

**Gazi Üniversitesi
Hukuk Fakültesi
Dergisi**



**Gazi University
Faculty of Law
Review**

ISSN-1302-0013

(online) ISSN 2564-6818

**Cilt XXI, Ekim 2017, Sayı 4
Vol. XXI, October 2017, No. 4**



Ankara 2017

GAZİ ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Gazi Üniversitesi Gazi University
Hukuk Fakültesi Dergisi Faculty of Law Review

Sahibi : Owner :

Prof. Dr. İbrahim USLAN Prof. Dr. İbrahim USLAN

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü* Editor in Chief **

Prof. Dr. Kadir ARICI Prof. Dr. Kadir ARICI

Editörler*: Editors ** :

Doç. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR (G.Ü.) Assoc. Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR (G.Ü.)
Yrd. Doç. Dr. Neslihan GÖKTÜRK (G.Ü.) Assist. Prof. Dr. Neslihan GÖKTÜRK (G.Ü.)
Yrd. Doç. Dr. M. Çelebi CAN (G.Ü.) Assist. Prof. Dr. M. Çelebi CAN (G.Ü.)

Editör Yardımcıları Deputy Editors

Arş. Gör. M.Gökhan TÜRE (G.Ü.) Res. Assist. M.Gökhan TÜRE (G.Ü.)

Yayın Kurulu*: Editorial Board :**

Prof. Dr. Ender Ethem ATAY (G.Ü.) Prof. Dr. Ender Ethem ATAY (G.Ü.)
Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ (G.Ü.) Assoc. Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ (G.Ü.)
Doç. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR (G.Ü.) Assoc. Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR (G.Ü.)
Doç. Dr. Yaşar SALİHPAŞAOĞLU(G.Ü.) Assoc. Prof. Dr. Yaşar SALİHPAŞAOĞLU(G.Ü.)

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

Yayın Sekreteri : Secretary of Publication

Günay KANDEMİR (G.Ü.) Günay KANDEMİR (G.Ü.)

ISSN-1302-0013

Tasarım - Dizgi: Kemal ERDOĞAN

Basım Yeri: Hazar Reklam Matbaacılık

Kazım Karabekir Cad. Kültür Çarşısı No: 7/56-57

İskitler/ANKARA Tel: 0312 341 22 06-07

Basım Tarihi: Nisan 2018

* Aşağıda yer alan öğretim üyeleri Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde halen görev yapmaktadır.

** Faculty members listed below currently work in Gazi University Faculty of Law.

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Emniyet Mah. Muammer Bostancı Cad. No: 4 Beşevler/ANKARA, TÜRKİYE

TEL: +90 312 216 20 72 FAKS: +90 312 215 01 69 web: <http://www.hukuk.gazi.edu.tr>

e-posta: hukukdergi@gazi.edu.tr - dergihukuk2013@gmail.com

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1997 yılından itibaren yılda 2 sayı, 2011 yılından itibaren ise yılda 4 sayı olarak yayınlanmakta olan hakemli bir dergidir.

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 27.05.2010 tarihinden itibaren TÜBİTAK - ULAKBİM tarafından taranmaktadır.

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, konu sınırlaması olmaksızın hukuk alanında yapılan tüm akademik çalışmalara yer vermektedir. Derginin amacı hukuk literatürüne katkı sağlamaktır.

DANIŞMANLAR KURULU

Prof. Dr. Şahin AKINCI	Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ali AKYILDIZ	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Rıza AYHAN	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Veysel BAŞPINAR	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Enver BOZKURT	Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Aydın GÜLAN	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. O. Berat GÜRZUMAR	Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yedigir İZMİRLİ	İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hasan PULAŞLI	Kemerburgaz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Fırat ÖZTAN	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Adem SÖZÜER	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Cemal ŞANLI	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Süha TANRIVER	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mehmet ÜNAL	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

GAZİ ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ (GÜHFD) YAYIN İLKELERİ

1. Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (GÜHFD, ULAKBİM tarafından taranan “*Hakemli Dergi*” statüsünde yılda dört sayı olarak yayımlanır. 2016 Temmuz ayından itibaren iki hakemli sisteme geçilmiştir.
2. Dergiye gönderilen makaleler başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır; Makalenin dergimize gönderilmiş olması, yazarın bu konudaki taahhüdü anlamına gelir.
3. Makaleler; “*Microsoft Word*” programında hazırlanmış olmalıdır. Ana metin Times New Roman-12 punto- normal stil; dipnotlar Times New Roman-10 punto normal stil olarak hazırlanmış olmalı ve CD veya elektronik posta ile editöre gönderilmelidir.
4. Derginin yazı dili esas olarak Türkçe olmakla birlikte, dergide İngilizce, Almanca ve Fransızca makalelere de yer verilmektedir.
5. Dergiye gönderilen makalelerin başına, en az 100 en çok 200 kelimeden oluşan özetler ve özetlerin yazıldığı dillerde başlık ve beşer anahtar kelime eklenmelidir. Türkçe yazılan makaleler için Türkçe özete ek olarak; İngilizce, Almanca ve Fransızca dillerinden birinde daha özet eklenmesi gerekmektedir. Yabancı dilde yazılan makaleler için ise makalenin yazıldığı dilde ve Türkçe özetlerin eklenmesi gerekmektedir.
6. Makalelerde, yazar adları, yazarın çalıştığı kuruluş bilgileri ve elektronik posta adresleri açık ve doğru bir şekilde belirtilmelidir.
7. Yazarların dergiye gönderdikleri makalelerin denetimini yapmış oldukları ve bu haliyle “*basıma*” hazır olarak verdikleri kabul edilir. Editör kurulu tarafından yapılan ön incelemede, bilimsellik (alan yönünden denetim) ölçütlerine ve dergi yazım kurallarına uyulmadığı ve olağanın üzerinde yazım yanlışlarının tespit edildiği yazılar geri çevrilir.
8. Editör kurulunca ön değerlendirmesi yapılan makaleler, kör hakemlik sistemi uyarınca yazar adları metinden çıkarılarak iki hakeme gönderilir. Hakemlere gönderilen makalelere “*Makale ID*” numarası verilir ve bu numaralar yazarlara bildirilir. Yazarlar, makalenin durumunu makale takip sisteminden görebilir. Yazarlara makalenin hangi hakemlere gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez. Hakemlerin raporlarında düzeltme istemesi durumunda yazar, sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklik yapabilir. Yazar, hakemler tarafından önerilen düzeltmeleri yaptıktan sonra hakemlerin önerisi doğrultusunda tekrar hakem denetimine başvurulabilir. Hakemlerden biri olumlu, diğeri olumsuz görüş bildirdiğinde makale, üçüncü bir hakeme gönderilir. Hakemlerin raporlarının olumsuz olması durumunda, üçüncü bir

hakem incelemesi yapılmaz. Hakem incelemesine göre yayımlanmayan yazılar, yazarına geri gönderilmez. Yazara durum hakkında bilgi verilir.

9. Dergide, hakem denetiminden geçen makaleler dışında, *kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi ve bilgilendirici notlara, yargı kararı tahliline* de yer verilebilir. Bu nitelikteki yazılar editör kurulunca kabul edilebilir veya geri çevrilebilir.
10. Makaleler yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dâhil olmak üzere tüm yayım hakları Gazi Üniversitesi'ne aittir. Yazarlar telif haklarını Üniversiteye devretmiş sayılır, yazara ayrıca telif ücreti ödenmez.
11. Makalenin sonunda, makalede yararlanılan çalışmaların listelendiği kaynakça yer almalıdır. Kaynakça, yazarların soy ismine göre alfabetik olarak, ilk satır asılı şekilde sıralanmalıdır.
12. Yararlanılan çalışmalar kaynakçada şu şekilde yer almalıdır:

Kitaplar:

SOYAD, Ad: **Eserin Adı**, Baskı, Yayınevi, Basıldığı Yer, Yıl. Örnek:

AYHAN, Rıza: **Ticarî İşletme Hukuku**, II. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007.

Makaleler:

SOYAD, Ad: "Makalenin Başlığı", **Makalenin Yer Aldığı Eserin Adı**, Cilt No., Sayı No., Makalenin Yer Aldığı Sayfa Aralığı.

Örn: AYHAN, Rıza: "Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Hukuki Mahiyeti", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu'na Armağan**, C. I, Sa. 2, s. 31-40.

İnternet ortamında bulunan kaynaklar için parantez içerisinde URL ve sayfasına erişim tarihi belirtilmelidir.

Örn: AYHAN, Rıza: "Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Hukuki Mahiyeti", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu'na Armağan**, C. I, Sa. 2, s. 31-40. (http://www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/1_2_3.pdf, erişim: 13.06.2010)

Birden fazla yazar tarafından hazırlanmış çalışmalarda, tüm yazarların ad ve soyadları tam olarak yazılmalıdır.

Örn: OĞUZMAN, M. Kemal / SELİÇİ, Özer / OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, **Eşya Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 11. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2006

13. Yararlanılan kaynaklara ilişkin atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir. İlk atıfta kaynakçada yer alan tüm bilgiler yer alma-

lıdır. Kaynakçadan farklı olarak, ilk atıfta yazarların adı ve soyadı (Adı SOYADI) şeklinde yazılmalı ve çalışmanın adından (.) ile ayrılmalıdır. Yararlanılan sayfa, künyenin en sonunda yer almalıdır.

Örn: Rıza AYHAN, “Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Hukuki Mahiyeti”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu’na Armağan**, C. I, Sa. 2, s. 33.

Aynı çalışmaya daha sonra yapılacak atıflarda

Eserler için: SOYAD, a.g.e., sayfa numarası veya SOYAD, sayfa numarası.

Makaleler için: SOYAD, a.g.m., sayfa numarası veya SOYAD, sayfa numarası.

Örn: KAPANİ, a.g.e., 21. veya KAPANİ, s.21.

AYHAN, a.g.m., 36. veya AYHAN, s.36.

Aynı yazarın birden çok çalışmasından yararlanılmış ise, (a.g.e. /a.g.m.) kısaltmaları kullanılmamalıdır. Çalışmaların yapıldığı yıllar farklı ise parantez içerisinde yıl belirtilmelidir. Yıllar aynı ise, çalışmanın ismi, yazarın diğer çalışmalarından ayırt edilmesini sağlayacak şekilde kısaltılarak kullanılmalıdır.

Örn: GÖZLER, (2010), s. 43.

GÖZLER, Anayasa Hukukunun..., s. 76.

İletişim Adresi: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Emniyet Mah.
Muammer Bostancı Cad. No: 4 (Beşevler Metro su
Yakını) Beşevler/ANK.

Tel: (312) 216 20 72

Faks: (312) 215 01 69

http: www.hukuk.gazi.edu.tr

e-posta: hukukdergi@gazi.edu.tr , dergihukuk2013@gmail.com

GAZİ ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
HAKEM DEĞERLENDİRME FORMU

<u>Çalışmanın Başlığı:</u> “ ”					
<u>Çalışmanın Niteliği:</u> Makale(*) Çeviri() Karar İncelemesi() Tez Özeti() Derleme() Diğer()					
Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih :		Hakeme Gönderildiği Tarih :			
<u>Değerlendirme Soruları :</u>		Olumsuz	1	2	3
1. Başlık çalışmanın içeriğine uygun mu? (1 Puan).....		☐	☐		
2. Özet çalışmanın içeriğini verebiliyor mu? (1 Puan)		☐	☐		
3. Dili yeterince açık ve anlaşılabilir mi? (1 Puan).....		☐	☐		
4. Bilimsel terminoloji yeterli ve uygun kullanılmış mı ? (2 Puan).....		☐	☐	☐	
5. Çalışma plânı (bölümler, ana ve alt başlıklar)doğru kurgulanmış mı?(2 Puan).		☐	☐	☐	
6. Bilimsel yazım ve atıf usullerine uyulmuş mu? (2 Puan).....		☐	☐	☐	
7. Çalışmada sunulan konu yeterli biçimde açıklanıyor mu? (3 Puan)		☐	☐	☐	☐
8. Çalışmada yeterli bilimsel tartışma yapılmış mı? (3 Puan)		☐	☐	☐	☐
9. Çalışma ait olduğu bilim alanına orijinal katkı sağlıyor mu? (3 Puan)		☐	☐	☐	☐
10.Kullanılan kaynaklar nitelik ve nicelik açısından yeterli mi? (2 Puan).....		☐	☐	☐	
** Toplamda 15 puan alamamış eser, olumsuz olarak değerlendirilir.					
<u>Karar:</u>					
Yukarıdaki kriterler çerçevesinde incelenen çalışma akademik nitelikli bir dergide;					
1. Yayınlanmaya uygundur. ☐					
(Hakem değerlendirmeniz makalenin yayınlanmaya uygun olduğu yönünde olsa dahi kısaca aşağıda bulunan açıklamalar bölümüne görüşünüzü yazınız.)					
2. Yazım hataları, noktalama işaretleri ve diğer biçimsel sorunlar giderildikten sonra yayınlanabilir ☐					
Makaleyi görmek isterim..... ☐					
Editörün görmesi yeterlidir..... ☐					
3. Açıklamalar bölümündeki düzeltmeler yapıldıktan sonra yayınlanabilir..... ☐					
4. Yayınlanamaz..... ☐					
<u>Açıklamalar:</u>					
.....					
.....					
Açıklamalarınıza arka sayfada devam edebilir, gerek duyarsanız başka kağıt kullanabilirsiniz.					
<u>Değerlendiren Öğretim Üyesinin :</u>				İmzası	
Unvanı, Adı ve Soyadı:					

GAZI UNIVERSITY FACULTY OF LAW REVIEW (GÜHFD) EDITORIAL POLICY

1. Gazi University Faculty of Law Review (GÜHFD) is published four times per year as a “*Peer-reviewed Journal*” and it is indexed by ULAKBİM. Since July 2016 “*Double Peer-review*” system has started to be applied.
2. Articles submitted to the Journal should not have been published or submitted elsewhere to be published; Submittal of the article to our Journal constitutes a commitment by the author.
3. Articles should be written in “*Microsoft Word*” software. Body of the article should be formatted as Times New Roman-12 points-normal style; footnotes should be formatted as Times New Roman-10 points-normal style and submitted on a CD or via email to the Editor.
4. The main language of the Journal is Turkish; however, articles written in English, German or French are also published.
5. Articles submitted to the Journal should be accompanied by summaries comprised of 100-200 words and five keywords written in the languages of the summaries. Should the article is written in Turkish; a summary written in English, German or French must also be supplemented. Should the article is written in a foreign language; it must be accompanied by a summary in Turkish.
6. Names of the authors, their institutions and email addresses should be provided along with the article.
7. It is assumed that the authors have submitted the articles to the Journal after proof-reading and said articles are ready to be published. Upon the preliminary audit of the Editorial Board, articles that are determined to be not compliant with scientific standards and/or editorial policy of the Journal and articles that contain typos above the ordinary are declined.
8. Following the preliminary audit of the Editorial Board, the articles are presented to two peer reviewers without the name of the author in accordance with the blind review format and an “*Article ID*” number is given. Authors are also informed about this number. Authors can see the review process with the help of article tracking system. Authors are not informed regarding the identity of the reviewers. Should the reviewers demand corrections, the author may amend the article only in reference to said corrections. Following the corrections made by the author, the article may be re-presented to the reviewer as per the reviewer’s wish. Should

the article is declined by the reviewers; no subsequent reviews are carried out. When the article is declined by one reviewer but accepted by other then the article will be sent to third reviewer. Declined articles are not sent back to their authors. The author is informed regarding the circumstance.

9. *Book reviews, opinions on legislation, advisory notes and court decision analyses* may also be published in the Journal along with peer reviewed articles. Such materials may be accepted or declined by the Editorial Board.
10. All publishing rights of articles that are accepted to be published, including but not limited to full-text publication online, belong to Gazi University. Authors are assumed to have transferred said rights to the University and they are not paid any royalties.
11. A bibliography, comprised of the resource materials cited in the article, should be provided at the end of each article. The bibliography should be arranged alphabetically with regards to the surnames of the authors and the first line hanging.
12. Materials cited in the bibliography should be styled as such:

Books:

SURNAME, Name: **Title**, Edition, Publisher, Place published, Year published.
Sample:

AYHAN, Rıza: **Ticarî İşletme Hukuku**, 2nd Edition, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007.

Articles:

SURNAME, Name, “Title of the Article”, **Title of the Book/Journal**, Volume, Number, pp.

Sample: AYHAN, Rıza: “Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Hukuki Mahiyeti”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu’na Armağan**, Vol. I, No. 2, pp. 31-40.

URLs of online materials should be indicated in brackets along with the date of access.

Sample: AYHAN, Rıza: “Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Hukuki Mahiyeti”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu’na Armağan**, Vol. I, No. 2, pp. 31-40.

(http://www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/1_2_3.pdf, Date accessed: 13.06.2010)

Should the material is co-authored; names of each author should be fully provided.

Sample: OĞUZMAN, M. Kemal / SELİÇİ, Özer / OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, **Eşya Hukuku**, Revised 11. Edition, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2006.

13. Citations for referred resources should be added as footnotes at the end of each page. First citation should include complete information regarding the resource material. Dissimilarly to the bibliography, first citation to any resource material must include the name of the author as (Name SURNAME) and a comma must be placed between the name of the author and the title of the material. Relevant page of the material should be at the end of the citation.

Sample: Rıza AYHAN, “Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Hukuki Mahiyeti”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu’na Armağan**, Vol. I, No. 2, p. 33.

Subsequent citations to same resource material should be as such: SURNAME, *ibid*, p. *or* SURNAME, p.

Sample: AYHAN, *ibid*, 36. *or* AYHAN, s.36.

Should more than one material written by a single author are referred to, *ibid* should not be used. Should the publication years of said materials differ, year for each material should be indicated in brackets; otherwise, title of the material should be abbreviated to distinguish it from other materials written by the same author.

Sample: GÖZLER, (2010), p. 43.

GÖZLER, Anayasa Hukukunun..., p. 76.

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Cilt XXI

Ekim 2017

Sayı 4

İÇİNDEKİLER

MAKALELER*

ÖZEL HUKUK

- Pay Sahiplerinin veya Alacaklıların Doğrudan Zararlarının Tazmini
Amacıyla İkame Edilen Sorumluluk Davalarında TTK m. 1534'ün Etkisi
Mehmet Çelebi CAN.....3-32
- Ürünün Kirası Sözleşmelerinde Tarafların Asli Edimleri ve Bunların
İfasının Kusursuz Olarak İmkansızlaşmasına İlişkin Sonuçlar
A. Hulki CİHAN 33-48
- Medenî Kanun Dışındaki Kanunlarda
Düzenlenmiş Taşınır Rehni Çeşitleri
Alper UYUMAZ..... 49-90
- Türk Hukuku'nda Vadeli Çek (İleri Tarihli Çek) ve
Bunun Doğurduğu Sonuçlara İlişkin Bazı Tespitler
Ali Haydar YILDIRIM 91-130
- Kira Sözleşmesinde Kiracının Kiralananı Geri Verme Borcu
Aziz Erman BAYRAM 131-182

KAMU HUKUKU

- Federal Almanya Örneğinde Ulusal ve Avrupa
Mahkemeleri Arasındaki İşbirliği İlişkisi
A. Füsun ARSAVA.....185-198
- Elektrik Piyasasında Önlisans Müessesesi
Üzerine Bazı Değerlendirmeler
Hacı Yusuf ÇINAR 199-218

* Makaleler, yazarların unvanı ve soyadlarına göre sıralanmıştır.

