptal edilebilir tasarruf aleyhindeki davanın en geç hangi tarihte açılabileceğini gösterir²³.

Bu tasarruflardan istifade eden kimse borçlunun hal ve vaziyetini bilmediğini ispat eyerse iptal davası dinlenmez (İİK.m.279/ son fıkra)²⁴. Ancak borçlunun yaptığı tasarrufların iptal edilebilmesi için, borçlunun iyi niyetli veya kötü niyetli olması sonuca etkili değildir. Böyle olunca, üçüncü kişinin borçlunun kastını bilmesi aranmaz. Bu nedenle, üçüncü kişi, borçlunun zarar verme ya da kayırma kastını bilmediğini ispat etmek suretiyle sorumluluktan kurtulamaz²⁵.

²²İcra İflas Kanunu Madde 284.- (Değişik: 18/2/1965 - 538/119 md.) İptal davası hakkı, batıl tasarrufun vukuu tarihinden itibaren beş sene geçmekle düşer.

²³Serdar Kale, Aciz Halindeki Borçlunun, Bir Veya Birkaç Alacaklısını Kayıran Hukuki Fiilleri Dolayısıyla İptal Davası, http://dosya.marmara.edu.tr/huk/fak%C3%BCitedergisi/prof.dr.ergun%20%C3%B6ner/9ar.g_r.serdar_kale.pdf, s.192.

²⁴Ömer Ulukapı, İcra ve İflas Hukuku, Mimoza Yayınları, Konya 2007, s.286.

²⁵Ali Güneren, Tasarruf İptal Davaları, Adalet Yayınevi, Birinci Baskı, Ankara 2008, s.372; Umar,B, İptal Davası, s.71; Uyar;T, İptal Davaları, s.91.

İpotek verme taahhüdü, ipotek gibi (MK m.856)²⁶ resmi şekle tabi bulunduğundan (BK .m.22)²⁷, evvelce resmi şekilde yapılmamış olan ipotek taahhüdü geçerli değildir. Bu nedenle, evvelce yapılmış ve fakat geçersiz olan ipotek taahhüdüne dayanarak, borçlunun taşınmazını sonradan ipotek etmesi, m.279/1'e göre iptale tabi değildir. İİK m.279/1 hükmü (hükümde açıkça yazılı olduğu gibi), mevcut bir borcu temin için yapılan rehinler hakkındadır. Sonradan yapılan (gösterilen) rehin, m.279/1'e göre iptal edilince, yalnız rehin iptal edilir; o rehin ile temin edilen (mevcut) borç (alacak) geçerlidir. Alacaklı, bu alacağını borçludan (veya iflas masasından) teminatsız (adi) alacak olarak talep edilebilir²⁸.

Uygulamada sıkça karşılaşılan bir sorun da sürelerin hesaplanmasına ilişkindir. Süreleri hesaplarken dikkate alınması gereken husus, borçlunun fiili işlediği an değildir; kendisine karşı başlatılan icra takibinde icraya konu olabilecek malların mal varlığı dışına çıktığı andır. Mesela borçlunun taşınmazının satış işleminde dikkate alınacak zaman, taşınmazın satış sonrası tapuya tescilidir.

1) Borçlunun Teminat Göstermeyi Evvelce Taahhüt Etmiş Olduğu Haller Müstesna Olmak Üzere Borçlu Tarafından Mevcut Bir Borcu Temin İçin Yapılan Rehinler

Madde hükmünü biraz açmak gerekirse, borçlunun, tasarrufu iptale tabi bir yıllık süreden önce yaptığı borçlanma sırasında veya borçlanmadan sonra olup iptale tabi bir yıllık süreden önce bu borç için ileri bir tarihte vermeyi taahhüt ettiği teminatın, iptale tabi süre içinde verilmiş olması halinde bu teminat veya rehinle ilgili tasarrufun iptali istenemez. Buna karşın önceye ilişkin teminat taahhüdü bulunmayan borç için daha sonra bir yıllık iptal süresi içinde verilen teminat veya rehine ilişkin tasarruflar batıl sayılıp, iptali istenebilir²⁹. Yani borçlunun vadesi gelmemiş bir borcu, aciz halindeyken ödemiş ise, bu işlemin iptali istenebilmesi gerekmektedir³⁰.