Gazi University Faculty of Law Review

Vol. XXI October 2017 Number 4

C O N T E N T S

ARTICLES*

PRIVATE LAW

- Impact of Article 1534 of the Commercial Code on Liability Claims to Compensate Direct Damages of Shareholders Or Creditors*
Mehmet Çelebi CAN.....3-32
- The Main Acts Of The Bodies In Usufructuary Lease Contracts And The Solutions Of Impossibility Of These Acts Without Fault*
A. Hulki CİHAN 33-48
- Chattel Pledges In Other Codes Apart From Turkish Civil Code*
Alper UYUMAZ 49-90
- Determinations Regarding The Postdated Check And Its Results In Turkish Law*
Ali Haydar YILDIRIM 91-130
- The Obligation Of Lessee To Return The Leased Property In Lease Contract*
Aziz Erman BAYRAM 131-182

PUBLIC LAW

- The Cooperation Between National and European Courts Taking Into Consideration the Federal German Model*
A. Füsun ARSAVA..... 185-198
- Some Assessments On The Pre-License In The Electricity Market*
Hacı Yusuf ÇINAR..... 199-218

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

ÖZEL HUKUK>>

BOŞ

PAY SAHİPLERİNİN VEYA ALACAKLILARIN DOĞRUDAN ZARARLARININ TAZMİNİ AMACIYLA İKAME EDİLEN SORUMLULUK DAVALARINDA TTK M. 1534'ÜN ETKİSİ*

Mehmet Çelebi CAN**

ÖZET

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin davalar hakkındaki hukuki esasları, 549-561. maddeler arasında düzenlenmiştir. 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'dan farklı olarak yeni Kanun'da sorumluluğa dair hükümler, sistematik açıdan bir araya getirilmiştir. Öngörülen düzen ile getirilen yeniliklerden bazılarının kanunun gerekçesinde yer verilmiş ise de, yeniliklerin sadece gerekçede zikredilen hususlara hasredilmesi mümkün değildir. Çünkü kanun hükümleri, gerekçede zikredilmemiş olmakla birlikte, bilinçli veya bilinçsiz olarak yapılmış, ancak uygulanmakla ortaya çıkacak birçok yeniliğe gebe dir. Kanunun hazırlanmasında tıpkı 6762 sayılı Kanunda olduğu gibi, kenar başlıkları kullanılmış ve kenar başlıklarının kanun metnine dâhil olduğu esası kabul edilmiştir. Sorumluluk düzeni, kenar başlıkları ve madde metninin aynı düzeyde hukuki bağlayıcılığa sahip olduğu perspektifinden ele alındığında, zamanaşımı, yetkili mahkeme, sorumlular arasında teselsül gibi konularda pratik sonuçları itibariyle önemli değişikliklere yol açacak niteliktedir.

Anahtar Kelimeler: Anonim Şirket, Yönetim Kurulu Üyesi, Sorumluluk Davası, Kenar Başlıkları, Zamanaşımı, Yetkili Mahkeme, Teselsül

IMPACT OF ARTICLE 1534 OF THE COMMERCIAL CODE ON LIABILITY CLAIMS TO COMPENSATE DIRECT DAMAGES OF SHAREHOLDERS OR CREDITORS

ABSTRACT

Articles 549-561 of the Commercial Code No. 6102 set forth the principles applicable to liability claims against board members. Unlike the Commercial Code No. 6762, the liability rules are systematically organized under the new commercial code.

* Bu eser, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve Alman Türk Hukuk Akademisi işbirliği ile 22.05.2017 tarihinde gerçekleştirilen “Anonim Şirketlerde Bireysel ve Azınlık Pay Sahibi Hakları” konulu sempozyumda sunulan “Anonim Şirketlerde Doğrudan Zarara İlişkin Ortakların veya Alacaklıların Açacağı Sorumluluk Davasında TTK m. 1534'ün Etkisi” adlı tebliğin özgün katkıları yapılarak geliştirilmiş halidir.

** Yrd. Doç. Dr., Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi. e-posta: celebican001@gmail.com

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 02/03/2018

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 05/03/2018

The preamble of the new code refers to a number of amendments to the Commercial Code No. 6762, although the novelties of the new code cannot be limited to those listed therein. Indeed the new code, either intentionally or inadvertently, has triggered numerous novelties regarding application of the commercial law in Turkey. Similar to the previous code, the Commercial Code No. 6102 includes subtitles that are deemed to be a part of the main text. Assuming that these subtitles and the main text of the law are equally binding, reorganization of liability provisions may stimulate prominent changes in practice in various areas such as the statute of limitation, jurisdiction of courts and succession of liability.

Keywords: board member of an incorporation, liability cases, subtitles of the Commercial Code No. 6102, jurisdiction of the courts, succession of liability.

I. GİRİŞ

Bu çalışmanın kapsamını belirleyen ve hazırlanmasını tetikleyen sorun, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun ("TTK") anonim şirketler hukuku sorumluluk düzenlemeleri arasında yer alan m. 555-561 hükümlerinin ortak başlığı olarak "*Şirketin Zararı*" kavramının kanun koyucu tarafından tercih edilmesidir. Söz konusu tercihin doğurduğu pratik sonuçların ortaya konulması bu eserdeki amacımız olarak ifade edilebilir. Malum olduğu üzere TTK m. 1534 hükmü gereği, Türk Ticaret Kanunu kenar başlıkları madde metnine dâhil olan bir kanundur. Bu sebeple kanun maddelerinin kenar başlığı da metni ile aynı düzeyde hukuki bağlayıcılığa sahiptir. Anonim şirketler hukuku sorumluluk düzenlemeleri bakımından şirketin, pay sahiplerinin ve alacaklıların doğrudan zararları ile pay sahibi ve alacaklıların dolaylı zararları arasında ayırım yapılmakta; sorumluluk düzenlemeleri bu esasa dayalı olarak uygulanmaktadır. TTK m. 555-561 hükümlerinin ortak başlığının "*şirketin zararı*" olarak nitelendirilmiş olması, bu ilgili yedi hükmün artık yalnızca, pay sahibi ve alacaklıların malvarlığında dolaylı zarar olarak tezahür eden şirketin doğrudan zararları bakımından açılacak davalarda uygulanacağı sonucunu doğuracak niteliktedir. Şirket zararı kavramı, ortaklar ve alacaklılar bakımından sadece dolayısıyla zarar kavramını ifade edeceğinden, doğrudan zarara ilişkin pay sahibi ve alacaklıların açacağı davalarda da bu kısım hükümlerinin, özellikle zamanaşımına ilişkin hükmün uygulanması yönündeki yaklaşıma engel teşkil edecektir. Çünkü TTK m. 1534'ün normatif karakterinin bir sonucu olarak bu zaruret karşımıza çıkmaktadır. Aşağıda pay sahipleri ve alacaklılar tarafından doğrudan zararlara dayalı olarak TTK m. 553 kapsamında ikame

edilen davalarda, TTK m. 555-561 hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağı meselesi incelenecektir.

II. KENAR BAŞLIĞI KAVRAMI VE TÜRK TİCARET KANUNU BAKIMINDAN HUKUKİ BAĞLAYICILIĞI

Kanunlar, arka arkaya sıralanmış maddelerden oluşur; zaman zaman yeni maddelerin eklenmesi ile numaraların yanına harfler eklenebilir veya bazı numaralar hükmün mülga olması sebebi ile boş kalabilir¹. Ayrıca bilimsel eserlerde karşılaşıldığı gibi kanunlarda da maddeler düzenledikleri konuya göre kendi içinde kitaplar, kısımlar ve bölümler oluşturabilir². Bu ayrımlar, kanun uygulanmasında açıklık ve anlaşılabilirlik bakımından fayda sağlar³. Bunun yanı sıra bazı kanunlarda, her bir maddenin üst tarafında madde içeriğini özel olarak göstermek üzere «kenar başlıkları» yer alır⁴. Kanun sistematığının anlaşılması ve ilgili maddelerin bulunması bakımından kolaylık sağlayan⁵ kenar başlıkları (*Matlap, Randtitel, Randnot, note Marginale, das Marginale, die Marginalie*) bazı hallerde kanun hükmünün kapsam ve sınırlarının belirlenmesinde önemli bir fonksiyonu da üstlenebilir.

Kenar başlıklarının, ilgili hükmün kapsam ve sınırlarının belirlenmesinde işlev görmesi, kenar başlığının metne dahil kabul edildiği hallerde ortaya çıkar. Türk hukukunda kenar başlıklarının kanun metnine dâhil olup olmadığı hususunda 1944 tarihli bir yasama yorumu mevcuttur. TBMM'nin 26.01.1944 tarih ve 1367 sayılı “*Kanun Başlıklarıyla Fasılların Unvanları ve Başlıklar*

¹ Kanunların oluşumu hakkında bkz. ve karşı. **Müller, C./Gehrig, L./Hirt, T.**: Einführung ins Recht - Management-Basiskompetenz theoretische Grundlagen und Methoden mit Beispielen, Repetitionsfragen und Antworten, Zürich Compendio Bildungsmedien 2010, s. 25.

² Mevzuat Hazırlama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik'e bakınız (RG: 17/2/2006, No: 26083).

³ Bu konuda bkz. **Forstmoser, P./Vogt, H.-U.**: Einführung in das Recht, 4. Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern 2008, § 2 N 137.

⁴ Kenar başlıkları hakkında bkz. ve karşı. **Edis, S.**: Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükmüleri, Ankara Üniversitesi Basımevi, Altıncı Basım, Ankara 1997, s. 73 vd.; **Akyol, Ş.**: Medeni Hukuka Giriş, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006, s. 201 vd.; kenar başlıklarının İsviçre Kanunlarında sıklıkla yer aldığı yönünde bkz. **Forstmoser/Vogt**, 2008, § 2 N 147. Kenar başlıkları temel Türk Kanunlarında da yaygın bir şekilde kullanılmaktadır, bkz. 2709 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, 5732 sayılı Türk Ceza Kanunu, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu gibi.

⁵ Kenar başlıklarının bu türlü işlevleri hakkında bkz. ve karşı. **Edis**, 1997, s. 73; **Akyol**, s. 202.

Hakkında”ki kararında⁶, “*Kanunların ruhu esasen maddelerde münderiç hükmü ve ifadelerle tâyin ve tavzih edilmekte ve tatbikat da o maddeler mazmununa göre yapılmakta olduğu cihetle kanunların sırf mahiyetlerini gösterir surette yazılan başlıkları ve alâkadarlara kolaylık temini maksadiyle dercedilen fasıl unvanlarını ve maddelerin kısaca birer hulâsası şeklinde olarak kenarlarına konulan haşiye notlarını da kanun hükümlerini aynen ihtiva ve ifade ediyor gibi telâkki etmek doğru olamayacağından ve bu şeklin kabulü halinde tatbikatta bir takım karışıklıklar vukuu melhuz bulunduğundan bunların kanun metninden sayılmalarına mahal olmadığına, Su kadar ki, bunların kanun hükümlerine intibak etmesindeki lüzum derkâr olduğu cihetle bu hususta bir aykırılık vukua gelmemesini temin için kanunların müzakeresi esnasında başlıklar ve fasıl unvanları ile madde kenarlarındaki haşiye notlarının dahi okunmasına; Ve haşiye notlarının Umumî Heyette okunmuş olacağına göre, Resmî Gazetede aynen neşredilmesinde bir mahzur değil, bilâkis alâkadarlara temin edeceği kolaylık bakımından faydalı olacağı cihetle bu haşiyelerin de, kanun metninden addedilmemek üzere, kanunlarla birlikte neşrinde devam edilmesine; karar verilmiştir”⁷, denilmektedir. Söz konusu yasama yorumu, çağın gerisinde kalmış olması yönüyle eleştirilmekteyse de halen geçerlidir⁷.*

Öğretide mezkûr yasama yorumunun geçerli olmasından hareketle, kenar başlıklarının madde metnine dâhil olmayacağı ifade edilmektedir⁸. Yasama yorumunun varlığına ve geçerliliğine rağmen, yasama yorumunu tekrar mahiyette bazı kanunlarda da madde kenar başlıklarının, sadece ilgili oldukları maddelerin konusunu ve maddeler arasındaki sıralama ve bağlantıyı göstereceği, bu başlıkların kanun metninden sayılmayacağı hükme bağlanmış⁹; bazılarında ise kenar başlıkları kanun metnine dâhil kabul edilmiştir¹⁰. Kenar başlıklarının hukuki bağlayıcılığı hakkında hüküm sevk edilmesi, hükmü ihtiva eden kanunlar bakımından açıklık sağlamaktadır. Ancak benzer bir hük-

⁶ RG: 04.02.1944 tarih ve 5621 Sayı.

⁷ Bu yönde bkz. **Dural, M./Sarı, S.**: Türk Özel Hukuku Cilt I Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014, N 780; **Akyol**, s. 201-202. Konu hakkında o dönemi yansıtan ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. **Saymen, F. H.**: “*Matlablar Kanun Mudur?*”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Ayrı Bası, İstanbul 1945, C. 10, S.3-4, s. 565-578; **Saymen, F. H.**: “*Yine Matlablara Dair*”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, İstanbul 1946, C. 12, S. 1, s. 270-279.

⁸ Bkz. **Akyol**, s. 201-202; **Dural/Sarı**, N 780.

⁹ Bkz. 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasa’sının 179/2. maddesi; 1961 sayılı Anayasa’nın 156. maddesi.

¹⁰ 6762 sayılı TTK m. 1474; 6102 sayılı TTK m. 1534.

mü içermeyen kanunlar bakımından, mevcut yasama yorumu karşısında hem mevcut yasama yorumunu tekrar eden hem de onun aksini öngören hükümleri muhtevi olan kanunlar, yorum güçlüğüne yol açacak mahiyettedir¹¹. Türk Ticaret Kanunu bakımından ise durum sarihdir; çünkü TTK m 1534 hükmü, Türk Ticaret Kanunu “*Kenar başlıkları metne dâhil olan bu Kanun*” şeklinde nitelendirmiş, kenar başlıklarını tıpkı hükmün metni gibi hukuken bağlayıcı bir seviyeye taşımıştır¹².

Kenar başlıklarının kanun metnine dâhil sayılması, kenar başlıklarına doğrudan doğruya uygulanma kabiliyeti kazandırmakta¹³ ve kanunun bir parçası olarak kenar başlıklarının metinlerin tamamlanmasında ve içeriğinin sınırlandırılmasında dikkate alınması gereğini ortaya koymaktadır¹⁴. Nitekim kenar başlığının esas alınması suretiyle, hüküm kapsamının genişletilmesi veya daraltılması örnekleri de bulunmaktadır. Kenar başlıklarının bu fonksiyonunu göstermek üzere İsviçre hukukundan şu örnek verilebilir: İsviçre Medeni Kanunu m. 264’te çocuğun evlat edinmesi düzenlenmiş olmakla birlikte, hükmün 1 Ocak 2012 tarihinde geçerli olan halinde «*çocuk*»tan ne anlaşılabileceği kanun metninde açıklanmamıştı. Buna karşılık hükmün kenar başlığı olan “*Adoption Unmündiger*” esas alınarak hükmün uygulanmasında, «*reşit olmayan çocuk*»un esas alınacağı sonucuna varılıyordu¹⁵. Aslında çalışma konumuzla ilgili olması bakımından değinilmesi gereken asıl örnek, Mülga

¹¹ Bu türlü hükümlerin uygulamada tereddüte yol açacağı, zira böyle bir açıklamayı içermeyen kanunlarda aksi bir yoruma yönelteceği yönünde bkz. **Edis**, s. 74-75.

¹² İsviçre hukukunda da kenar başlıkları (*Marginalien*) kanun metnine dâhil kabul edilmektedir (Bu konuda bkz. ve karşı. **Hürimann-Kaup**, B./**Schmid**, J.: Einleitungsartikel des ZGB und Personenrecht, Schulthess Verlag, 2. Auflage, Zürich-Basel-Genf 2010, N 40, ayrıca bkz. N 134; **Meier-Hayoz**, A.: Einleitungsartikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Art. 1-10), Schulthess Verlag, 3. Auflage, Zürich 1979, s. 11; **Forstmoser/Vogt**, 2008, § 2 N 147; **Emmenegger**, S./**Tschentscher**, A.: Berner Kommentar, Band/Nr. I/1, Herausgeber: Heinz H., Hans P. W., Einleitung, Art. 1-9 ZGB, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung und Personenrecht, Stämpfli Verlag AG, 2012, Art. 1 ZGB, N 207; **Hausheer**, H./**Jaun**, M.: Stämpfli Handkommentar, Die Einleitungsartikel des ZGB Art. 1-10 ZGB, Stämpfli Verlag AG, 2003, Art. 1 N 22; İsviçre Medeni Kanunu’nun gerekçesinde de kenar başlıklarının sadece yönlendirmeye yaramayacağı, gerektiğinde kanunu tamamlaması veya teyit etmesi gerektiği yer almaktadır (Bu hususta bkz. **Edis**, s. 74).

¹³ Bu hususta bak. ve karşı. **Oğuzman**, K./**Barlas**, N.: Medeni Hukuk, Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, N 252.

¹⁴ Kenar başlıklarının metne dâhil kabul edildiği İsviçre hukuku bakımından bkz. ve karşı. **Meier-Hayoz**, s. 11; **Edis**, s. 74; **Forstmoser/Vogt**, 2008, § 2 N 148; **Hausheer/Jaun**, Art. 1 N 22.

¹⁵ Verilen örnek için bkz. **Forstmoser/Vogt**, 2008, § 2 N 147; farklı örnekler için bkz. **Oğuzman/Barlas**, N 252; **Meier-Hayoz**, s. 11.

6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu (“eTTK”) dönemine aittir. Hakikaten eTTK m. 340 hükmünün kenar başlığından kaynaklanmış olan bu tartışma dikkat çekicidir. Şöyle ki; “Ortakların Ve Şirket Alacaklılarının Tazminat Davasına Ait Diğer Hükümler” başlığını taşıyan eTTK m. 340 hükmünde, bu başlık nedeniyle doğrudan doğruya anonim şirket tarafından yönetim kurulu üyelerine karşı açılacak sorumluluk davalarının kapsam dışında tutulduğu yönünde bir azınlık görüşü mevcuttu¹⁶. Madde kenar başlığında genel olarak şirket zararından bahsedilmeyişinin madde lafzıyla sınırlı yorum yapılması zaruretini doğurduğu esasî önem arz etmesine rağmen, gerek Yargıtay yerleşik içtihatları gerekse öğretilerdeki çoğunluk tarafından bu husus geri planda bırakılarak azınlık görüşü o dönem desteklenmemişse de, 6102 sayılı TTK m. 555-561 hükümlerinin düzenlendiği kısım için yeni kanun döneminde “şirket zararı” kenar başlığının tercih edilmesi dikkat çekicidir. O halde kanun koyucu tarafından kenar başlığı tercih edilirken, bu sefer ortakların ve şirket alacaklılarının yanı sıra şirketin de açacağı sorumluluk davalarında bir bütün olarak ilgili madde hükümlerine tâbi olduğu vurgusunun yapılmak istendiği, böylece itibar edilmese de geçmişteki tartışmaların bu yönden giderilmesinin amaçlandığı ya da en azından dikkate alındığı sonucuna varmakta bir sakınca görmüyoruz. Ne var ki, bu sefer de, “şirketin zararı” ibaresinin üst başlık olarak tercih edilmesi, pay sahibi ve alacaklılar bakımından doğrudan zararları ile ilgili açacakları sorumluluk davalarında teselsül, ibra, zamanaşımı ve yetkili mahkeme ile ilgili hükümlerin uygulanmasını dışlayıcı yorumun yapılmasına sebebiyet vermiştir.

Kenar başlıkları ile ilgili olarak değinilmesi gereken son nokta, gerek özel kanun hükmü sebebi ile kenar başlıklarının kanun metnine dâhil sayıldığı hallerde gerek kanun metnine dâhil sayılmadığı hallerde, hükmün yorumunda kenar başlıklarının her zaman dikkate alınabileceğidir¹⁷.

¹⁶ **Ansay**, T.: Anonim Şirketler Hukuku, Ankara 1982, s. 148; **Türk**, H. S. : “Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açılacak Sorumluluk Davalarında Zamanaşımı ve Başlangıcı”, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu VI., Ankara 1989, s.19-21. Buna karşın yerleşik Yargıtay kararı aksi yöndeydi. Çoğu yerine bkz. Y. 11. HD, T.30.12.1972, E. 3561, K. 5858 (Batider 1973, C.II, s. 184-188, derleyen Sabih Arkan). Aksi yöndeki çoğunluk görüşü, doğrudan doğruya ortaklık tarafından açılacak davaların, madde kapsamı dışında tutulamayacağı, sorumluluk davalarının bir bütün olduğu esasî yönündeydi. Eski kanun döneminde ileri sürülen bu görüş için özellikle bkz. **Çamoğlu**, E.: Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu (Kamu Borçlarından Sorumluluk ile), 3. Bası, İstanbul 2010, s. 259. Aynı yazar bir başka eserinde konu hakkındaki tartışmaları hatırlatmıştır. Bkz. **Çamoğlu**, E. (**Poroy**, R./**Tekinalp**, Ü.), Ortaklıklar Hukuku I, 13. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, N 612.

¹⁷ Bu yönde bkz. **Dural/Sarı**, N 780; **Akyol**, s. 202; **Oğuzman/Barlas**, N 252; **Serozan**, R.:

III. YÖNETİM KURULU ÜYELERİNE KARŞI AÇILACAK SORUMLULUK DAVALARI BAKIMINDAN KENAR BAŞLIKLARININ ETKİSİ

A. ÖN AÇIKLAMALAR

TTK'nın “*Ticaret Şirketleri*” kitabının anonim şirketle ilgili (TTK m. 329-563) dördüncü kısmında yer alan onbirinci bölümü¹⁸ “*Hukuki Sorumluluk*” başlığı altında düzenlenmiştir. Bu bölüm, “*A) Sorumluluk Halleri*” ve “*B) Şirketin Zararı*” ana başlıklarından müteşekkildir. “*Sorumluluk Halleri*” ana başlığı altında belgelerin ve beyanların kanuna aykırı olması (TTK m. 549), sermaye hakkında yanlış beyanlar ve ödeme yetersizliğinin bilinmesi (TTK m. 550), değer biçilmesinde yolsuzluk (TTK m. 551), halktan para toplamak (TTK m. 552) konuları hükme bağlanmış, TTK m. 553'te ise, “*Kurucular, yönetim kurulu üyeleri, yöneticiler ve tasfiye memurları, kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kusurlarıyla ihlal ettikleri takdirde, (...) (2) hem şirkete hem pay sahiplerine hem de şirket alacaklılarına karşı verdikleri zarardan sorumludurlar*” denilerek pay sahibi ve alacaklılara, yönetim kurulu üyelerinin¹⁹ kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini ihlal etmeleri sebebi ile uğradıkları zararlardan dolayı dava açma hakkı tanınmıştır. “*Şirketin zararı*” ana başlığı altında yer alan TTK m. 555 ve 561 hükümlerinde ise, pay sahibi ve alacaklıların «*şirketin doğrudan uğradığı zararlara*» sebebi ile açacakları davalara ilişkin esaslar olarak; sorumlular arasında teselsül ve başvuru (TTK m. 557), ibranın sorumluluk davasına etkisi ve kuruluş ve sermaye artırımında ibra (TTK m. 558-559), zamanaşımı (TTK m. 560) ve son olarak yetkili mahkeme (TTK m. 561) düzenlenmiştir²⁰. (Kanun sistematigi için bkz. çalışmanın sonunda yer alan “*Tablo 1*”e bakınız)

TTK m. 555-561 hükümlerinin ana kenar başlığı olan “*Şirketin Zararı*” kavramı, bu hükümlerin uygulanması bakımından, son derece hususi önem

Medeni Hukuk Genel Bölüm - Kişiler Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, s. 138; İsviçre hukuku bakımından bkz. **Hürlimann-Kaup/Schmid**, N 40, N 134.

¹⁸ Bu bölüm, benzer düzenlemenin yer aldığı 6762 sayılı eTTK'da yer aldığı şekliyle “*sorumluluk/mesuliyet*” ibaresi ile değil, “*hukuki sorumluluk*” başlığı altında düzenlenmiştir. Zira 6102 sayılı TTK'nın devam eden onikinci bölümü “*cezai sorumluluk*” başlığı altında kaleme alınmıştır.

¹⁹ Konumuz bakımından davalı sıfatının şirkete değil; yönetim kurulu üyesine ait olduğunu vurgulamak amacıyla, yalnızca yönetim kurulu üyesi denilmiştense de, TTK m. 553 kapsamında sorumlu tutulabilecek kişiler yönetim kurulu üyeleri ile sınırlı değildir (TTK m. 553 kapsamında sorumlu tutulabilecek kişi çevresi hakkında bkz. **Tekinalp**, 16-93; İsviçre hukuku bakımından bkz. **Lehmann**, Art. 754 N 4 vd.; **Meier-Hayoz/Forstmoser**, § 16 N 575 vd.

²⁰ Kanun sistematigi için çalışmanın sonunda yer alan “*Tablo 1*”e bakınız.

arz etmektedir. Zira TTK m. 1534/I “*kenar başlıkları metne dâhil olan bu kanun...*”²¹ demek suretiyle, kanun hükümlerinin kapsamının belirlenmesinde ve sınırlarının çizilmesinde kenar başlıklarının da dikkate alınması gerektiğini hükme bağlamıştır. Buna göre, kenar başlıkları da en az hükmün metni kadar bağlayıcıdır. Bu nedenle söz konusu 555 ila 561. madde hükümlerinin uygulanma alanının “*şirketin zararı*” ile sınırlandırıldığı; dolayısıyla ilgili hükümlerin yalnızca şirketin doğrudan zarara uğradığı ve pay sahibi ve alacaklıların da şirketin zarara uğraması sebebi ile dolaylı zarara uğraması halinde açılacak davalarda uygulanacağı sonucuna varılması ihtimal dâhilindedir.

Aşağıda öncelikle -*TTK m. 553 kapsamında*- talep edilen pay sahiplerinin, alacaklıların ve şirketin doğrudan ve pay sahiplerinin ve alacaklıların dolaylı zararı ayrımı çerçevesinde, davalı ve davacı sıfatının belirlenmesi bakımından, kanunun kenar başlıklarının bir sınırlamaya yol açıp açmayacağı incelenecek; daha sonra hukuki durum, sorumlular arasında teselsül ve başvuru (TTK m. 557), ibranın sorumluluk davasına etkisi ve kuruluş ve sermaye artırımında ibra (TTK m. 558-559), zamanaşımı (TTK m. 560) ve son olarak yetkili mahkeme (TTK m. 561)’yi düzenleyen hükümler bakımından değerlendirilecektir.

B. DAVALI VE DAVACI SIFATININ BELİRLENMESİ

1. Doğrudan ve Dolaylı Zarar Kavramı

TTK m. 553 kapsamında açılan sorumluluk davalarında davacı sıfatı tespit edilirken, “*pay sahibi, alacaklılar ve şirketin doğrudan zararı*” ve “*pay sahipleri ve alacaklıların dolaylı zararı*” şeklinde ikili bir ayrım

²¹ 6762 sayılı eTTK m. 1474’de de benzer şekilde, “*kenar başlıkları da metne dâhil olan işbu kanun*” lafzı bulunmaktadır.

yapılmaktadır^{22/23}. Aşağıda değineceklerimize temel oluşturması bakımından bu kavramların açıklanması zaruridir. Kısaca ifade etmek gerekirse, “*şirketin doğrudan zararı*” kavramı ile -ki bu “*şirketin zararı*” olarak da nitelendirilmektedir²⁴- yönetim kurulu üyelerinin davranışları ile şirketin malvarlığında meydana gelen kötüleşme kastedilir²⁵. Şirketin doğrudan zararı, pay sahibi ve alacaklılar bakımından dolaylı zarar teşkil eder; ilgili kısımda şirketin ihmâli veya sorumluların şirkete hâkim olmaları sebebiyle davayı açamamaları olası-lığı düşünülerek²⁶ pay sahibi ve -şirketin iflas halinde- alacaklılara dava açma

²² Bu hususta bkz. **Helvacı**, M.: Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 2001, s. 107 vd.; **Akdağ Güney**, N.: Anonim Şirket Yönetim Kurulu, İstanbul 2016, s. 295 vd.; **Çamoğlu**, s. 123 vd.; **Atan**, T.: Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukuki Mesuliyeti, Ankara 1967, s. 49 vd.; **Arsılanlı**, H.: Anonim Şirketler, Cilt II-III, İstanbul 1960, s. 182 vd.; **Tekil**, F.: Anonim Şirketler Hukuku, İstanbul 1998, s. 221 vd.; **Pulaşlı**, H.: Şirketler Hukuku Şerhi, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, § 63 N 71 vd.; **Çamoğlu** (Poroy/Tekinalp), N 604 vd.; İsviçre hukuku bakımından bkz. **Bauen**, M./**Bernet**, R.: Schweizer Aktiengesellschaft (Aktienrecht - Fusionsrecht - Börsenrecht - Steuerrecht) Schulthess Verlag, Zürich 2007, N 561; **Lehmann**, P.: Kurzkommentar Obligationenrecht, Art. 1-1186 OR, Hrsg: Honsell, Heinrich, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2014, Art. 754 N 12-14; **Meier-Hayoz**, A./**Forstmoser**, P.: Schweizerisches Gesellschaftsrecht mit Einbezug des künftigen Rechnungslegungsrechts und der Aktienrechtsreform, Stämpfli Verlag AG, Bern 2012, § 16 N 576c; **von Steiger**, F., İsviçre Anonim Şirketler Hukuku, Çev: Tahir ÇAĞA, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1968, s. 323 vd.; **Binder**, A./**Vito**, R.: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Hrsg: Vito Roberto/Hans Rudolf Trüeb, Personengesellschaften und Aktiengesellschaft, Art. 530-771 OR, 2. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, 2016, Art. 756 N 1; Art. 754 N 1; **Ams-tutz**, M./**Gohari**, R. S.: OR Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch), Hrsg: Jolanta K. K., Stephan W., Marc A., Roland F., 3. Aufl. 2016, Art. 754 N 22 vd.

²³ Bunun dışında üçüncü bir ihtimal olarak hem şirketin hem de pay sahibi ile alacaklıların doğrudan zarara uğraması ihtimali de söz konusu olabilir (İsviçre hukukunda bu konuda yapılan açıklamalar için bkz. **Lehmann**, Art. 754 N 14; **Amstutz/Gohari**, Art. 754 N 25 vd.; ayrıca bkz. Ansay, s. 143.

²⁴ Bkz. ve karşı. **Pulaşlı**, § 63 N 77; **Tekinalp**, Ü.: Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, N 16-86; TTK m. 555. madde gerekçesinde “*Şirket doğrudan zararının varlığında tazminat davasını ikame edebilir; çünkü şirketin 553 ve devamındaki hükümler çerçevesinde dolayısıyla zarara uğraması olanağı yoktur*” denilmekle “*şirketin zararı*” ile kanun sisteminde şirketin doğrudan zararlarının kastedildiği ifade edilmiştir. Ayrıca İsviçre Borçlar Kanunu’nun m. 756-758 hükümlerini içine alan, “*Şirketin zararı (Schaden der Gesellschaft)*” şeklindeki başlığı revizyondan önce “*Dolaylı Zararın İleri Sürülmesi (Geltendmachung des mittelbaren Schadens)*” şeklinde idi (Bu hususta bkz. **Fortmoser/Meier-Hayoz/Nobel**, § 36 N 17; Botschaft über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983, s. 851; kanunun eski hali için bkz. **Schucany**, Art. 756.

²⁵ Bu hususta bkz. ve karşı. **Pulaşlı**, § 63 N 79; **Tekinalp**, N. 16-87; **Bauen/Bernet**, N 561; **Lehmann**, Art. 754 N 12.

²⁶ Bkz. TTK m. 555 gerekçesi.

hakkı tanınmıştır. Burada şirketin doğrudan zararı, pay sahiplerinin pay değerlerinde düşüşe, alacaklıların şirketten olan alacaklılarını alamamalarına yol açmak suretiyle onların malvarlıklarında dolaylı şekilde tezahür etmektedir²⁷. O halde yönetim kurulu üyelerinin şirket malvarlığını kötüleştiren davranışları şirket bakımından “doğrudan zarara” yol açarken, bu zarar pay sahipleri ve alacaklılar cephesinde “dolaylı zarar (Reflexschaden)” olarak yansımaları bulunmaktadır²⁸.

²⁷ Bu konuda yapılan açıklamalar için bkz. ve karşı. **Pulaşlı**, § 63 N 79; **Ansay**, s. 143; **Çamoğlu**, s. 128 vd.; **Hırş**, E. E.: Ticaret hukuku Dersleri, 3. Bası, İstanbul 1948, s. 321-322; **Doğanay**, İ.: Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Birinci Cilt-Madde 1-419, 4. Bası, İstanbul 2004, m. 309, s. 914; **Bauen/Bernet**, N 561; **Lehmann**, Art. 754 N 12; **Meier-Hayoz/Forstmoser**, § 16 N 576c.; **Binder/Vito**, Art. 756 N 1; **Amstutz/Gohari**, Art. 754 N 23; **Schucany**, **Emil**, Kommentar zum schweizerischen Aktienrecht, 2. Aufl., Zürich 1960, Art. 754, N 2; **Fortsmoser/Meier-Hayoz/Nobel**, § 36 N 15.

²⁸ Bu hususta bkz. **Lehmann**, Art. 754 N 12; **Meier-Hayoz/Forstmoser**, § 16 N 576c. **Çamoğlu**, “dolayısıyla zarar” ve “dolayısıyla zarar gören kişi” arasında bir ayırım yapılması gerekliliğine dikkat çekmektedir. Yazar’a göre, “[d]olayısıyla zarar, zarar verici fiilin doğrudan doğruya sonucu olan zarardan doğan ve fakat direkt zarardan daha uzak sonuçtur. Bu sonuçlar ya zaman itibarıyla daha sonra doğanlar ya da araya başka olaylar girdiği için illiyet zincirinde direkt neticelere uzak sayılırlar. Dolayısıyla zarar kavramına, sorumlu şahsın fiilinin bütün sonuçlarından mesul tutulmasının çok ağır olacağı düşüncesi ile başvurulmuş ve bu gayeye sorumlu şahsın “dolayısıyla zarardan mesul olmayacağı” formülü ile varılmak istenmiştir. Mamafih bugün dolayısıyla -doğrudan doğruya zarar ayırımı terk edilmiş ve failin fiiline uygun illiyetle bağlanabilen her türlü zarardan (doğrudan doğruya olsun, dolayısıyla olsun) sorumlu tutulacağı esası benimsenmiştir. Buna karşılık, “dolayısıyla zarar gören şahıs kavramı”, tazminat talebinin içeriği ve kapsamını belirlemek konusu ile değil, tazminat talep etmeğe yetkili şahısların sınırlandırılması sorunu ile ilgilidir. Mağdurun zararının doğrudan doğruya veya dolayısıyla olan kısımları bulunabilir. Halbuki, dolayısıyla zarar gören şahıs kavramı daima birden çok şahsın varlığını gerektirir. Yani dolayısıyla zarar gören şahsın kendisine nisbetle ikinci derecede zarar gördüğü bir doğrudan doğruya zarar gören kişi mevcuttur. Dolayısıyla zarar gören şahıs kavramı, hukuk düzeninin menfaatlerini korumağa değer gördüğü şahısların sınırını tesbit etmek amacıyla ortaya atılmıştır. Yukarıda da işaret olunduğu gibi, dolayısıyla zarar kavramı ise bir şahsın fiilinin sonuçlarından ne dereceye kadar sorumlu tutulacağını hususunun tesbitine yaramaktadır. Dolayısıyla zarar gören şahıs ve dolayısıyla zarar kavramları hakkında verilen bu izahat göz önünde tutulursa, sorumlu yönetim kurulu üyelerine karşı, “alacaklıların” ve “ortakların” açacakları davanın onların “dolayısıyla zarar gören şahıs sıfatıyla açacakları bir dava olduğu” sonucuna varılır. Yoksa burada söz konusu olan, ortak ve alacaklıların teknik anlamda dolayısıyla gördükleri bir zararın tazmini değildir” (**Çamoğlu**, s. 126-127; benzer şekilde bkz. **Helvacı**, s. 128; anonim şirketler hukukunda kullanılan doğrudan dolaylı zarar ayırımının genel sorumluluk hukukunda kullanıldığından farklı anlama gelecek şekilde anlamlandırıldığı yönünde bkz. **Gericke/Waller**, Art. 754 N 14; **Suter**, C.: Der Schaden bei der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht- 295, Zürich/St. Gallen 2010, s. 65 vd.).