Mevcut bir borç için rehin kurulması iptale tabi olduğundan, borçlunun yeni bir borcunu güvenceye kavuşturmak için rehin kurması bu maddenin kapsamı dışında kalır³¹.

²⁶Madde 856- Taşınmaz rehni tapu kütüğüne tescil ile kurulur. Kanunda öngörülen ayrı durumlarda saklıdır.

²⁷Madde 22- Sözleşmenin yazılmamış sayılan genel işlem koşulları dışındaki hükümleri geçerliliğini korur. Bu durumda düzenleyen, yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez.

²⁸Kuru, a.g.e., s.617.

²⁹Kale, a.g.e., s.195.

³⁰Haşmet Sırrı Akşener, İcra ve İflas Hukukunda Tasarrufun İptali Davaları, Legal Yayıncılık, 2.Baskı, 2007, s.124.

³¹Talih Uyar, İcra ve İflas Hukukunda Aciz Halinde İken Yapılan Tasarruflardan Dolayı İptal, İstanbul Barosu

2) Borçlunun Para veya Mutad Ödeme Vasıtalarından Başka Bir Şekilde Yaptığı Ödemeler

Burada sadece para borçları söz konusudur. Nitekim İsviçre Kanununun Almanca metni; “*bir para borcunun ifası*”ndan bahsettiği halde, bizim Kanunumuzda sadece; “*ödemeler*” denilmekle yetinilmiştir³². Yani burada sadece para borçları için yapılan mutad olmayan ödemeler söz konusu ise iptal davası açma hakkı tanınır. Para borcu dışında yapılan ödemeler için açılacak tasarrufun iptali davası Kanunun 279. maddesi uyarınca değil, ancak 280. maddesi uyarınca açılabilir. Ancak bazen mutad ödeme kavramı karışıklığa yol açmakta, nelerin mutad ödeme sayılacağını mahkemenin atamış olduğu bilirkişi tayin etmektedir. Örneğin, esnaf için poliçe keşidesi normal bir ödeme şekli olmadığı halde, tacir için mutad sayılabilecektir³³.

Yargıtay 15.Hukuk Dairesinin 30.9.2003 tarih ve 2003/3452 E., 2003/4429 K. sayılı kararından da anlaşılacağı üzere, alacağa mahsuben yapılan tasarruf mutad ödeme kabul edilemez ve alacağa mahsuben satışların butlanına karar verilir.

İlgili Yargıtay kararı şöyledir: “... *Dava, İİK'nın 227 ve devamı maddeleri uyarınca açılmış tasarrufun iptali istemine ilişkindir. Davada, borçlu Ahmet'in banka hesaplarının kat edilmesinden sonra davalı Tuncer'e 8.10.1998 tarihinde, onun da 11.12.1998 tarihinde davalı M Tekstil Sanayi ve Ticaret A.Ş.'ye devrettiği G, Tepecik köyünde bulunan 30, 31, 32, 34 parsel no'lu taşınmazların devrinin mal kaçırmak kasdıyla yapıldığı, her iki tasarrufun da iptaline karar verilmesi istenilmiştir. Davalı Tuncel vekili cevabında, bu taşınmazların satış bedellerini ödeyemediklerinden bizzat borçlu Ahmet'in talebi üzerine, alacaklısı bulunan M Tekstil Sanayi ve Ticaret A.Ş.'ye devrettiklerini bildirmiş, M A.Ş. vekili de cevabında alacağına mahsuben dava konusu 4 adet parseli devir aldığını beyan etmiş, borçlu vekilince tekrarlanıp, doğrulanmıştır. Görülüyor ki, Tuncer ve M AŞ'nin borçlunun durumunu bilerek, bedel ödemediği taşınmazları satın aldıkları, kendi ikrarlarıyla sabittir. Alacağa mahsuben yapılan tasarruflar anılan yasanın 279. maddesinin 2. fıkrası uyarınca mutad (olağan) ödeme vasıtası kabul edilmemektedir. Dairemizin süregelen uygulaması da bu yönde olup, alacağa mahsuben satışların butlanına karar verilmektedir...*”. Gerçekten de ilgili Yargıtay kararında borçlunun,

Dergisi, S.Mart-Nisan, 2014, s.445.