Konuya biraz daha açıklık kazandırmak adına, şirketin doğrudan zararı ile pay sahipleri ve alacaklıların dolaylı zararlarının örnekle açıklanması da mümkündür. Örneğin şirket genel kurulunda sermaye artırımı kararı alınmış ancak uygulanmamış ve sermaye artırımı kararını sebepsiz yere uygulamayan şirket, bir iş fırsatını kaçırmış ise, bu durum şirket bakımından doğrudan zarar²⁹; pay sahibinin payının değerinin düşmesi sebebi ile bu kişi bakımından ise dolaylı zarar niteliği gösterir³⁰. Bu nedenle pay sahiplerine şirketin uğradığı doğrudan zararlar sebebi ile dava açma hakkı tanınmıştır. Alacaklıların şirketin doğrudan zararları sebebi ile dava açma hakkı, ancak şirketin iflası halinde söz konusu olacaktır (TTK m. 555/I)³¹. Dolaylı zarar nedeniyle pay sahibi ve alacaklılar tarafından açılan bu davada³² tazminatın şirkete ödenmesi istenir³³. Tazminatın şirkete verilmesi talep edilmek suretiyle, şirketin malvarlığı eski durumuna getirilecek ve böylece pay sahibi ve/veya şirket alacaklısının zararı da dolaylı yoldan³⁴ telafi edilmiş olacaktır (bkz. TTK m. 555/1, 556/1)³⁵.

²⁹ Bahsi geçen örnek için bkz. **Pulaşlı**, § 63 N 81; **Helvacı**, s. 128-129; başka örnekler için ayrıca bkz. **Çamoğlu**, s. 128; **Çamoğlu (Poroy/Tekinalp)**, N 604.

³⁰ Bkz. **Helvacı**, s. 129.

³¹ 6762 sayılı eTTK'da alacaklıların dava hakkını şirketin iflası haline özgüleyen bir hüküm yoktu. Ancak öğretide alacaklıların dava hakkının fiilen yalnızca şirketin iflası halinde gündeme geleceği yönünde görüşler bulunmaktaydı (Bkz. **Tandoğan**, H.: Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, Ankara 1963, s. 110, dipnot 128; ayrıca bkz. **Doğanay**, m. 340, s. 1001). İsviçre öğretisinde alacaklıların dolaylı zararı hakkında yapılan açıklamalar için bkz. **Lehmann**, Art. 754 N 12; **Rihm**, T./**Känzig**, D.: Aktienrecht Kommentar Aktiengesellschaft, Rechnungslegungsrecht, VegüV, GeBüV, VASR, Hrsg: Wibmer, J., Orell F. Navigator Kommentare Zürich 2016, Art. 756 N 2; **Andreas/Vito**, Art. 756 N 6.

³² Yargıtay, “TTK.nun 309 ve 336. maddelerinin ve yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin hükümlerin incelenmesinde görüleceği üzere, gerek şirketin zarara uğraması, gerekse pay sahipleri ve şirket alacaklılarının zarara uğraması halinde dava açma hakkı pay sahipleri ile şirket alacaklılarına tanınmıştır. Başka bir ifade ile dava tarihinde pay sahibi ve alacaklı olmayan kişilerin dava hakkı mevcut bulunmamaktadır. Davacı hisse senetlerini devretmek suretiyle pay sahipliği sıfatını kaybetmiş bulunduğu ve şirketten alacaklı olduğunu da iddia etmediğinden artık böyle bir sorumluluk davası açmaya hakkı yoktur” şeklinde içtihat ederek dava tarihi itibarı ile bu sıfatı haiz olmayan pay sahibi ya da şirket alacaklısının söz konusu davayı açamayacağına karar vermiştir (bkz. Y.11 HD. T.23.2.1989, E. 88/4114, K.89/1057, Kazancı Bilgi Bankası; E.T: 25.02.2018); bu konuda ayrıca bkz. **Pulaşlı**, § 63 N 81; **Helvacı**, s. 129 vd.; pay sahibi bakımından bkz. **Arsanlı**, C. II-III, s. 187.

³³ Bu durum usul hukukunda davada taraf olmayan lehine tazminat istenemeyeceği kuralına istisna niteliği gösterir (Bu konuda bkz. **Çamoğlu**, s. 124; **Helvacı**, s. 125).

³⁴ Dolaylı zararın dolaylı olarak tazmin edildiği yönünde bkz. **Forstmoser/Meier-Hayoz/Noel**, § 36 N 23.

³⁵ **Çamoğlu (Poroy/Tekinalp)**, N 604; **Pulaşlı**, § 63 N 80. TTK m. 556'da, zarara uğrayan şirketin iflası hâlinde, tazminatın şirkete ödenmesini isteme hakkının şirket alacaklılarının

Ortaklara ve şirket alacaklılarına şirketin doğrudan uğradığı zararlar nedeni ile dava açma hakkı tanınmasının yanı sıra bu kişilerin “*doğrudan uğradığı*” zararlar bakımından da ayrıca dava açabilecekleri kabul edilmektedir. Bu anlamda doğrudan zarardan kasıt, pay sahibi ve alacaklıların şirketin zararından bağımsız olarak yönetim kurulu üyelerinin davranışları sonucunda, bu sıfatları sebebi ile uğradıkları zarardır; burada şirketin de zarar görüp görmediğine bakılmamaktadır³⁶. Yukarıdaki örnek üzerinden gidilecek olursa, eğer pay sahibi sermaye artırım kararının uygulanacağına güvenerek rüçhan hakkını kullanmak üzere banka kredisi çekmiş ise, pay sahibinin genel kurulun söz konusu kararının sebepsiz yere uygulanmaması neticesinde oluşan zararı, kendisi bakımından doğrudan zarar teşkil eder³⁷. Alacaklıların doğrudan zararına örnek vermek gerekir ise, yönetim kurulunun şirketin mali durumu hakkında verdiği yanlış bilgilerin doğruluğuna güvenilerek bir anonim şirkete kredi açılması ve bunun neticesinde uğranılan zarar gösterilebilir³⁸. Doğrudan zararın varlığı halinde zarara uğrayan pay sahibi ve alacaklı, TTK m. 553 uyarınca bağımsız dava açabilecek ve *-şirketin doğrudan zararı durumunda*

da haiz olduğu hükme bağlanmakla birlikte, pay sahiplerinin ve şirket alacaklılarının istemlerinin önce iflas idaresince ileri sürüleceği kabul edilmiştir. Eğer iflas idaresi birinci fıkrada öngörülen davayı açmazsa, her pay sahibi veya şirket alacaklısı mezkûr davayı ikame edebilir ve bu son halde elde edilen hasıla, İcra ve İflas Kanunu hükümlerine göre, önce dava açan alacaklıların alacaklarının ödenmesine tahsis olunur; bakiye, sermaye payları oranında davacı pay sahiplerine ödenir; artan iflas masasına verilir.

³⁶ Pay sahibi ve alacaklıların doğrudan zararları hakkında açıklamalar için bkz. ve karş. **Pulaşlı**, § 63 N 72; **Çamoğlu**, s. 147 vd.; **Tekinalp**, N. 16-87; **Çamoğlu (Poroy/Tekinalp)**, N. 609; **Ansay**, s. 142; **Lehmann**, Art. 754 N 13; **Fortsmoser/Meier-Hayoz/Nobel**, § 36 N 14.

³⁷ Örneklerin çoğaltılması mümkündür: Sermaye artırımında pay sahiplerinin yeni pay alma haklarının ihlal edilmesi, sermaye payına veya imtiyaz var ise bu kurallara uygun olarak pay sahibine kâr payı verilmemesi ya da kuruluş dönemi faizinin ödenmemesi, yönetim kurulunun haksız olarak hamiline pay senetlerini pay sahibine vermeyerek devri geciktirmesi, pay sahibinin kanuna aykırı olarak ıskatı, bilançodaki hatalar sebebi ile pay sahibinin gerçek bedelinin üzerinde bir ödeme yaparak pay edinmesi veya payını elden çıkarması şeklinde sıralanabilir (verilen örnekler için bkz. ve karş. **Atan**, s. 49; **Ansay**, s. 142; **Helvacı**, s. 129; **Pulaşlı**, § 63 N 73; **von Steiger**, s. 325; **Tekinalp** N. 16-87; **Çamoğlu (Poroy/Tekinalp)**, N. 609; **Çamoğlu**, s. 148; **Lehmann**, Art. 754 N 13; **Arı**, Z.: “Alacaklı veya Ortakların Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Doğrudan Zararlar Nedeniyle Açabilecekleri Davalarda Zamanaşımı”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIV, S. 1-2 (2010), s. 176.

³⁸ Alacaklıların uğradığı zararlara başkaca örnekler vermek gerekirse, yönetim kurulunun anonim şirketin iflasın eşiğinde olduğunu alacaklılardan saklaması, tasfiye memurunun bir alacaklının defterde yazılı çekişmesiz alacağını ödemedi ve buna karşılık olarak teminat ayırmadan tasfiyeyi nihayete erdirmesi zikredilebilir (çeşitli örnekler için bkz. ve karş. **Tekinalp** N. 16-87; **Pulaşlı**, § 63 N 74; **Çamoğlu**, s. 149).

*açılan davadan farklı olarak- hükmedilecek tazminatın kendilerine ödenmesini talep edecektir*³⁹.

2. Kenar Başlıklarının Davalı ve Davacı Sıfatının Belirlenmesine Etkisi

Mülga 6762 sayılı Kanundan farklı olarak 6102 sayılı Kanunda anonim şirketler hukuku sorumluluk hükümleri toplu bir şekilde hükme bağlanmış-tır⁴⁰. TTK m. 553 hükmü, 6762 sayılı Kanunun 309. maddesinin aksine hem doğrudan hem de dolayısıyla zarara uygulanabilecek şekilde kaleme alınmış; madde metninde bu yönden herhangi bir ayırım yapılmamıştır. Buna göre TTK m. 553'te, yönetim kurulu üyelerinin kanun veya esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini ihlal etmeleri sebebiyle şirket, pay sahibi ve şirket alacaklılarının doğrudan zarara uğraması halinde, bu kişilere dava hakkı tanınmıştır. Nitekim TTK m. 553'ün pay sahiplerinin doğrudan doğruya uğradıkları zararlar bakımından da dava hakkını düzenlediği hem hükmün gerekçesinde⁴¹ hem de öğretide⁴² kabul edilmektedir. Dolayısıyla TTK m. 553'ün gerek şirketin gerek pay sahipleri ve alacaklıların doğrudan zararları bakımından açılacak davalarda kanuni dayanak teşkil edeceğinde şüphe yoktur. Bu türlü bir yoru-

³⁹ Bkz. **Pulaşlı**, § 63 N 75; **Çamoğlu**, s. 151; **Tandoğan**, s. 112; **Bauen/Bernet**, N 616; **Rihm/Känzig**, Art. 756 N 1; **Şener**, O. H.: Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar hukuku Ders Kitabı, 3. Bası, Ankara 2016, s. 421.; **Arı**, s. 172.

⁴⁰ Bu hususta bkz. **Kendigelen**, A.: Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler, İlk Tespitler, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011, s. 394 vd.

⁴¹ TTK m. 553 gerekçesi “6762 sayılı Kanunun 309 uncu maddesinden birçok noktada farklı olan maddenin kaynağı İsv. BK m. 754 tür. Hüküm, kurucular, yönetim kurulu üyeleri, yöneticiler ve tasfiye memurları hakkında olup; denetçiler, işlem denetçileri ve özel denetçinin sorumluluğu 554 üncü maddeye tabidir. Hüküm 6762 sayılı Kanunun 309 uncu maddesinin aksine hem doğrudan hem de dolayısıyla zarara uygulanır” şeklindedir.

⁴² **Şener**, doğrudan zararların tazmini davasını kanun koyucunun TTK m. 553/1'de öngördüğünü, “verdikleri zarardan” ibaresinin, “doğrudan zararı” ifade ettiği, doğrudan zararlara ilişkin pay sahipleri ve şirket alacaklıları tarafından açılan davalarda, tazminatın kendilerine verilmesinin isteneceğini ifade etmektedir (**Şener**, s. 421); ayrıca bkz. **Bilgili**, F./**Demirka-pı**, E.: Şirketler Hukuku, 9. Basım, Bursa 2013, s. 597. Yeni Kanunun mülga 6762 sayılı kanundan farklı olarak davacı sıfatı ve talep yönünden doğrudan veya dolaylı zarar ayırımı yapmadığını ifade etmekle birlikte, **Bahtiyar**, 553'te geçen “hem şirkete, hem pay sahiplerine hem de şirket alacaklılarına karşı verdikleri zarardan sorumludurlar” denilmesi ve 555'te şirketin zararının tazmininden söz edilmesi karşısında, yalnızca şirketin değil, doğrudan pay sahiplerinin ve şirket alacaklılarının zarara uğrama olasılığının da gözetildiği sonucuna varmaktadır (**Bahtiyar**, M.: Ortaklıklar Hukuku, 11. Bası, İstanbul 2016, s. 392); **Tekinalp**, yönetim kurulu üyelerinin, kanundan yahut esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini ihlal etmeleri dolayısıyla anonim şirket, pay sahibi ve ortaklık alacaklılarının doğrudan zarara uğrayabilecekleri, doğrudan zararın tazmini davasının TTK'nın 553/1. maddesinde öngörüldüğü ifadelerine yer vermektedir (**Tekinalp**, N 16-85, 86); ayrıca bkz. **Arı**, s. 194.

mu şirketin doğrudan zararları bakımından açılacak davalarda uygulanacak esasların ayrı başlık altında m. 555-561’de düzenlenmiş olması da desteklemektedir⁴³.

C. KENAR BAŞLIKLARININ TESELSÜL, İBRA, ZAMANAŞIMI VE YETKİLİ MAHKEME HÜKÜMLERİNİN UYGULANMASI BAKIMINDAN ETKİSİ

1. Sorumluluk Davasına İlişkin Özel Düzenlemeler

Türk Ticaret Kanunu “*Şirketin zararı*” başlığı altında sorumluluk davasına özgü ve genel hükümlerden bazı noktalarda ayrılan bir dizi düzenleme içermektedir. İlk iki düzenleme, şirketin doğrudan zararına ilişkin olarak açılan davalarda, pay sahibi ve alacaklıların davacı sıfatına ilişkin esasları hükme bağlayan m. 555 ve 556. hükümleridir⁴⁴. TTK m. 557’de birden çok kişinin aynı zararı tazminle yükümlü olmaları hâlinde, sorumlular arasında teselsüle ilişkin esasları düzenlenmiştir. Kanunun 558 ve 559. maddelerinde ibraya ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Ayrıca Kanunun 560. maddesinde, “*Sorumlu olanlara karşı tazminat istemek hakkı, davacının zararı ve sorumluyu öğrendiği tarihten itibaren iki ve her hâlde zararı doğuran fiilin meydana geldiği günden itibaren beş yıl geçmekle zamanaşımına uğrar. Şu kadar ki, bu fiil cezayı gerektirip, Türk Ceza Kanununa göre daha uzun dava zamanaşımına tabi bulunuyorsa, tazminat davasına da bu zamanaşımı uygulanır*” denilmekle sorumluluk davaları bakımından özel zamanaşımı süresi öngörülmüş; 561. maddesinde ise, “*Sorumlular aleyhinde şirketin merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesinde dava açılabilir*” denilerek genel hükümlerin dışında ayrıca şirketin merkezinin bulunduğu yer mahkemesi de yetkili mahkemeler arasına dâhil edilmiştir⁴⁵.

⁴³ Bkz. **Bahtiyar**, s. 392.

⁴⁴ Pay sahiplerine dolaylı zararları dolayısıyla dava açma hakkı vermenin genel hükümlere istisna teşkil ettiği hakkında bkz. **Göktürk**, K.: Banka Yönetici ve Ortaklarının Hukuki Sorumluluğu, Özellikle Şahsi İflas Kapsamında Sorumluluk, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 155; İsviçre hukuku bakımından yapılan açıklamalar için bkz. **Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel**, § 36 N 15.

⁴⁵ TTK m. 561’de hükme bağlanan yetki kesin yetki değildir. Y. 11. HD. E. 2013/11633, K. 2013/16010, T. 18.9.2013 künyeli kararı da bu yöndedir: “*Dava, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 553. maddesi hükmü uyarınca şirket alacaklısı olan davacı şirketin, dava dışı borçlu şirket yöneticisine karşı açtığı sorumluluk davasıdır. Bu davalarda, T.T.K.’nın 561. maddesine göre şirket merkezinin bulunduğu yer mahkemesi de yetkili ise de, anılan maddede “... dava açılabilir” denmekte olup, bu da düzenlenen yetkinin kesin yetki olmadığını göstermektedir. Burada, seçimlik yetki söz konusudur*”; eTTK m. 309/3 ile karşılaştırmalı olarak sonuç itibarıyla benzer şekilde bkz. **Kendigelen**, s. 410; **Çamoğlu (Poroy/Tekinalp)**,

Aşağıda “*şirketin zararı*” başlığı altında düzenlenen bu hükümlerin, pay sahibi ve alacaklıların doğrudan uğradıkları zararlar sebebi ile TTK m. 553 kapsamında açacağı davalarda da uygulanıp uygulanmayacağı meselesi hakkında öğreti görüşlerine ve kanunun gerekçesinde yer alan ifadelerle yer verilecektir. Daha sonra 6762 sayılı eTTK, İsviçre Borçlar Kanunu (“*OR*”) uygulaması da gözetilerek 6102 sayılı TTK bakımından geçerli olacak uygulama esaslarına yer verilecektir.

2. Öğreti Görüşleri

Meri 6102 sayılı Kanun hükümleri çerçevesinde hazırlanan eserlerde yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin TTK m. 555-561 hükümlerinin uygulama alanı, bazı yazarlarca bu hükümlerin kenar başlığı olan “*şirketin zararı*” kavramını aşacak şekilde şirket zararı dışında, pay sahipleri ve alacaklıların doğrudan zararlarını da kapsar mahiyette yorumlanmaktadır:

Çamoğlu, “*doğrudan doğruya uğranılan zararlar nedeniyle açılan davalarda ortaklar ve alacaklılar, tazminatın kendilerine verilmesini isteyebilirler. Dava genel şartlar açısından TK. m. 553 vd.’daki kurallara tâbidir*”⁴⁶ demektedir.

Pulaşlı, “*Doğrudan zarar (direkter oder unmittelbarer Schaden) halinde, TTK m. 554 hükmü uyarınca, ilke olarak her pay sahibi, diğer pay sahipleri ve şirketin dava hakkından bağımsız olarak bireysel dava hakkına sahiptir. Ancak tazminatın şirkete değil, doğrudan kendilerine ödenmesini talep edebilirler... Dava kural olarak (818 sayılı BK m. 41) 6098 sayılı TBK m. 49 vd. genel hükümlere dayanır. Ancak anonim şirketler hukukundaki zamanaşımına (İsvBK m. 760, TTK m. 560) ve yetkili mahkemeye (İsvBK m. 761, TTK m. 561) ilişkin özel hükümlerin göz önüne alınması gerekir*”⁴⁷ ifadelerine yer vermektedir⁴⁸.

Akdağ Güney, “*Yönetim kurulu üyelerine karşı açılacak sorumluluk da-*

N 611b; ayrıca bkz. TTK m. 561 gerekçesi.

⁴⁶ Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), N 610.

⁴⁷ Pulaşlı, § 66 N 71-73. Bununla birlikte Yazar eserinin bir başka yerinde “*Yasada, daha önce sıkça yanlış anlaşılan “dolaylı zarar” kavramı artık kullanılmamakta ve anonim şirketler hukukunda özel düzenlemenin sadece tüzel kişi olarak şirketin verdiği zarar hallerinde uygulanacak olan «şirketin zararı» kenar başlığında açıklanmaktadır*” demektedir (Pulaşlı, § 63 N 71).

⁴⁸ Bazı yazarlar ise, doğrudan ve dolaylı zararlar bakımından herhangi bir ayırım yapmamıştır (bkz. Bilgili/Demirkapı, s. 605).

vaları açısından TTK m. 560 genel hüküm niteliği taşımaktadır. Anılan maddede öngörülen zamanaşımı süreleri, esas itibarıyla yönetim kurulu üyelerinin TTK m. 553 vd. gereği sorumlu oldukları halleri kapsar” demektedir⁴⁹.

Arı, “Yeni TTK m. 553’ün gerekçesinde belirtildiği gibi Yeni TTK m. 560’da, TTK m. 309’da olduğu gibi dolaylı zarar ibaresine yer verilmemiş olması ve gerekçede de açıkça doğrudan zararların da bu kapsamda olduğunu ifade edilmesi tartışmaları sona erdirecek niteliktedir. ... Zamanaşımı sürelerine ilişkin yukarıda varılan sonuçların yeni TTK açısından yeniden ele alındığında farklılık ortaklar açısından söz konusu olabilir. Diğer bir ifade ile mevcut Kanunun da yer alan dolaylı ibaresinin kaldırılması ile birlikte ortakların uğradıkları doğrudan zararlar bakımından da Yeni TTK m. 560’da yer alan iki ve beş yıllık zamanaşımı süreleri uygulanır. Mevcut kanunda dolaylı zararlarda zaten TTK m. 309 uygulandığı için bir değişiklik olmayacaktır. Alacaklılar açısından bizim ulaştığımız sonuçlarda bir değişiklik söz konusu değildir⁵⁰” demekle pay sahipleri tarafından açılan davalarda TTK m. 560’ın uygulanacağını kabul etmektedir.

Kendigelen ise, “II. Şirketin Zararı” üst başlığı altında yaptığı açıklamada “Yukarıda da belirtildiği üzere, bu üst başlık altında şirketin uğradığı zararın tazminine, bu amaçla açılacak tazminat davasına yönelik ayrıntılar ve özellikle ibra hükme bağlanmıştır” demekle bu başlık altında yer alan hükümlerin sistematik açıdan pay sahipleri ve alacaklıların doğrudan doğruya açacakları davalarda uygulanmayacağı zehabını uyandıracak niteliktedir⁵¹.

3. Kanunun Gerekçesi

Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin TTK m. 553 gerekçesine bakıldığında, pay sahibi ve alacaklıların doğrudan uğradığı zararlar için açacakları davada, TTK m. 555 vd. hükümlerinde yer alan esasların uygulanacağı yorumunu haklı gösterecek açıklamaların yer aldığı görülmektedir. Nitekim TTK m. 553’ün gerekçesinde hükmün “6762 sayılı Kanunun 309 uncu maddesinin aksine hem doğrudan hem de dolayısıyla zarara uygulanacağı”

⁴⁹ Akdağ Güney, s. 457.

⁵⁰ Arı, s. 195. Arı, alacaklıların açtığı doğrudan zarar davalarında, şirketler hukuku ile ilgili uğradıkları doğrudan zararlar bakımından m. 309’da belirlenen zamanaşımı sürelerinin, şirketler hukuku bağlamında alacaklıları koruyan düzenlemeler kapsamında olmayan zararlar bakımından 818 sayılı Borçlar Kanunu m. 60’ta yer alan zamanaşımı sürelerinin uygulanacağı fikrindedir (Bkz. Arı, s. 187).

⁵¹ Kendigelen, s. 403.

ifade edildikten sonra, devamında “*ikinci fıkra, 6762 sayılı Kanunun 309 uncu maddesine uygun olarak dava hakkını şirkete, pay sahibine ve şirket alacaklısına tanımıştır. Aktif dava ehliyetine sahip kişilerin bu yetkilerini kullanabilme şartları Tasarının 555 ve 556 ncı maddelerinde yer almaktadır*” ifadesi ile 555. maddeye gönderme yapmıştır.

TTK m. 555’in gerekçesinde “*Birinci fıkra (gene 6762 sayılı Kanunun 309 uncu maddesinin aksine) doğrudan ve dolaylı zarar ayrımı yapılmamıştır. Şirket doğrudan zararının varlığında tazminat davasını ikame edebilir; çünkü şirketin 553 ve devamındaki hükümler çerçevesinde dolayısıyla zarara uğraması olanağı yoktur. Pay sahibi ise hem doğrudan hem de dolayısıyla zararının varlığında bunun tazminini isteyebilir. Pay sahibi dolayısıyla zarara uğradığı takdirde, tazminatın şirkete verilmesi suretiyle payındaki değer düşüklüğünü gidermek amacıyla dava açabilir*” şeklindedir. Alacaklı ise dolayısıyla zararını bu madde çerçevesinde isteyemeyecek, ancak m. 556 çerçevesinde iflas halinde gündeme getirebilecektir. TTK m. 555’in gerekçesinde yer alan özellikle “*Birinci fıkra (gene 6762 sayılı Kanunun 309 uncu maddesinin aksine) doğrudan ve dolaylı zarar ayrımı yapılmamıştır... Pay sahibi ise hem doğrudan hem de dolayısıyla zararının varlığında bunun tazminini isteyebilir*” ifadeleri pay sahiplerinin ve alacaklıların açacakları doğrudan zararlar bakımından TTK m. 555 vd.’daki hükümlerinin uygulanacağı yorumuna zemin hazırlamaktadır.

4. Değerlendirmeler

a. Mülga 6762 sayılı Kanun Bakımından Değerlendirmeler

Mülga 6762 sayılı Kanunun 309. maddesinde “*Şirketin 305, 306, 307 ve 308 inci maddelerde yazılı fiillerle ızzar edilmesi halinde, bundan, dolayısıyla zarar gören pay sahipleri ve şirket alacaklılarının dava hakları vardır*” düzenlemesi yer almakta idi. Bu hükmün yanısıra Kanunun 336. maddesinde ayrıca “*.. aşağıda yazılı hallerde gerek şirkete gerek münferit pay sahiplerine ve şirket alacaklılarına karşı müteselsilen mesuldürler*” hükmüne yer verilerek pay sahibi ve alacaklılara ayrı bir hükümle dava hakkı tanınmıştı. eTTK m. 309’da açıkça «*dolayısıyla zarar gören pay sahipleri ve şirket alacaklıları*» denilmesi sebebi ile, 336. maddede pay sahipleri ve alacaklıların «*doğrudan doğruya uğradıkları zararlar*» bakımından yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunu düzenlediği şeklinde bir yorum yapılması gündeme gelmekte idi⁵².

⁵² Nitekim Mimaroglu, 6762 sayılı 309 ve 336. maddeler arasındaki ilişki hakkında, “340 ncı madde, 309 uncu maddeye atıf yapmak suretiyle, şirketin pay sahipleri ve alacaklılar ba-

Pay sahiplerinin şirketin doğrudan uğradığı zararlar dışında kendilerinin doğrudan doğruya uğramış oldukları zararlar ile ilgili olarak açacakları davalarda, dava hakkının eTTK m. 336 kapsamında mütalaa edilmesi halinde, eTTK m. 340'da yer alan “336 ve 337 nci maddelerin hükümleri gereğince idare meclisi azalarına yükletilen mesuliyet hakkında 309 uncu madde hükmü de tatbik olunur” düzenlemesi sebebiyle, pay sahiplerinin doğrudan doğruya uğradıkları zararlar sebebi ile şirkete karşı açacakları davalarda, TTK m. 309'da ifadesini bulan “Mesul olan kimselerin cümlesi aleyhinde şirket merkezinin bulunduğu yer mahkemesinde dava açılabilir. Mesul olan kimselere karşı tazminat istemek hakkı davacının zararı ve mesul olan kimseyi öğrendiği tarihten itibaren iki yıl ve her halde zararı doğuran fiilin vuku tarihinden itibaren beş yıl geçmekle müruruzamana uğrar. Şu kadar ki; bu fiil cezayı müstelzim olup Ceza Kanununa göre müddeti daha uzun müruruzamana tabi bulunuyorsa tazminat davasına da o müruruzaman tatbik olunur” şeklindeki özel düzenlemenin ve yetkili mahkemeye ilişkin hükmün, pay sahipleri ve alacaklılar tarafından açılan ve doğrudan zarar taleplerine dayanan davalar bakımından da uygulanmasına imkân sağlayabilirdi. Nitekim öğretilerde de bu yönde görüşler bulunmaktadır⁵³.

kımından, 336 ncı maddenin tanıdığı davaya ek bir dava hakkı tanımıştır. Bu iki maddede tanıma davalar mahiyetleri itibarıyla de farklı oldukları için, 309 uncu maddenin pay sahipleri ve şirket alacaklılarına ek bir dava hakkı tanımış olduğunu kabule meylediyoruz. Şöyle ki: aa) Ticaret Kanunu'nun 309 uncu maddesinde bahis konusu edilen davada, dava hakkı, yalnız, dolayısıyla zarar gören pay sahipleri ve şirket alacaklılarına aittir; dolayısıyla zarar görmeyen pay sahiplerinin böyle bir dava hakkı yoktur. Bundan başka, 309 uncu madde uyarınca açılacak davada hükmolunan tazminat, davacılara değil şirkete verilir. bb) Oysa, 336 ncı madde ve Ticaret Kanunu'nun belirttiği diğer hallerde, şirket adına yapılan muamele ve işlenen fiillerden idare meclisi azalarının şahsen mes'ul olabilmeleri için kusurlu bir hareketin kendilerine isnat edilmesi ve bu kusurlu hareket sonunda bir zarar veya ziyanın doğmuş olması şarttır...Ancak, 336 ncı madde ve kanunun anonim şirket azaları için mes'uliyet halleri olarak öngördüğü diğer hallerde, pay sahibi veya alacaklı doğrudan doğruya zarar görmüşse, kendisine ait olan bu zararın, gene kendisine tazminini isteyebilir. 336 ncı madde bu hususu yasaklayan bir esas kapsamamaktadır. Fakat, şirketin zarar görmüş olması dolayısıyla, pay sahibi ve alacaklıların 336 ncı madde uyarınca açacağı davada hükmolunacak tazminatın şirkete ödeneceği şüphesizdir” ifadelerine yer vermekte idi (Mimaroglu, K.: Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukuki Mes'uliyeti, Ankara 1967, s. 115-116; ayrıca bkz. Tandoğan, s. 112; Çamoğlu, 147; Ansay, s. 147; Arı, s. 177.

⁵³ Helvacı, pay sahipleri ve alacaklıların dava hakkının kaynağının TTK m. 336 olduğunu, bu nedenle bu maddelerde düzenlenen ispat yükünün yer değiştirmesi, zamanaşımı, yetkili mahkeme gibi davacılar lehine düzenlenen kuralların bu davalarda da geçerli olacağını ifade etmektedir (Helvacı, s. 151; zamanaşımı bakımından Ansay, s. 147; ayrıca zamanaşımının uygulanması bakımından bkz. Helvacı, s. 147, dipnot 481 ve 482'de zikredilen aynı yönde ve aksi yönde fikre sahip olan yazarlar. Arı, pay sahiplerinin doğrudan zararları sebebi ile açacakları davalarda 818 sayılı Borçlar Kanunu m. 126/4 hükmünün uygulanacağı, alacaklıların açtığı doğrudan zarar davalarında, şirketler hukuku ile ilgili uğradıkları doğrudan za-

b. İsviçre Borçlar Kanunu Bakımından Değerlendirmeler

Anonim ortaklığın kuruluş, yönetim, denetim ve tasfiye işlemlerinden doğan sorumluluklara ilişkin İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki ("OR") Art. 752-760 hükümleri ayrı ve toplu olarak bir bölümde düzenlenmiştir. TTK'nın sorumluluk hükümleri, İsviçre Borçlar Kanunu'nun anonim şirketlerle ilgili altıncı kısmında yer alan Art. 752-760 hükümlerinden mülhemdir. Türk Ticaret Kanunu'nda sorumluluk davalarında yetkili mahkemeyi düzenleyen 561. maddesine karşılık, OR Art. 761'de hükme bağlanan yetkili mahkemeye ilişkin düzenleme, 2001'de yürürlükten kalkmış, İsviçre Medeni Usul Kanunu (*Schweizerische Zivilprozessordnung*) Art. 40'ta hükme bağlanmıştır⁵⁴. Ayrıca Türk Ticaret Kanunu ve İsviçre Borçlar Kanunu arasında sorumluluk hükümleri bakımından sistematik açıdan da farklılıklar bulunmaktadır.

İsviçre Borçlar Kanunu sorumluluk düzenlemeleri, "*Verantwortlichkeit*" üst başlığı altında, "*A) Haftung*" ve onun alt başlıkları "*I...II. III. Haftung für Verwaltung, Geschäftsführung und Liquidation* (Art. 754)", "*B) Schaden der Gesellschaft*" ve onun alt başlıkları "*I. Ansprüche ausser Konkurs* (Art. 756) *II. Ansprüche im Konkurs* (Art. 757)"" *II. Wirkung des Entlastungsbeschlusses* (Art. 758), "*C) Solidarität und Rückgriff*" ve "*D) Verjährung*" şeklinde sıralanmıştır. OR Art. 754'te yönetim kurulu üyelerinin yükümlülüğe aykırı davranışları sebebi ile pay sahibi, alacaklılar ve şirkete karşı sorumlu olacakları esası kabul edilmiştir. Pay sahibi ve alacaklıların dolaylı zararlar sebebi ile açacağı davalar ise OR Art. 756 ve 757'da hükme bağlanmıştır. Hal böyle olunca "*D) Verjährung*" şeklindeki zamanaşımına ilişkin Art. 760 hükmü, pay sahiplerinin ve alacaklıların Art. 754, 756, 757 kapsamında ikame ettikleri hem doğrudan hem de dolaylı zararlar bakımından açılan tüm davaları kapsayacak şekilde yorumlanabilir⁵⁵.

rarlar bakımından m. 309'da belirlenen zamanaşımı sürelerinin, şirketler hukuku bağlamında alacaklıları koruyan düzenlemeler kapsamında olmayan zararlar bakımından 818 sayılı Borçlar Kanunu m. 60'ta yer alan zamanaşımı sürelerinin uygulanacağı fikrindedir (Bkz. Art, s. 187).

⁵⁴ Yetkili mahkemeye ilişkin düzenleme önceleri *Bundesgesetz vom 24. März 2000 über den Gerichtsstand in Zivilsachen* m. 29'da hükme bağlanmışken; daha sonra bu kanunu yürürlükten kaldıran "*Schweizerische Zivilprozessordnung* m. 40'ta karşılığını bulmuştur. Bkz. <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20000741/index.html>.; Bu hususta ayrıca bkz. Gericke, D./Waller, S.: Basler Kommentar Obligationen II, Art. 530-964 OR (Art. 1-6 SchlT AG, Art. 1-11 ÜBest GmbH), Hrsg: Honsell, Heinrich Vogt, Nedim Peter Watter, Rolf Helbing & Lichtenhahn, 5. Aufl. 2016, Vorbemerkungen Art. 754-761, N 2.

⁵⁵ Kanun sistematigi için çalışmanın sonunda yer alan "*Tablo I*"e bakınız.

Görüldüğü üzere, İsviçre hukukunda kenar başlıklarını metne dahil kabul etme yönündeki anlayış açısından değerlendirme yapıldığında pay sahiplerinin ve alacaklıların doğrudan doğruya uğradıkları zararlar sebebi ile açacakları davalarda, „*şirketin zararı*“ başlığı altında düzenlenen „*I. Ansprüche ausser Konkurs (Art. 756) II. Ansprüche im Konkurs (Art. 757)*“ şeklindeki iki hüküm uygulanmamaktadır. Zira kenar başlığı bakımından değerlendirme yapıldığında bu iki hükmün pay sahibi ve alacaklıların dolaylı zararlarına dayalı olarak açılan davalarda esas alınacağı açıkça görülmektedir. Nitekim *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, pay sahiplerinin doğrudan zararları sebebi ile açılacak davalarda, Art. 756, 757 ve ibraya ilişkin Art. 758 hükümlerinin uygulanmayacağını ifade etmektedir⁵⁶. Buna karşılık „*Şirketin zararı*“ ile aynı düzey başlıkta yer alan zamanaşımı, teselsül ve yetkili mahkemeye ilişkin OR Art. 756-761 hükümlerinin ise pay sahipleri tarafından açılacak doğrudan zararın tazmini davalarında uygulanacağını belirtmektedir⁵⁷. Esasen İsviçre öğretisinde de genel eğilim OR Art. 760'ta hükme bağlanan özel zamanaşımı süresini hem doğrudan hem de dolaylı zararlar sebebi ile açılan davalarda uygulamak yönündedir⁵⁸. İlgili bölümdeki madde kenar başlıkları da söz konusu söz konusu genel eğilim ile uyum içindedir.

c. Meri 6102 sayılı Kanun Bakımından Değerlendirmeler

İsviçre Borçlar Kanunu Art.754 hükmünün kaynaklık ettiği TTK m. 553, doğrudan ve dolayısıyla zararlar bakımından herhangi bir ayırım yapılmaksızın kaleme alınmıştır, ayrıca keyfiyet madde gerekçesinde de izhar edilmiştir. Dolayısıyla TTK m. 553'ün pay sahipleri ve alacaklıların doğrudan doğruya uğradıkları zararlar sebebi ile açacakları davaları da kapsadığında kuşku yoktur. Ancak pay sahiplerinin doğrudan doğruya uğradığı zararlar bakımından m. 555-561 hükümlerinin uygulanmasına, bu maddelerin „*B)Şirket Zararı*“ şeklindeki ana kenar başlığının bulunuyor olmasının engel teşkil edeceği kanaatindeyiz. Çünkü Türk Ticaret Kanunu m. 1534 hükmüne göre, kenar başlıkları madde metnine dâhildir ve hükmün uygulama alanının tespitinde

⁵⁶ Bkz. *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, § 36 N 16.

⁵⁷ Bkz. *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, § 36 N 16.