³²Umar, a.g.e.,s.71.

³³Saim Üstündağ, İflas Hukuku, Yayıncılık Matbaa, 8.Bası, İstanbul 2009, s.294.

borcunu para veya mutat ödeme vasıtası ile yapmadığı ve borcuna karşılık taşınmazlarını devretmesinin mutat ödeme vasıtası kabul edilemeyeceği şeklindeki yorumu doğru kabul edilmelidir. Zira taşınmaz devri mutat ödeme vasıtası kabul edilemez.

3) Borçlunun Vadesi Gelmemiş Borçları İçin Yapmış Olduğu Ödemeler

Aciz halinde bulunan borçlunun son bir yıl içerisinde vadesi gelmemiş borçları için yapmış olduğu ödemeler Kanun'un ilgili hükümleri uyarınca iptale tabidir. Bunu örneklendirecek olursak, borçlunun senedi vadesinden önce alacaklıya ödemesi iptale tabidir. Borcun ne borcu olduğu önemli değildir. Önemli olan; sadece borcun vadesinden önce ödenmiş olmasıdır.

Vadesi gelmeden ödenmiş olan borcun hacizden, acizden veya iflasın açılmasından önce vadesi gelse bile, yapılan ödeme gene iptale tabidir. Çünkü burada önemli olan, borcun ödendiği anda vadesinin gelmemiş olmasıdır³⁴.

Müeccel olan borç ister ifa yerine, ister ifa uğruna ödenmiş olsun iptal edilebilir. Borçlu önceden ödeme hakkına sahip olmakla beraber, buna mecbur olmadığı veya borcun bir kefaletle veya rehinle teminat altına alınmış olduğu veya borçtan bir iskonto yapılmış olduğu hallerde dahi ödeme iptal edilebilir. Buna mukabil borçlunun cari hesabına yapmış olduğu düzenli ödemeler, borcun vadeden önce ödenmesi olarak nitelendirilemez³⁵.

4) Kişisel Hakların Kuvvetlendirilmesi İçin Tapuya Verilen Şerhler

Şahsi hakların üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi, bu hakların tapu kütüğüne şerhi ile sağlanır. Şerhin hukuki niteliği tartışmalı olmakla beraber, artık bir şahsi hakkın, şerh verilerek aynı hak derecesine yükseltilemeyeceği, fakat etkisi kuvvetlendirilmiş şahsi hak olarak kabul edileceği belirtilmiştir. Şahsi haklardan ancak kanunda sayılı olanlar şerh edilebilecektir³⁶.

Tapu kütüğüne şerh edilebilecek olan haklar Medeni Kanununun 1009. maddesinde açıklanmıştır. Buna göre; "*Arsa payı karşılığı inşaat, taşınmaz satış vaadi, kira, alım, önalım, gerialım sözleşmelerinden doğan haklar ile şerhedilebileceği kanunlarda açıkça öngörülen diğer haklar tapu kütüğüne şerhedilebilir.*"

³⁴Kuru, a.g.e., s.617.

³⁵Kale, a.g.e., s.200.

³⁶Kemal Oğuzman-Özel Seliçi-Saibe Oktay Özdemir, Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, 12.Bası, İstanbul 2009, s.202.

Uygulamada; bu madde uyarınca, aciz halinde bulunan borçluların son bir yıl içinde yapmış oldukları taşınmazlara ilişkin satış vaadi sözleşmeleri, kira sözleşmeleri için tapu siciline işlettikleri şerhlerin iptali konusunda açılan davalara oldukça sık rastlanmaktadır.

Yargıtay'ın 15.HD. 15.5.2002 tarih ve 2002/1010 E., 2002/2526 K. sayılı kararında; "... Davada, 2.2.1999 ve 29.7.1999 günlü noterlikçe düzenlenen kira sözleşmesinin davacı alacaklı yönünden iptali istenmiştir.

Gerçekten, İcra ve İflas Kanununda iptale konu tasarrufların neler olduğu sınırlı olarak sayılmadığından, kural olarak alacaklıları zararlandırıcı her türlü hukuki işlemin iptali istenebilir. Bu cümleden olarak İİK'nun 279/4. maddesinin de kişisel hakların kuvvetlendirilmesi için bu sözleşme tapuya şerh edilmiş ise anılan şerhin iptalini de dava ettiği kuralı gereği kabul edilmelidir. Hal böyle olunca davanın şerhin iptali talebine hasren görülüp sonuçlandırılması gerekir. Mahkemece deliller toplanarak kira sözleşmeleri şerh edilmişse davanın bu şerhin iptaline yönelik esastan incelenerek karara bağlanması yerine yazılı şekilde reddi bozma nedenidir."

İlgili karardan da anlaşılacağı üzere Yargıtay alacaklıyı zarara uğratacak olup tapuya verilen şerh sebebiyle bozma kararı vermiştir.

Sonuç

Araştırmamızda, İİK.m.279'da düzenlenmiş olan aciz halinde tasarrufun iptali davasını açıklanmaya çalışılmıştır. Kanun metninden ve Yargıtay'ın ilgili kararlarından da anlaşılacağı üzere; alacaklıyı zarara uğratmak amacıyla yapılan her türlü tasarruf kanun koyucu tarafından engellenmeye çalışılmıştır. Bu yüzden Kanun alacaklıya tasarrufun iptali davası açma hakkı tanımıştır. Ancak şu unutulmamalıdır ki, alacaklının bu davayı açabilmesi için borcun, yapılan tasarruftan önce doğmuş olması gerekir. Aksi halde iptal davası açılabilmesi mümkün değildir. Ancak bu eleştirilebilir çünkü kişi, borç yükü altına girebileceği durumları önceden tahmin ederek, borç ilişkisi kurulmadan hemen önce tasarrufta bulunabilir, daha sonrasında bir başkası ile borç ilişkisi kurabilir. Bu gibi durumlarda Kanun'un borcun doğumu ile ilgili hükmü tarafımda doğru bir hüküm olarak görünmemektedir.

Kaynakça

- [1.] AKİL, Cenk; “Tasarrufun İptaline Konu Olabilecek İşlemlerin Hukuki Niteliği”, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, Yıl 1, Sayı 1, 2014.
- [2.] AKİL, Cenk; “Yargıtay Kararları Işığında Tasarrufun İptali Davası Bağlamında Aciz Belgesi”, Ankara Barosu Dergisi, Sayı 3, 2014.
- [3.] AKŞENER, Haşmet Sırrı; “İcra Ve İflas Hukukunda Tasarrufun İptali Davaları”, Legal Yayıncılık, İkinci Baskı, 2007.
- [4.] ALBAYRAK, Hakan; “Tasarrufun İptali Davaları”, [Http://Hakanalbayrak.Blogspot.Com.Tr/2011/07/Tasarrufun-İptali-Davaları-2011-İ-Genel.Html](http://Hakanalbayrak.blogspot.com.tr/2011/07/Tasarrufun-İptali-Davaları-2011-İ-Genel.html)
- [5.] ERDÖNMEZ, Güray; “Nam-I Müstear Ve Tasarrufun İptali Davaları”, Bankacılar Dergisi, Sayı 59, 2006.
- [6.] GÜNEREN, Ali; “Tasarruf İptal Davaları”, Adalet Yayınevi, Birinci Baskı, Ankara 2008.
- [7.] KAÇAK, Nazif; “Açıklamalı-İçtihatlı Tasarruf İptal Davaları”, Seçkin Yayıncılık, Birinci Baskı, Şubat 2006.
- [8.] KALE, Serdar; “Aciz Halindeki Borçlunun Bir Veya Birkaç Alacaklısını Kayıran Hukuki Fiilleri Dolayısıyla İptal Davası”, http://dosya.marmara.edu.tr/huk/fak%C3%BCltergisi/prof.dr.ergun%20%C3%B6ner/9ar.g_r.serdar_kale.pdf
- [9.] KURU/ARSLAN/YILMAZ; “ İcra Ve İflas Hukuku”, Yetkim Basımevi, 28.Baskı, Ankara 2014.
- [10.] MUŞUL, Timuçin; “ İcra Ve İflas Hukuku” , Yetkin Yayınevi, 3.Baskı, Ankara 2008.
- [11.] OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZDEMİR; “Eşya Hukuku”, Filiz Kitabevi, On ikinci Bası, İstanbul 2009.
- [12.] ÖZTEK, Selçuk; “ Tasarrufun İptali Davalarında Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar Ve Yargıtay’ın Bu Sorunlara İlişkin Uygulamaları, Prof. Dr. Ergun Önen’e Armağan, Alkim Yayınevi, İstanbul 2003.
- [13.] PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZKAN/ÖZEKES; “İcra Ve İflas Hukuku”, Yetkin Yayınevi, 3.Baskı, Ankara 2016.