⁵⁸ İsviçre hukuku bakımından yapılan değerlendirmeler için bkz. *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, § 36 N 21; *Bauen/Bernet*, N 616; *Lehmann*, P.: Kurzkomentar Obligationenrecht, Art. 1-1186 OR, Hrsg: Honsell, Heinrich, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2014, Art. 760 N 1; *Amstutz/Gohari*, Art. 760 N 3; *Torre*, L. D.: Präjudizienbuch OR, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875-2015), Hrsg: Peter G., Viktor A., Hubert S., Schulthess Juristische Medien AG, Zürich 2016, Art. 760 N 1; *Rihm/Känzig*, Art. 760 N 4; *Schucany*, Art. 760 N 1.

maddenin kenar başlığı ile madde metninin aynı düzeyde hukuki bağlayıcılığa sahip olduğu hususunda şüphe yoktur. Gerekçede aksi yorumlara mahal verecek kimi ifadeler bulunsa da, Kanun koyucunun kenar başlığındaki bu tercihi, TTK m. 555-561 hükümlerinin uygulama alanını yalnızca pay sahibi ve alacaklıların dolaylı zararları sebebi ile uğradıkları zararlara özgülediği sonucunu doğurmaktadır. Zira uygulanacak olan öncelikle kanunun açık lafzıdır. Kanun koyucunun amacı saptanırken de öncelikle bu lafızdan hareket edilmelidir. Bu nedenle de pay sahibi ve alacaklıların doğrudan doğruya uğradıkları zararlar sebebi ile açtıkları davalarda, TTK m. 560'daki özel zamanaşımı süresinin uygulanma imkânının bulunmadığını söylemek aşırı ve mesnetsiz bir yorum olmayacak, bilakis varılması gereken bir kanaat olarak uygulayıcıları karşılayacaktır.

“*Şirket zararı*” kenar başlığından hareketle varılan mezkûr sonuç çerçevesinde, pay sahipleri ve alacaklılar bakımından açılan davalarda zamanaşımı süresi bakımından genel hükümlerin uygulanması gereğini belirtmek kaçınılmaz bir tespittir. TTK m. 553 vd.'da düzenlenmeyen hususlarda hangi hükümlerin uygulama alanı bulacağı, pay sahibi ve alacaklılar tarafından bu madde hükmü çerçevesinde açılan davanın hukuki dayanağına göre belirlenir. Pay sahibi ve alacaklıların -yukarıda zikredilen- doğrudan doğruya zararlar sebebi ile açacakları davalarda, şirket ile yönetim kurulu üyeleri arasındaki akde dayanıp dayanamayacakları meselesi tartışmalı olup, kimi yazarlar davanın haksız fiile dayandığı görüşündedir. Ancak bir diğer görüş, bu davanın sözleşmesel nitelikte olduğu yönündedir⁵⁹. Öncelikle belirtmek gerekir ki; pay sahibi tarafından doğrudan doğruya açılacak davalarda, -TTK m. 555'in kenar başlığı “*şirketin zararı*” olarak tercih edildiği için- zamanaşımı Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 147/4'e göre belirlenecektir. TTK m. 147/4'te “*Bir ortaklıkta, ortaklık sözleşmesinden doğan ve ortakların birbirleri veya kendileri ile ortaklık arasındaki; bir ortaklığın müdürleri, temsilcileri, denetçileri ile ortaklık veya ortaklar arasındaki alacaklar*” için alacağın muaccel olduğu tarihten itibaren 5 yıllık zamanaşımı süresi öngörülmüştür. Alacaklıların doğrudan doğruya uğradığı zararlar sebebi ile TTK m. 553 kapsamında açacağı davalarda ise, kabul edilen dava sebebine göre, ya TBK m. 72 gereği 2-10 yıllık zamanaşımı süresi ya da TBK m. 146 gereği 10 yıllık zamanaşımı süresi uygulanacaktır.

⁵⁹ Çalışma konumuzun kapsamı dışında olan bu husus hakkında ilgili farklı görüşler ve tartışmalar için bkz. Çamoğlu, s. 152.

Bilindiği üzere, TTK m. 557 hükmü ile sorumlular arasında farklılaştırılmış teselsül esası kabul edilmiştir⁶⁰. Kenar başlıklarının metne dâhil kabul edilmesi sebebi ile pay sahipleri ve alacaklılar tarafından açılacak doğrudan zarara dayanan davalarda, sorumlular arasında mutlak teselsül hükümleri uygulanacaktır. Aynı şekilde yetkili mahkemenin de TTK m. 561’de yer alan “*Sorumlular aleyhinde şirketin merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesinde dava açılabilir*” düzenlemesine göre değil; 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na göre belirlenmesi gerekir. Son olarak yine şirketin zararı başlığı altında düzenlenen ibraya ilişkin TTK m. 558 ve 559 hükümlerinin de uygulanmasına olanak yoktur; ancak belirtmek gerekir ki şirket genel kurulunun, sorumluluktan ibraya ilişkin kararının pay sahibi ve alacaklılar bakımından açılan doğrudan doğruya zarara ilişkin taleplerini engellemeyeceği gerek 6762 sayılı Kanun döneminde⁶¹ gerek 6102 sayılı Kanun döneminde⁶² yaygın bir şekilde kabul edilen bir kanaattir.

IV. SONUÇ

Türk Kanunlarında madde numaralarının yanısıra aynı zamanda her bir maddenin kenar başlığının bulunması, ayrıca konu itibarıyla birliktelik arz eden hükümlerin ortak başlıkları altında yer alması mutlak bir uygulamadır. Kanun hükümlerinin kitap, kısım, bölüm şeklinde ayrımlara tâbi tutulması, daha sonra orta başlık ve kenar başlıklar altında yer alması kanunun uygulanması bakımından kolaylık sağlamaktadır. Ancak özellikle kenar başlıkları bazı kanunlar bakımından uygulama kolaylığının ötesinde, kanun hükmünün kapsam ve sınırlarının belirlenmesinde de kanun metni ile aynı derece bağlayıcı bir işlev görmektedir. Bu durum kenar başlıklarının kanun metnine dâhil edilmesi halinde söz konusu olur. Türk Ticaret Kanunu, kenar başlıkları m. 1534 hükmü ile metne dâhil edilmiş bir kanundur ve bu hususun kanun hükümlerinin uygulama kapsamının belirlenmesinde dikkate alınması zarureti vardır. Anonim şirketler hukuku sorumluluk hükümleri incelendiğinde, madde metinleri kadar bağlayıcı olan kenar başlıklarının, pay sahiplerinin ve alacaklıların doğrudan zararlarına ilişkin olarak açacakları davalarda uygula-

⁶⁰ Bu hususta bkz. **Göktürk, K./Can, M. Ç.:** “Farklılaştırılmış Teselsülün - Özellikle - Dış İlişki Bakımından Anlamı ve Bankacılık Kanununun Şahsi İflas Sorumluluğu İle Karşılaştırılması”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 2, Sayı 2, s. 247 vd.

⁶¹ **Atan**, s. 66; **Helvacı**, s. 146 ve orada adı geçen yazarlar; **Ansay**, 151; **Çamoğlu (Poroy/Tekinalp)**, 8. Bası, N 621; **Arı**, s. 191.

⁶² **Şener**, s. 428-434; **Bilgili/Demirkapı**, s. 604; **Çamoğlu (Poroy/Tekinalp)**, N 619; **Pulaşlı**, § 66 N 138.

nacak olması zamanaşımı, yetkili mahkeme ve teselsül hükümlerinde değişikliğe yol açacak bir mahiyet arz etmektedir.

Türk Ticaret Kanunu'nun "*Hukuki Sorumluluk*" başlığı altında yer alan düzenlemeler "*A) Sorumluluk Halleri*" ve "*B) Şirketin Zararı*" şeklinde iki ana başlık altında düzenlenmiştir. "*Sorumluluk Halleri*" başlığı altında düzenlenen hükümler, belgelerin ve beyanların kanuna aykırı olması (TTK m. 549), sermaye hakkında yanlış beyanlar ve ödeme yetersizliğinin bilinmesi (TTK m. 550), değer biçilmesinde yolsuzluk (TTK m. 551), halktan para toplamak (TTK m. 552) ve kurucuların, yönetim kurulu üyelerinin, yöneticilerin ve tasfiye memurlarının sorumluluğundan (TTK m. 553) müteşekkildir. "*Şirketin zararı*" ana başlığı altında hükme bağlanan TTK m. 555 ve 561 hükümlerinde ise, pay sahibi ve alacaklıların şirketin doğrudan uğradığı zararlar sebebi ile açacakları davalara ilişkin esaslar olarak; sorumlular arasında teselsül ve başvuru (TTK m. 557), ibranın sorumluluk davasına etkisi, kuruluş ve sermaye artırımında ibra (TTK m. 558-559), zamanaşımı (TTK m. 560) ve son olarak yetkili mahkeme (TTK m. 561) düzenlenmiştir.

Sorumluluk davaları bakımından temel bir ayırım *«doğrudan ve dolaylı zarar»* ayırımıdır. Yönetim kurulu üyelerinin davranışları ile şirket, pay sahipleri ve alacaklılar doğrudan zarar görebilir. Bu durumda ilgililerin yönetim kurulu üyelerine karşı sorumluluk davası açması mümkündür. Şirketin doğrudan uğradığı zararlar sebebi ile pay sahipleri ve alacaklılar da dolaylı zarara uğrarlar. Bu hallerde de pay sahibi ve alacaklılara farklı esaslarda da olsa dava hakkı tanınmıştır. Hal böyle olunca pay sahibi ve alacaklılar bakımından 1) kendilerinin doğrudan uğradıkları zararlar sebebi ile, 2) şirketin zararı sebebi ile uğradıkları dolaylı zararların tazmini için açacakları davalar olmak üzere iki türlü dava imkanı ortaya çıkmaktadır. Kanunun 555-561. maddelerinin ortak başlığı "*şirketin zararı*" olduğu için, bu hükümler ancak ikinci ihtimalde uygulanabilecek, pay sahibi ve alacaklılar bakımından kendilerinin doğrudan uğradıkları zararlar sebebi ile açılan davalarda ise genel hükümler uygulama alanı bulacaktır.

Pay sahibi ve alacaklılar bakımından kendilerinin doğrudan uğradıkları zararlar sebebi ile açılan davalarda, Türk Ticaret Kanunu 555-561 madde hükümlerinin uygulanamayacağı kabul edildiğinde, bu sefer de özellikle başta zamanaşımı olmak üzere, teselsül, ibra ve yetkili mahkeme bakımından hangi esasların uygulanması gerektiği meselesi gündeme gelir. Pay sahipleri ve alacaklılar bakımından TTK m. 553 kapsamında ikame edilen doğrudan zararın tazmini talepli davalarda zamanaşımı süresi bakımından genel hükümlerin

uygulanması gerekir. Buna göre, pay sahibi tarafından açılacak davalarda, zamanaşımı Türk Borçlar Kanunu m. 147/4'e göre belirlenecektir. Alacaklıların doğrudan uğradığı zararlar sebebi ile açılacak davalarda, duruma göre ya Türk Borçlar Kanunu m. 72'de öngörülen zamanaşımı süreleri ya da aynı Kanun'un 146. madde hükmünde yer alan süre uygulanacaktır. Kenar başlıklarının metne dâhil kabul edilmesi sebebi ile pay sahipleri ve alacaklılar tarafından açılacak doğrudan zarara dayanan davalarda, sorumlular arasında farklılaştırılmış teselsül değil; mutlak teselsül hükümleri uygulanacaktır. Aynı şekilde yetkili mahkemenin de Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre belirlenmesi gerekir. Son olarak yine şirketin zararı başlığı altında düzenlenen ibraya ilişkin TTK m. 558 ve 559 hükümlerinin de uygulanmasına olanak bulunmamaktadır.

Son söz olarak, TTK m. 553 kapsamında ikame olunan zararın tazmini bakımından bütün ilgililer için tek bir sorumluluk rejiminin (özellikle de zamanaşımı bakımından) uygulanması, mehzaz İsviçre Borçlar Kanunu'nda olduğu gibi, madde kenar başlıklarının bu doğrultuda Kanun'da düzenlenmesi ile mümkün olabilir. Bununla birlikte, mer'i Kanun bakımından kendi temen-nilerimiz değil, mevcut madde kenar başlığı ve lafzının uygulanması zaruri olandır. O halde, yukarıda ifade edilen çelişkilerin önüne geçmek için kenar başlıkları bakımından "*Şirketin Zararı*" ana başlığını, İsviçre düzenlemesinde olduğu gibi alt başlık yapacak yasal bir düzenleme ihtiyacı ortadadır. Ancak bu suretle, anonim şirketler hukuku sorumluluk düzeni bakımından tüm ilgililer için tek bir rejimin uygulanması sağlanabilir. Aksi tutum, kanunun lafzına aykırı uygulamanın devamı sonucunu doğurur.

TABLO 1:

ÇALIŞMA KONUSU BAKIMINDAN İSVİÇRE BORÇLAR KANUNU İLE TÜRK TİCARET KANUNU’NUN SİSTEMATİĞİ	
OR Art. 752-760	TTK m.549-561
<u>Sechster Abschnitt:</u> <u>Verantwortlichkeit</u> <i>A) Haftung</i> I. Für den Emissionsprospekt II. Gründungshaftung III. Haftung für Verwaltung, Geschäftsführung und Liquidation IV. Revisionshaftung <i>B) Schaden der Gesellschaft</i> I. Ansprüche ausser Konkurs II. Ansprüche im Konkurs III. Wirkung des Entlastungsbeschlusses <i>C) Solidarität und Rückgriff</i> <i>D) Verjährung</i>	<u>Onbirinci Bölüm:</u> <u>Hukuki Sorumluluk</u> <i>A) Sorumluluk Halleri</i> I . Belgelerin ve beyanların kanuna aykırı olması II . Sermaye hakkında yanlış beyanlar ve ödeme yetersizliğinin bilinmesi III. Değer biçilmesinde yolsuzluk IV. Halktan para toplamak V. Kurucuların, yönetim kurulu üyelerinin, yöneticilerin ve tasfiye memurlarının sorumluluğu VI. Denetçinin sorumluluğu <i>B) Şirketin Zararı</i> I - Genel olarak II - İflas hâlinde III - Teselsül ve başvuru IV - İbra V - Zamanaşımı VI - Yetkili mahkeme

KAYNAKÇA

Akdağ Güney, Necla,	:Anonim Şirket Yönetim Kurulu, İstanbul 2016.
Akyol, Şener,	:Medeni Hukuka Giriş, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006.
Ansay, Tuğrul,	:Anonim Şirketler Hukuku, Ankara 1982.
Amstutz, Marc/ Gohari, Ramin Silvan,	:OR Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch), 3. Auflage 2016.
Arı, Zekeriyya,	: “ <i>Alacaklı veya Ortakların Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Doğrudan Zararlar Nedeniyle Açabilecekleri Davalarda Zamanaşımı</i> ”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIV, S. 1-2 (2010), s. 171-198.
Arslanlı, Halil,	Anonim Şirketler, Cilt II-III, İstanbul 1960.
Atan, Turhan,	:Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukuki Mesuliyeti, Ankara 1967.
Bahtiyar, Mehmet,	:Ortaklıklar Hukuku, 11. Bası, İstanbul 2016.
Bauen, Marc/Bernet, Robert,	:Schweizer Aktiengesellschaft (Aktienrecht - Fusionsrecht - Börsenrecht - Steuerrecht) Schulthess Verlag, Zürich 2007.
Bilgili, Fatih/Demirkapı, Ertan,	:Şirketler Hukuku, 9. Basım, Bursa 2013.

Binder, Andreas/Vito, Roberto,	:Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Hrsg: Vito Roberto/Hans Rudolf Trüb, Personengesellschaften und Aktiengesellschaft, Art. 530-771 OR, 2. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, 2016.
Çamoğlu, Ersin (Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal),	:Ortaklıklar Hukuku I, 13. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014.
Çamoğlu, Ersin (Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal),	Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 8. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2000.
Çamoğlu, Ersin,	:Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu (Kamu Borçlarından Sorumluluk ile), 3. Bası, İstanbul 2010.
Doğanay, İsmail,	Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Birinci Cilt-Madde 1-419, 4. Bası, İstanbul 2004.
Dural, Mustafa/Sarı, Suat,	:Türk Özel Hukuku Cilt I Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014.
Edis, Seyfullah,	:Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara Üniversitesi Basımevi, Altıncı Basım, Ankara 1997.
Emmenegger, Susan/Tschentscher, Axel,	:Berner Kommentar, Band/Nr. I/1, Herausgeber: Heinz Hausheer, Hans Peter Walter, Einleitung, Art. 1-9 ZGB, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung und Personenrecht, Stämpfli Verlag AG, 2012.
Forstmoser, Peter/Meier-Hayoz, Arthur/Nobel, Peter,	Schweizerisches Aktienrecht, Stämpfli Verlag, Bern 1996.
Forstmoser, Peter/ Vogt, Hans-Ueli,	:Einführung in das Recht, 4. Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern 2008.

Gericke, Dieter/Waller, Stefan,	Basler Kommentar Obligationen II, Art. 530-964 OR (Art. 1-6 SchlT AG, Art. 1-11 ÜBest GmbH), Hrsg: Honsell, Heinrich Vogt, Nedim Peter Watter, Rolf, Helbing & Lichtenhahn, 5. Aufl. 2016.
Göktürk, Kürşat,	Banka Yönetici ve Ortaklarının Hukuki Sorumluluğu, Özellikle Şahsi İflas Kapsamında Sorumluluk, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.
Göktürk, Kürşat/Can, Mehmet Çelebi,	“Farklılaştırılmış Teselsülün - Özellikle - Dış İlişki Bakımından Anlamı ve Bankacılık Kanununun Şahsi İflas Sorumluluğu İle Karşılaştırılması”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 2, Sayı 2, s. 247 vd.
Hausheer, Heinz/Jaun, Manuel,	:Stämpfli Handkommentar, Die Einleitungsartikel des ZGB Art. 1-10 ZGB, Stämpfli Verlag AG, 2003.
Helvacı, Mehmet,	:Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 2001.
Hirş, Ernst E.	:Ticaret hukuku Dersleri, 3. Bası, İstanbul 1948.
Hürlimann-Kaup, Bettina/Schmid, Jörg,	:Einleitungsartikel des ZGB und Personenrecht, Schulthess Verlag, 2. Auflage, Zürich-Basel-Genf 2010.
Kendigelen, Abuzer,	:Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler, İlk Tespitler, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011.
Lehmann, Peter,	:Kurzkommentar Obligationenrecht, Art. 1-1186 OR, Hrsg: Honsell, Heinrich, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2014.
Meier-Hayoz, Arthur,	:Einleitungsartikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Art. 1-10), Schulthess Verlag, 3. Auflage, Zürich 1979.