- [14.] UMAR, Bilge; “Türk İcra İflas Hukukunda İptal Davası, Fakülteler Matbaası, 1963.
- [15.] ULUKAPI, Ömer; “İcra Ve İflas Hukuku”, Mimoza Yayınları, Konya 2007.
- [16.] UYAR, Talih; “İcra Ve İflas Hukukunda Aciz Halinde İken Yapılan Tasarruflardan Dolayı İptal”, İstanbul Barosu Dergisi, Mart-Nisan Sayısı, 2014.
- [17.] UYAR, Talih; “Takip Hukukunda Borç Ödemeden Aciz Vesikası” Tbb Dergisi, Sayı 70, 2007.
- [18.] UYAR, Talih; “Tasarrufun İptali Davalarının Konusu”, Tbb Dergisi, Sayı 78, 2008.
- [19.] ÜSTÜNDAĞ, Saim; “İflas Hukuku”, Yaylacılık Matbaa, İstanbul 2009.
- [20.] YILDIRIM, Kamil; “Tasarrufun İptali Davasının İşlevi Bakımından Aciz Belgesi İle İlişkisi Hakkında Düşünceler”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı 2009.

YAZAR KILAVUZU

Aşağıda belirtilen yayın ilkeleri ve yazım kurallarına uygun olarak hazırlanmış yazılar, “makale sunum formu” ile birlikte e-posta yoluyla aşağıdaki adreslere gönderilebilir.

Çevirisi yapılmış, makalelerin değerlendirmeye alınabilmesi için özgün metinlerin ve makale sahibinden (asıl yazar veya hak sahibi yayınevi) alınan izin yazılarının da gönderilmesi zorunludur.

Ön inceleme ve hakem değerlendirmesi doğrultusunda geliştirilmek ve/veya düzeltilmek üzere yazarlarına geri gönderilen yazılar, gerekli düzeltmeler yapılarak en geç, bir ay içinde tekrar dergiye ulaştırılır.

Yapılan ön incelemede işbu yazım kurallarına uygun olmadığı tespit edilen makaleler, düzeltilmesi için yazarına iade edilir ve yayım programına alınmaz.

Yayın İlkeleri

1. Hukuk Fakültesi Dergisi altı ayda bir (Haziran- Aralık) yayımlanan hakemli bir dergidir.

2. Yazarlar tarafından gönderilen makaleler, karar incelemeleri, çeviriler başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Bilimsel bir toplantıda sunulmuş, ancak basılmamış bildirilerden üretilmiş çalışmalar, bu durum dipnotta açıkça belirtilmek koşuluyla kabul edilebilir.

3. Yayımlanması istenen yazıların Haziran sayısı için 1 Nisan, Aralık sayısı için 1 Ekim tarihine kadar aşağıda gösterilen iletişim adresine gönderilmesi gerekir. Bu tarihlerden sonra gönderilen yazılar bir sonraki sayı için değerlendirilir.

4. Gönderilen yazıların ilk değerlendirmesi Yayın Kurulunca yapılır. Yayın Kurulunca ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayın ilkelerine uygun bulunan yazılar iki ayrı hakeme gönderilir, hakemler, yazının yayımlanmasına, düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verir ve yazar durumdan haberdar edilir.