Meier-Hayoz, Arthur/ Forstmoser, Peter,	:Schweizerisches Gesellschaftsrecht mit Einbezug des künftigen Rechnungslegungsrechts und der Aktienrechtsreform, Stämpfli Verlag AG, Bern 2012.
Mimaroglu, Kemal,	:Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukukî Mes'uliyeti, Ankara 1967.
Müller, Christa/Gehrig, Lucien/Hirt, Thomas,	:Einführung ins Recht - Management-Basiskompetenz theoretische Grundlagen und Methoden mit Beispielen, Repetitionsfragen und Antworten, Zürich Compendio Bildungsmedien 2010.
Oğuzman, Kemal/Barlas, Nami,	:Medeni Hukuk, Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014.
Peter, Forstmoser/Arthur, Meier-Hayoz/Peter, Nobel,	:Schweizerisches Aktienrecht, Stämpfli Verlag, Bern 1996.
Pulaşlı, Hasan,	:Şirketler Hukuku Şerhi, 3. Baskı, adalet Yayınevi, Ankara 2018.
Saymen, Ferit, Hakkı,	:“ <i>Matlablar Kanunudur?</i> ”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Ayrı Bası, İstanbul 1945, C. 10, S.3-4, s. 565-578;
Saymen, Ferit, Hakkı,	:“ <i>Yine Matlablara Dair</i> ”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, İstanbul 1946, C. 12, S. 1, s. 270-279.
Schucany, Emil,	:Kommentar zum schweizerischen Aktienrecht, 2. Aufl., Zürich 1960.
Serozan, Rona,	:Medeni Hukuk Genel Bölüm - Kişiler Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014.
Suter, Claudia,	Der Schaden bei der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht- 295, Zürich/St. Gallen 2010.

Şener, Oruç Hami,	:Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar hukuku Ders Kitabı, 3. Bası, Ankara 2016.
Tandoğan, Halûk,	:Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, Ankara 1963.
Tekil, Fahiman,	:Anonim Şirketler Hukuku, İstanbul 1998.
Tekinalp, Ünal	:Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013.
Türk, Hikmet Sami,	: <i>“Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açılacak Sorumluluk Davalarında Zamanaşımı ve Başlangıcı”</i> , Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu VI., Ankara 1989, s. 5-51.
von Steiger, F.,	:İsviçrede Anonim Şirketler Hukuku, Çev: Tahir ÇAĞA, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1968.

ÜRÜN KİRASİ SÖZLEŞMELERİNDE TARAFLARIN ASLİ EDİMLERİ VE BUNLARIN İFASININ KUSURSUZ OLARAK İMKANSIZLAŞMASINA İLİŞKİN SONUÇLAR

A. Hulki CİHAN*

ÖZET

Sözleşmeler hukukunda tarafların edimlerinin sonradan kusur olmaksızın imkânsız hâle gelmesi, birtakım hukuki sorunları da beraberinde getirir. Bu durum, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde daha da belirgin hâldedir.

Ürün kirası sözleşmesi yönünden kusursuz imkânsızlık ve hasar sorununun irdelenmesi için, öncelikle tarafların edimlerinin tam ve doğru şekilde ortaya konularak, sözleşmenin alelâde kirâ sözleşmesinden ayırt edilmesi gerekmektedir. Bu aşamadan sonra, karakteristik edim hasarı ve karşı edim hasarının incelenmesi söz konusu olacaktır.

Hasar sorunu, ürün kirâsı sözleşmelerinde tarafların aslî edimleri açısından birtakım özellikler göstermektedir. Özellikle kirâcının birden çok aslî ediminin bulunması, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler bakımından her zaman rastlanmayan bir durumdur. Bu durumun bir gereği olarak, karakteristik edimin ifasının imkânsız hale gelmesinin, kirâcının karşı edimi üzerindeki etkileri, bu sözleşme yönünden hasar sorununun kilit noktasıdır.

Anahtar Kelimeler: ürün kirası sözleşmesi, kusursuz imkânsızlık, kira sözleşmesi, hasar, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme.

THE MAIN ACTS OF THE BODIES IN USUFRUCTUARY LEASE CONTRACTS AND THE SOLUTIONS OF IMPOSSIBILITY OF THESE ACTS WITHOUT FAULT

ABSTRACT

The fact that the acts of the parties in the law of contracts are impossible afterwards without any flaws brings with it certain legal problems as well. This is even more pronounced in contracts that lend to both sides.

In order to investigate the problem of impossibility without fault and damage in terms of the product lease contract, first of all, the actions of the parties should be

* Yrd. Doç. Dr., Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi. e-posta: hulki.cihan@ozyegin.edu.tr

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 05/12/2016

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 24/01/2018

clearly and completely distinguished from the contractual contract of the contract. After this stage, the examination of the characteristic act damage and counter act damage will be the subject.

The damage problem has some characteristics in terms of the actual actions of the parties in the product rental contracts. Especially the presence of more than one principal actor in the league is a situation that is not always seen in terms of contracts that lend to both sides. As a condition of this situation, the effects on the oppression of the occupant, which makes the performance of the characteristic act impossible, is the key point of this contract problem of damage.

The damage problem has some characteristics in terms of the actual actions of the parties in the usufructuary lease contracts. Especially the presence of more than one principal actor in the league is a situation that is not always seen in terms of contracts that lend to both sides. As a condition of this situation, the effects on the oppression of the occupant, which makes the performance of the characteristic act impossible, is the key point of this contract problem of damage.

Keywords: usufructuary lease contract, objective impossibility, lease contract, risc, synallagmatic contract.

GİRİŞ

Ürün kirası sözleşmelerinin tam iki taraf borç yükleyen karakteri, dar ve teknik anlamda hasar sorununun, bu sözleşme yönünden ele alınmasını deyim yerindeyse zorunlu kılmaktadır. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde her iki tarafın da hem borçlu hem alacaklı olması durumu, bu tür sözleşmelerin diğerlerine kıyasla daha dinamik ve karmaşık olduğunun göstergesidir. Dar ve teknik anlamda hasar sorunu ise; başlı başına karmaşık bir yapıyı bünyesinde barındırır ve en kısa anlatımla, karakteristik edim alacaklısının, edim hasarıyla birlikte bir de karşı edim hasarına katlanması riskini gözler önüne serer. Biz bu incelemede, iki karmaşık yapının birleşerek ortaya çıkardığı sonuçları, başka bir deyişle, hasar sorunun ürün kirası sözleşmeleri yönünden nasıl meydana geldiğini ve ne gibi sonuçlar doğurduğunu sistematik bir şekilde aşağıda inceleyeceğiz.

1. Ürün Kirası Sözleşmesi Kavramı ve Kira Sözleşmesinden Farkları

Ürün kirası sözleşmesi, kiraya verenin ürün veren bir malın veya hakkın kullanımını, ürünlerin devşirilmesini; yani kiralananın işletilmesini kiracıya

bıraktığı, kiracının da bunun karşılığında bir kira bedeli ödemeyi borçlandığı sözleşmedir¹.

Ürün kirası sözleşmesi, Türk Borçlar Kanunu'nun Dördüncü Bölümünün Üçüncü Ayrımında düzenlenmiştir. Ürün kirası sözleşmesinde, kira sözleşmesinden farklı olarak, kiraya verenin zilyetliği devretme (teslim) borcunun karşısında kiracının zilyetliği devralma (teslim alma)² borcu da bulunmaktadır³. Bunun sebebi ise, kira sözleşmesinde kiracının işletme borcu olmamasına rağmen, ürün kirası sözleşmesinde kiracının işletme borcunun bulunmasıdır. Ürün kirasında kiracının kiralananı işletme borcu bulunduğuna göre, işletme borcunu yerine getirebilmesi için kiralananın zilyetliğini devralmalıdır. Yani, zilyetliği devretme, kiraya veren yönünden karakteristik edim olduğu kadar, zilyetliği devralma da kiracı yönünden karşı edimdir. Kira sözleşmesiyle ürün kirası sözleşmesi ayrımında göz önüne alınması gereken ölçü için şunu söyleyebiliriz:

Tarafların edimleri iki kira türünü ayırma noktasında en belirleyici rolü taşır⁴. Ürün kirasından söz edilebilmesi için kiraya verenin kullanmaya izin verme ve tahsis yükünün yanında, kiralananın verdiği ürünlerden de yararlanmayı sağlama yükümü bulunmaktadır⁵. Buna karşın, kira sözleşmesinde

¹ TANDOĞAN, Haluk, **Özel Borç İlişkileri** Cilt ½, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 2, 3; CANSEL, Erol, **İsviçre Hukuku, Fransız Hukuku ve Alman Medeni Kanunu ile Mukayeseli Olarak Türk Hukukunda Hasılat Kirası**, Desen, Ankara, 1953, s. 4; ARKAN SERİM, Azra, **Hasılat Kirasında Tarafların Hak ve Borçları**, İstanbul, 2010; YAVUZ, Cevdet, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Vedat Kitapçılık, 14.Baskı, İstanbul, 2016, s. 697; ARPACI, Abdülkadir, **Kira Hukuku ve Uygulaması**, Temel Yayınları, İstanbul, 2002, s. 163,164; HATEMİ, Hüseyin/SEROZAN, Rona/ARPACI, Abdülkadir, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, Filiz Yayınevi, İstanbul, 1992, s. 255,256; ZEVKLİLER, Aydın, GÖKYAYLA, K. Emre, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 16. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara,2016, s. 189; ZEVKLİLER, Aydın/ERTAŞ, Şeref/ Havutçu, Ayşe/ AYDOĞDU, Murat/ CUMALIOĞLU, Emre, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler ve Özel Borç İlişkileri Ana İlkeler**, 2. Baskı, Barış Yayınevi, İzmir, 2013, s. 483; ALTAŞ, Hüseyin, **Hasılat ve Şirket Kirası**, (BK m. 270-298) , Yetkin, Ankara, 2009, s. 45.

² Kira sözleşmesinde bahsettiğimiz üzere bize göre kiraya verenin teslim borcu yerine zilyetliğin devri borcu bulunmaktadır. Aynı şekilde ürün kirası sözleşmesinde de, teslim borcu yerine, kiraya verenin kiralananın zilyetliğini devri borcu denmesinin, kira sözleşmesinde ileri sürdüğümüz aynı gerekçelere dayanarak daha isabetli olacağını düşünüyoruz. Bundan dolayı biz, ürün kirası sözleşmesinde de, de teslim borcu yerine “ *zilyetliğin devri borcu*” ifadesini kullanıyoruz.

³ TANDOĞAN, Cilt ½ a.g.e. s. 111; ARKAN SERİM, a.g.e. s. 84.

⁴ ARKAN SERİM, a.g.e. s. 22.

⁵ ARKAN SERİM, a.g.e. s. 22.

kiracı kiralananı kullanma hakkına sahipken, ürün kirasında kiracı kiralananı kullanma ve işletme borcu altındadır⁶. Bu sebeple, eğer kiracının kiralananı işletme borcu varsa, burada ürün kirası sözleşmesi vardır.

Ürün kirası sözleşmeleri ile kira sözleşmelerinin edimleri yönünden ayrımı konusunda, güncel bir konu olan ve uygulama bakımından da önem arz eden bir örnek, Alışveriş Merkezleri'ndeki ("AVM") dükkânlarla ilişkin kira sözleşmelerinin niteliğinin belirlenmesidir. Bu türden kira sözleşmelerinde genelde asgarî bir kira bedeli belirlenmekte, bunun yanında ciro üzerinden de bir belirli bir oran uyarınca bir bedel kararlaştırılarak, bu bedelin asgarî kiradan fazla olması hâlinde, bunun kira bedeli olarak ödenmesi öngörülmektedir. Bu duruma ilişkin olarak doktrinde bir görüş, bu türden sözleşmelerin ürün kirası niteliğinde olduğunu savunmaktadır⁷. Bir diğer görüş ise, sözleşmede ciro üzerinden bir oran ile belirlenecek bedelin, asgarî kira bedelinin üzerinde olması halinde, bu bedelin kira bedeli olarak ödeneceğine ilişkin bir hükmün varlığının, tek başına ürün kirası sözleşmesinin varlığına işaret edemeyeceğini savunmaktadır⁸. Buna gerekçe olarak ise, işletme hakkının devredilmediği ve kiracının işletme borcunun bulunmadığı bir sözleşmenin ürün kirası sözleşmesi olarak nitelenemeyeceği belirtilmektedir⁹. Bu görüş uyarınca AVM'lerde dükkânların belirli gün ve saatlerde açık tutulması zorunluluğu getiren hükümler bile, tek başına işletme yükümü olarak değerlendirilemez¹⁰. Çünkü bu kabil hükümler, AVM'nin canlılığının korunması amacıyla öngörülmektedir¹¹. Bize göre de bu görüş isabetlidir. İşletme yükümlülüğü olmadan, ürün kirası sözleşmesinden söz edilemeyeceği hukuki gerçekliği karşısında, yalnızca sözleşmedeki ciro üzerinden bir oranla belirlenen bedelin, asgarî bedelden yüksek olması sonucu, bu söz konusu bedelin kira bedeli olacağına ilişkin sözleşme hükmü, işletme yükümlülüğünün varlığını ispatlamamaktadır.

Konu bakımından mevcut olan ayrım; ürün kirası sözleşmesinin konusu, kiracının bir mal veya hakkın kullanımıyla birlikte ürünlerinin toplanması iken, kira sözleşmesinin konusu bir malın kullanılmasının kiracıya bırakılma-

⁶ ARKAN SERİM, a.g.e. s. 22.

⁷ ALTAŞ, **Hasılat ve Şirket Kirası** a.g.e. s. 240.

⁸ ARKAN SERİM, a.g.e. s. 24.

⁹ ARKAN SERİM, a.g.e. s. 24.

¹⁰ ARKAN SERİM, a.g.e. s. 24.

¹¹ ARKAN SERİM, a.g.e. s. 24.

sıdır¹². Yani, konu yönünden bu iki sözleşmenin ayrımı, kiralananın işletilip işletilmemesi noktasındadır. Alt kiraya verme yetkisi içeren bir konut kirası sözleşmesinde, sözleşme kira sözleşmesidir. Çünkü alt kiradan elde edilen gelir, alt kiracının kendisi tarafından değil, üçüncü kişi tarafından kullanıldığı için semereye dönüşmeyen, kullanım çıkarı olan bir ivazdır¹³.

Kiralanan eşya yönünden de bir ayırım yapılabilir. Sözleşme konusu kiralananın sadece kullanıma cevaz vermesi halinde kira sözleşmesinden söz edilir¹⁴. Ürün kirası sözleşmesinde ise kiralanan eşyanın kullanımı dışında ürün vermesi şarttır.

II. Ürün Kirası Sözleşmesinin Özellikleri

Ürün kirası sözleşmesi, tipik, rızaî, sürekli edimli ve tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2004 tarihinde verdiği bir kararında, “*ürün kirası sözleşmesinde ürünlerin toplanmasının kiralananın kullanılmasına oranla daha büyük bir önem taşıdığını, ürünlerin toplanması edimi ile kira bedelinin nakit ya da ürünün belli bir oranı olarak da ödenebilmesinin, bu sözleşmeyi kendine özgü bir yapıya kavuşturduğunu*” belirtmektedir¹⁵. Kanaatimizce Yargıtay, bu söz konusu kararında hukuki yönden isabetsiz bir nitelendirme yapmıştır. Belirtmek gerekir ki, ürün kirası sözleşmesinin tipik bir sözleşme olduğu gerçekliği karşısında, Yargıtay, ürün kirası sözleşmesini “*kendine özgüye yapıya kavuşmuş bir sözleşme*” olarak nitelendirmiştir. Bundan dolayı, niteleme de kanaatimizce isabetsizdir.

Yukarıda belirttiğimiz genel nitelikte özelliklerinin dışında ürün kirası sözleşmesinin başkaca birtakım özellikleri de vardır. Ürün kirası sözleşmesinde kiralanan mutlaka ürün veren bir mal veya hak olmalıdır. Bununla birlikte her ürün veren bir mal veya hakkın üçüncü kişilere kullanılması da ürün kirası sözleşmesinin varlığını göstermez¹⁶. Çünkü ürün veren bir mal veya hakkın varlığı hâlinde bile, ürün kirası sözleşmesinin mevcut olduğunun kabulü için, ürünün bir semere niteliğinde olması ve bizzat kiracı tarafından elde

¹² VOIRIN, Pierre (Çev: CANSEL,Erol),”*Hasılat Kirasının Ölçüsü ve Muhtariyetinin Esası Olarak Kabul Edilen Bir İşletmeden İstifade*”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 11, Sayı: 3, 1954, s. 233; ARKAN SERİM, a.g.e. s. 23.

¹³ ARKAN SERİM,,a.g.e. s. 24.

¹⁴ ARKAN SERİM, a.g.e. s. 23.

¹⁵ YHGK. 14.04.2004 T. 2004/11-222 E. 2004/222 K., ÖZTÜRK, Gülay, **Teoride ve Uygulamada Hasılat Kirası**, Seçkin, Ankara, 2010, s. 49.

¹⁶ CANSEL, a.g.e. s. 4.

edilmesi gerekir¹⁷. Ürünün semere niteliğinde olabilmesi de, ürünün, “*aslin cevherini tüketmeden, yok etmeden elde edilebilmesine*” bağlıdır¹⁸. O hâlde, her semere bir ürün olmakla birlikte, her ürün bir semere değildir. Her ne kadar ürün ve semere kavramları çoğunlukla alışlageldiği üzere birbirinin eş anlamlısı olarak kullanılsa da, ürünün semere niteliğinde olması için, ürün elde edilirken aslının cevherinin, özelliğinin yok olmaması gerekir.

Semere¹⁹, bilindiği üzere ikiye ayrılır. TMK m. 685/II hükmü de ayrımı bu şekilde hükme almıştır. O hâlde hem doğal semere hem de hukukî semere getiren eşya ürün kirası sözleşmesinin konusu olabilecektir²⁰. Bundan dolayı, işletmelerin işletilmesi sonucu elde edilen kâr da hukukî semere olarak nitelendirilmektedir²¹.

Haklar da TBK m. 357 uyarınca ürün kirası sözleşmesinin konusunu oluşturabilir. Ancak bu hakların da tıpkı eşya gibi ürün vermesi gerekir. Ürün kirası sözleşmesinde kiralandan hak olduğunda, bu hak işletilmek üzere kiracıya terk edilir²². Ürün kirasına konu olabilecek haklara örnek olarak; deniz, göl ve kara hayvanlarının avlanmasına yönelik haklar için yapılan ürün kirası sözleşmeleri verilebilir²³.

Haklar konusunda özel bir duruma da kısaca değinmek gerekir. Fikrî ve sınaî hakların ürün kirasına konu olup olmayacağı hususu tartışılması lazım gelen bir konudur. Fikri ve sınaî hakların düzenlendiği özel kanunî düzenlemelerde, bu hakların kullanımıyla ilgili olan lisans sözleşmelerine ilişkin hükümler yer almaktadır²⁴. Doktrinde, *ARKAN SERİM*'e göre, fikrî ve sınaî hakların kullanımına ilişkin bu özel hükümlerin varlığından dolayı, fikrî ve

¹⁷ CANSEL, a.g.e. s. 4.