5. Hakem raporunda düzeltme istenmesi halinde, yazar ancak belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklik yapabilir. Yayınlanması için düzeltilmesine karar verilen yazıların, yazarları tarafından 30 gün içinde yeniden Yayın Kurulu'na gönderilmesi gerekir. Bu süre içinde gönderilen yazılar bir sonraki dönemde yayımlanmak üzere sıraya konular. Yazı değişiklikleri isteyen hakemler, yazının tekrar incelenmesine karar verebilir.

6. Hakem raporunda yazının geri çevrilmesine karar verilmişse, ikinci bir hakem incelemesi yapılır. Süresi içerisinde hakem incelemesinden dönmeyen yazılar, yazarı tarafından aksi yönde bir talepte bulunulmadıkça derginin bir sonraki sayısında değerlendirilir.

7. Yayın Kurulu, ilgili sayıda yayımlanacak yazı yoğunluğunu dikkate alarak, hakem değerlendirmesinden olumlu sonuç almış yazıları derginin daha sonraki sayılarında yayımlama hakkını saklı tutar.

8. Yazılar elektronik ortamda CD'ye kaydedilmiş olarak ve ayrıca iki kopyasında yazar adı görünmeyecek şekilde toplamda üç kopya A4 boyutunda çıktısı alınarak İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı adresine gönderilmelidir. Yazarlar unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, açık adreslerini, telefon numaralarını ve elektronik posta adreslerini bildirmelidirler.

9. Derginin bir kopyası, yazıları yayımlanan yazarlara ücretsiz olarak gönderilir.

Yazım Kuralları

I. Ana Başlık

İçerikle uyumlu, onu en iyi ifade eden bir başlık olmalı ve koyu harflerle, sözcüklerin ilk harfi büyük olacak biçimde yazılmalıdır.

II. Yazar ad(lar)ı ve adres(ler)i

Yazar(lar)ın ad(lar)ı ve soyad(lar)ı koyu, adresler ise normal ve eğik karakterde harflerle yazılmalı; yazar(lar)ın varsa görev yaptığı kurum(lar), haberleşme ve e-posta adres(ler)i ilk sayfada dipnot olarak belirtilmelidir.

III. Özet

Makalenin başında, konuyu kısa ve öz biçimde ifade eden ve en az 100, en fazla 150 sözcükten oluşan Türkçe “özet” ve İngilizce “abstract” bulunmalıdır. Özet içinde, yararlanılan kaynaklara, şekil ve çizelge numaralarına değinilmemeli; dipnot kullanılmamalıdır. Türkçe ve İngilizce özetleri altında bir satır boşluk bırakılarak, en az 3, en çok 5 sözcükten oluşan anahtar sözcüklere (keywords) yer verilmelidir. Yazılan İngilizce özetin (abstract) üzerinde yazının İngilizce başlığı da verilmelidir.

IV. Ana Metin

A4 sayfa boyutunda, MS Word programı, Times New Roman yazı karakteri ile 12 punto ve 1,5 satır aralığıyla yazılmalıdır. Sayfa kenarlarında üst 3 cm., alt 3 cm., sol 3 cm., sağ 3 cm. boşluk bırakılmalı ve sayfalar numaralandırılmalıdır. Yazılar Türkçe ve İngilizce özet, şekil ve tablo yazıları da dahil 6.000 (altıbin) sözcüğü geçmemelidir.

V. Bölüm Başlıkları

Yazıda, sistematik bir bilgi akışı sağlamak üzere ara ve alt başlıklar kullanılabilir. Yazıdaki tüm ara (normal) ve alt başlıklar (yatık) 12 punto ile sözcüklerin yalnız ilk harfleri büyük, koyu karakterde yazılmalı; alt başlıkların sonunda iki nokta üst üste konulmamalı ve bir satır sonra devam edilmelidir.

VI. Kaynakça

Yazının sonunda, yazarların soyadına göre alfabetik sırayla yazılmalıdır.

İletişim Bilgileri

İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı
Beşyol Mah. İnönü Cad. No:38 Sefaköy-Küçükçekmece/İstanbul

PK:34295

Tel: 444 1 428 / **Dahili:** 23410

Faks: 0212 425 57 59

E-Posta: hukukdergi@aydin.edu.tr

AUTHOR'S GUIDE

Author's may send their articles which are prepared in accordance with the below stated publishing and editorial principles, together with the "article presentation form" via e-mail to the provided addresses.

Providing the permissions of the authors (the main author or the rightful publishing house) is obligatory for the translated texts and articles as well.

The articles which are sent to their authors for further improvement and/or proofreading following the preliminary reviews and referee evaluations, must be edited accordingly and delivered back to the journal in one month at the latest.

On the other hand, the articles which are found to be conflicting with this guideline, will be returned to their authors for further proofreading and will not be issued.

Publishing Principles

- 1. Hukuk Fakültesi** is a peer-reviewed journal which is prepared and printed by Istanbul Aydin University, the Faculty of Law twice a year (June and December).
- The journal only accepts articles, reviews of judgement and translations, which are not published or accepted to be published previously. Articles which are created from the reports that are not published but presented in a scientific gathering can be accepted provided that the case is clearly stated in the footnote.
- The manuscripts that are to be published in the June issue of the journal must be delivered till the 1st of April and till the 1st of October for the December issue. The manuscripts received after these dates will be evaluated for the next issue of the journal.
- The preliminary evaluation of the manuscripts to be published are done by the Editorial Board. Those manuscripts that are evaluated by the Editorial Board and found to conform with publishing principles of the journal are sent to two different referees. Referees decide whether to publish, revise or reject the manuscripts and in each case the authors are informed.

5. In case the referee demands a revision in his report, the author is expected to change the text only within the limits given by the referee. The manuscripts that are expected to be revised must be completed and resend to the Editorial Board within 30 days. Manuscripts that are sent within the specified period will be queued to be published in the next issue. The referees who demanded the changes may also evaluate manuscript revision.

6. In case referee decides to reject the manuscript in his report, a second referee review is conducted. The manuscripts that are not returned from referee reviews within the specified period are evaluated for the next issue of the journal unless the authors demand otherwise.

7. Editorial Board reserves the right to publish manuscripts which have positive referee reports, in the upcoming issues of the journal depending on the intensity of the related issue.

8. The manuscripts must be delivered to Istanbul Aydin University, Law Faculty Deanship prepared as a CD in addition to three other hard copies in A4 paper size, on the two of which the name of the author is not specified. The authors are expected to specify their titles, the institutions they work in, their open address, contact number and e-mail addresses.

9. A copy of the journal will be sent to the authors free of charge.

Editorial Principles

I. Main Title

Written in bold letters, the main title must be congruent with the text content expressing the treated subject in the best way. The main title must not exceed 10-12 words of which initials must be capitalized.

II. Author's Name(s) and Address(es)

The name(s) and surname(s) of the authors must be typed in bold whereas the addresses must be typed in italic letters. If there are any, the title(s) and the workplace(s) of the authors as well as their contact information must be indicated on the first page with a footnote.

III. Abstract

The article must include an abstract in both English and Turkish (özet) languages, which briefly and clearly summarizes the subject of the text and consists of at least 100 and at most 150 words. The abstract must not refer to the cited sources, figures and graphic numbers used in the text or contain footnotes. Authors must provide keywords consisting of at least 3 and at most 5 words leaving an empty line under the English and Turkish abstracts. The Turkish abstract must also have its title in Turkish.

IV. Main Text

The text must be written with Times New Roman font-type, 12-point font size leaving 1,5 space between lines and 3 cm margins on top, bottom and both sides of an A4-sized MS Word page. The pages must be numbered. The text must not exceed 6000 (six thousand) words including its Turkish and English abstracts, figures and table contents.

V. Sub-titles

The section and sub-titles may be preferred for delivering the information in an orderly way. All the section (regular) and sub (italics) titles must be written in 12- point size, bold characters, capitalizing only the initial letters of each word in the title. Sub-titles must not be followed by a colon (:) and the text must begin after an empty line.

VI. Bibliography

The bibliography must be given at the end of the text in an alphabetical order.

Contact Information

Istanbul Aydın University, Faculty of Law Beşyol Mah.
İnönü Cad. Nu:38 Sefaköy-Küçükçekmece/İstanbul

Postal Code: 34295

Tel: 444 1 428 / 23410

Faks: 0212 425 57 59

E-mail: hukukdergi@aydin.edu.tr