¹⁸ OĞUZDOĞLU, Hüseyin Cahit, **Aynı Haklar (Teksir)**, Ankara, 1951, s. 12.

¹⁹ HATEMİ, Hüseyin/SEROZAN, Rona, ARPACI, Abdülkadir, **Eşya Hukuku**, Filiz, İstanbul, 1991, s.85: “Doğal semere, asıl eşyanın organik yapısı sonucu olarak belirli aralıklarla tekrarlanan ve ayrıldıkları zaman asıl eşyanın özüne zarar vermeyen şeylerdir. Hukukî semere ise, sermayenin bir sözleşme sonucu belirli aralıklarla getirdiği parasal gelirdir.”

²⁰ ARKAN SERİM, a.g.e. s. 3.

²¹ TANDOĞAN, a.g.e. Cilt ½, s. 3-4; CANSEL, a.g.e. s. 7; YAVUZ, a.g.e. s. 699; ALTAŞ, Hasılat ve Şirket Kirası, a.g.e., s. 77, 78; ARKAN SERİM, a.g.e., s. 3.

²² CANSEL, a.g.e. s. 25.

²³ TANDOĞAN, Cilt ½, a.g.e. s. 5-6; CANSEL, a.g.e. s. 25-31; YAVUZ, a.g.e. s. 700; ÖZTÜRK, a.g.e. s. 152.

²⁴ TEKİNALP, Ünal, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, Vedat Kitapçılık, 5. Bası, İstanbul, 2012, s. 215 vd.

sınaî haklar, genel hüküm olan ürün kirası sözleşmelerine direkt olarak konu olamazlar²⁵. Aksi görüşteki *ARPACI*'ya göre ise, bu türden haklar, direkt olarak ürün kirası hükümlerine tâbi olurlar²⁶. Bizim konu hakkındaki kanaatimiz ise, şu şekildedir:

Burada özel hüküm niteliğindeki lisans sözleşmelerine ilişkin hükümler uygulanmalıdır. Çünkü özel hükmün varlığı hâlinde, genel hüküm değil özel hükmün uygulanması gerekir. Fikrî ve sınaî haklara ilişkin özel hükümler bulunduğuna göre, genel hüküm olan ürün kirası sözleşmelerine direkt olarak konu olamamaları, lisans sözleşmelerine konu olmaları gerekir. Ancak, lisans sözleşmelerine ilişkin özel hükümlerde somut olaydaki konuya ilişkin hüküm olmaması hâlinde, genel hüküm olan ürün kirası sözleşmesine ilişkin hükümler kıyasen uygulanabilir.

III. Ürün Kirası Sözleşmesinde Tarafların Edimlerinin Kusursuz İmkânsızlığı

A. Genel Olarak

Ürün kirası sözleşmesinde de hasar sorununu inceleyebilmek için önce tarafların asli edimlerinin incelenmesi gerekmektedir. Tarafların asli edimleri incelendikten sonra bu edimlerin kusursuz imkânsızlığı söz konusu olduğunda, hasar sorunu kendisini gösterecektir.

Ürün kirası sözleşmesi de tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden olduğundan, kusursuz imkânsızlığın söz konusu olması hâlinde, edim hasarı ve buna bağlı olarak da karşı edim hasarı ortaya çıkacaktır. Bundan dolayı, tıpkı kira sözleşmesinde olduğu gibi, ürün kirası sözleşmesinin de sinallagmatik karakteri, sözleşmenin tarafları yönünden, hasar sorununun karşılıklı bir risk, bir tehlike teşkil ettiği gerçeğini böylece gözler önüne serer.

Bu karşılıklı riskin sonucunda da, ürün kirası sözleşmesinde kusursuz imkânsızlık sonucu ortaya çıkan hasar olgusu, sözleşmenin taraflarından birisine ait olarak onun malvarlığına olumsuz bir etkide bulunur. Aşağıdaki başlıklarda ürün kirası sözleşmelerinde kiraya verenin ve kiracının asli edimleri, hasar konusu yönünden incelenecektir.

²⁵ ARKAN SERİM, a.g.e. s. 7.

²⁶ HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, *Borçlar Özel*, a.g.e. s. 257.

B. Kiraya Verenin Edimi (Karakteristik Edim)

Türk Borçlar Kanunu m. 360 uyarınca kiraya verenin edimi, birlikte kiralanan taşınır şeyler varsa bunlarla birlikte kiralananın zilyetliğini sözleşmenin amacına uygun biçimde kullanılmaya ve işletilmeye elverişli bir durumda kiracıya devretmek ve sözleşme süresince bu durumda bulundurmaktır. Burada da tıpkı kira sözleşmesinde olduğu gibi, bu durumu sözleşme süresince devam ettirme borcu da söz konusudur.

Kullanılmaya ve işletilmeye elverişli şekilde zilyetliğin devri borcu, kiracının kiralanda işletme faaliyetini gerçekleştirmesini sağlayacak tüm malzeme, araç-gereç, ruhsat ve imtiyazların da teslim edilmesini kapsamaktadır²⁷.

Ticarî işletmeler yönünden işletmeye bağlı unsurların da kullanıma sunulmasının gerekip gerekmediği doğru tespit edilmelidir. TTK m. 11/II, bazı malvarlığı unsurlarını sınırlı sayı niteliği olmadan saymış ve bunlar arasında; tesisat, kiracılık hakkı, ticaret unvanı ve diğer fikrî mülkiyet haklarını da zikretmiştir. Başka bir deyişle, maddede sayılan ve sayılmamış olsa da, sürekli olarak işletmeye özgülünen malvarlığı unsurları işletmeye dâhil kabul edilmiştir. TTK m. 11/II uyarınca sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça ticari işletme devredilirken ya da başkaca hukukî işlemlere konu olurken, kendisini oluşturan maddi ve gayri maddi malvarlığı unsurlarının unsurları tek tek tasarruf işlemlerine konu olmaksızın bir bütün hâlinde devredildiği veya başkaca hukukî işlemlere konu edildiği varsayılır. Bundan dolayı, bir ticarî işletme kiraya verilirken, aksi bir hüküm sözleşmede yer almadıkça işletmeye bağlı tüm unsurların kiracının kullanımına ve işletmesine sunulması gerekmektedir²⁸.

Bu borcun kapsamı, aynı zamanda sözleşmenin kira ya da ürün kirası sözleşmesi olup olmadığını ayırmada da belirleyicidir. Eğer kiraya verenin borcu kiralananın zilyetliğini sözleşmedeki amaca uygun şekilde devretme ve bu durumu sözleşme süresince devam ettirme ise kira sözleşmesi, kiraya verenin borcu kiralananın zilyetliğini sözleşmedeki amaca ve de işletilmeye uygun şekilde devretme ve bu durumu sözleşme süresince devam ettirme ise ürün kirası sözleşmesinin varlığından söz edilecektir²⁹.

²⁷ CANSER, a.g.e. s. 57; TANDOĞAN, Cilt ½ a.g.e. s. 110; ALTAŞ, **Hasılat ve Şirket Kirası a.g.e.** s. 99,100; ARPACI, a.g.e. s. 167, 168; ÖZTÜRK, a.g.e. s. 170.

²⁸ ARKAN SERİM, a.g.e. s. 39.

²⁹ ALTAŞ, **Hasılat ve Şirket Kirası a.g.e.** s. 99; ARKAN SERİM, a.g.e. s. 36.

^{Y. 13. H.D. 23.05.1988 T. 1533 E. 2783 K.} “Çırçır ve prese fabrikasının işletme ruhsatı olmadan demirbaşları ile kiraya verilmesi hasılat kirası değil, adi kiradır”, ÖZTÜRK, a.g.e. s. 81, dn. 63.

Zilyetliğin devri borcunun ifa zamanı konusunda, tıpkı kirada olduğu gibi ürün kirasında da özel bir düzenleme mevcut değildir. Bu konuda sözleşmede bir hüküm varsa o uygulanır. Eğer sözleşmede bu konuda bir hüküm yoksa TBK m. 90 genel düzenlemesi uyarınca zilyetliğin devri borcunun yerine getirilmesi gerekir.

Zilyetliğin devri borcunun zamanında yerine getirilmemesi durumunda, mevcut şartlara göre imkânsızlık veya borçlu temerrüdü hükümleri uygulanacaktır³⁰.

Kiraya verenin kullanılmaya ve işletilmeye elverişli şekilde zilyetliğin devri dışındaki bir başka borcu da, kiralananı sözleşme süresince kullanıma ve işletilmeye elverişli şekilde bulundurma borcudur. Yani kiraya veren kullanılmaya ve işletilmeye elverişli şekilde zilyetliğin devri borcunu sözleşme süresince sağlamakla da yükümlüdür. Bu da ürün kirası sözleşmesinin sürekli edimli bir sözleşme olmasından kaynaklanır.

A. Kiracının Karşı Edimi

Ürün kirası sözleşmesinde kiracının birden fazla karşı edimi bulunmaktadır. Bunlar kiralananın zilyetliğini sözleşmede amaçlanan kullanıma ve işletmeye elverişli şekilde devralma³¹, kiralananı işletme ve kira bedelini ödemedir. Satış sözleşmesinde olduğu gibi burada da zilyetliği devralma borç kılınmıştır. Tam iki tarafa borç yükleyen tipik sözleşmelerde kural olarak para olan karşı edim³², ürün kirası sözleşmesinde kira bedelinin dışında, zilyetliği devralma ve işletme karşı edimleri olarak da vücut bulmuştur.

Her ne kadar kiracının zilyetliği devralma borcu Türk Borçlar Kanunu'nun ürün kirasını düzenleyen hükümlerinde kiracının borçları arasında sayılmamış olsa bile, kira sözleşmesinden farklı olarak kiracının ürün kirasında işletme borcu olduğu için, kiralananın zilyetliğini devralma borcunun da bulunduğu kabul edilmelidir³³. Yani, ürün kirasında kiracı işletme borcunu ifa edebilmek için, aynı zamanda kiralananın zilyetliğini devralmalıdır. Bundan dolayıdır ki,

³⁰ TANDOĞAN, a.g.e. s. 110; ARKAN SERİM, a.g.e. s. 38.

³¹ Tıpkı kira sözleşmesinde olduğu gibi ürün kirası yönünden de bu borç kanunda teslim borcu olarak anılsa da, biz, zilyetliğin teslimsiz devir şekillerini de kabul ederek söz konusu borç için teslim yerine zilyetliğin devri borcu ifadesini kullanıyoruz.

³² HATEMİ, Hüseyin, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1999, s. 13; HATEMİ, Hüseyin **Borçlar Hukuku Özel Bölüm (İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ders Notları)** İstanbul, 2013, s. 6.

³³ TANDOĞAN, Cilt ½ a.g.e. s. 111; ARKAN SERİM, a.g.e. s. 84.

kiraya verenin zilyetliği devir edimine karşılık, kiracının zilyetliği devralma karşı edimi bulunmaktadır.

İşletme borcu ise, kiracının karşı edimi olarak TBK m. 364'te zikredilmiştir. Buna göre kiracı sözleşmedeki amaca uygun olarak kiralananı işletmekle ve özellikle ürün vermeye elverişli bir durumda bulundurmakla yükümlüdür. Kiracının işletme karşı edimi de, yine kiraya verenin zilyetliği devretme ediminin karşılığını oluşturur.

Doktrinde bir görüş işletme borcunun mutlak nitelikte olmadığını, ancak kiraya verenin zarara uğrama ihtimali bulunduğu durumlarda işletme borcunun mevcut sayılması gerektiğini savunmaktadır³⁴. Ancak bu görüşe karşı *ARKAN SERİM*; TBK m. 364'ün açık ifadesi gereği kiracının işletme borcunun mutlak bir borç olduğunun kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir³⁵. Bu bakımdan *ARKAN SERİM*'e göre kiracının işletme borcunun mutlak nitelikte olmadığını savunan görüşün dayanağı olarak ileri sürülen kiraya verenin zarara uğramaması halinde tazminat talep edemeyeceği yönündeki sav da, kiracının işletme borcunun olmamasından dolayı değil, sorumluluk hukukunun temel prensiplerinden zarar yoksa tazminatın da olmayacağı gerekçesiyledir³⁶. Kiracının işletme borcu bakımından, biz de *ARKAN SERİM*'in bu görüşüne iştirak ediyoruz. Çünkü TBK m. 364, çok açık olarak kiracının işletme borcu olduğunu düzenlemiştir. Hatta kiracının işletme borcunun ürün kirası sözleşmesini kira sözleşmesinden ayıran en önemli unsur olduğunu söylemek yanlış olmaz. Bundan dolayı bize göre kiracının işletme borcunun mutlak olup olmadığını tartışmaya gerek dahi yoktur. Ayrıca kanaatimizce duruma bir de başka açıdan; edimler arası karşılıklılık (sinallagma) yönünden bakabiliriz. Kiraya veren kullanma ve işletmeye elverişli şekilde zilyetliği devretme edimini yüklediğine göre, kiracı da işletme karşı edimini mutlak olarak yüklenmiştir.

Zilyetliği devralma ile işletme karşı edimleri, tam iki tarafa borç yükleyen tipik sözleşmelerde kural olarak bir miktar para şeklinde belirlenen karşı edimin istisnalarındandır³⁷. Gerçi aşağıda inceleyeceğimiz üzere ürün kirasın-

³⁴ TUNÇOMAĞ, Kenan, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Cilt II, Sermet Matbaası, İstanbul, 1977, s. 740, 741; HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, a.g.e. s. 265; ARPACI, a.g.e. s. 175; ŞAHİN, Ayşe, "Hasılat Kirası Sözleşmesinin Ayırt Edici Unsurları ve Tâbi Olduğu Yasa Hükümleri" **Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan**, Vedat, Cilt: 2, İstanbul, 2009, 1425, 1426.

³⁵ *ARKAN SERİM*, a.g.e. s. 86.

³⁶ *ARKAN SERİM*, a.g.e. s. 86.

³⁷ Bir diğer istisna ise, mal değişim sözleşmesindedir. Ancak mal değişim sözleşmesinde ürün

da kiracının bir karşı edimi de kira bedeli olan bir miktar paradır ancak, bunun yanında para dışında zilyetliği devralma ve işletme olarak iki karşı edim daha mevcuttur.

Kiracının bir karşı edimi de kira bedelidir. Ürün kirası sözleşmesi yönünden kira bedeli, kiracının sözleşmeye konu kiralananı kullanması ve işletmesi karşısında kiraya verene ödediği karşılıktır³⁸.

Kira bedelinin kapsamının ne olduğu konusunda ise, durumun kira sözleşmesi ile aynı olduğu kanaatindeyiz. Buna göre, kira bedeli, kural olarak yalnızca bir miktar para olabilir³⁹. Para dışında ise ancak piyasada değer kaydı bulunan (altın gibi) şeyler kira bedeli olarak belirlenebilir⁴⁰. Para ve piyasada değer kaydı bulunan şeyler dışında örneğin bir iş görme edimi ya da bir eşyanın devri kira bedeli olarak belirlenirse, burada da ortada bir karma sözleşmenin olduğunun kabul edilmesi gerekir⁴¹. Ayrıca kira bedelinin belirlenmesine ilişkin TBK m. 344 hükmü de kira bedelinin yalnızca para ya da piyasada değer kaydı olan şeyler olarak belirlenmesi üzerine öngörülmüş bir hükümdür. Dolayısıyla bu sebepten dolayı da kira bedeli para ya da piyasada değer kaydı olan bir şeyden başkaca bir edim olarak belirlenemez⁴².

IV. Ürün Kirası Sözleşmesinde Hasar Sorunu

İncelememizde yeri geldikçe belirttiğimiz üzere, hasar sorunu, ancak kusursuz imkânsızlık halinde söz konusu olur. Kusursuz imkânsızlık meydana geldiğinde, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde TBK m. 136/II uyarınca borçlu borcundan kurtulur.

kirasından farklı olarak para karşı edimi hiç mevcut değildir.

³⁸ CANSER, a.g.e. s. 106; ARKAN SERİM, a.g.e. s. 91.

³⁹ ; AYDOĞDU, Murat/ KAHVECİ, Nalan, **Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri**, 2. Baskı, İleri Yayınları, İzmir, 2014, s. 455. EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 3. Baskı, Yetkin, Ankara, 2016, s. 454, Eren ise, “*kira sözleşmelerinde kira bedelinin yalnızca para olarak belirlenebileceğini*” belirtirken “*ürün kirası sözleşmelerinde ise, kira bedelinin para yerine mal da olabileceğini*” belirtmektedir.

Kanaatimizce nasıl kira sözleşmeleri için kira bedeli mal olarak belirlendiğinde bir atipik sözleşmeden bahsediyorsak (ki yazarın kendisi de konuya böyle yaklaşmaktadır) ürün kirası için de aynı düşüncenin, yaklaşımın olması gerekir. Oysa ürün kirası sözleşmelerinde kira bedeli yönünden yazarın görüşü, kira sözleşmeleri yönünden kira bedeline ilişkin görüşüyle tam zıtlık içermektedir.

⁴⁰ DOĞAN, Murat, **Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi**, Adalet Yayınları, Ankara, 2011, s. 9.

⁴¹ DOĞAN, a.g.e. s. 9.

⁴² Kira bedelinin kapsamı konusunda daha geniş açıklamalar için bkz. CİHAN, A. Hulki, “**Kullandırma Sözleşmelerinde Hasar**” Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015, s. 97.

Ürün kirası sözleşmesi de tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden olduğundan karakteristik edim kiraya verenin kusuru olmadan imkânsızlaşırsa, karakteristik edimi ifa borcu sona erer. Karşı edim yönünden de, karakteristik edimi ifa borcu ortadan kalktığı için karşı edimi ifa borcu da ortadan kalkar. Daha önce ifa edilmiş ise de, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iadesi istenir. Bu durumda kiracı edim hasarına kiraya veren de karşı edim hasarına katlanmak durumunda kalır. Ancak TBK m. 136/II son cümle, borcun ifasından önce hasarın alacaklıya kanun ya da sözleşme hükmüyle geçtiği durumları saklı tutmuştur. Ürün kirası sözleşmesinde üç karşı edim bulunduğu göre, TBK m. 136/II'den doğan bu sonuçları üç karşı edim yönünden ayrı ayrı inceleyeceğiz.

Kira bedeli yönünden; TBK m. 136/II uyarınca kiracının karşı edim olan kira bedeli ödeme borcu ortadan kalkar. Edim hasarına kiracı, karşı edim hasarına da kiraya veren katlanır. Yani, kiracı kiralananı kullanamaz, kiraya veren de kira bedelinden mahrum kalır. Ancak TBK m. 136/II son cümledeki istisna durumu mevcutsa, yani örneğin sözleşmeyle borcun ifasından önce hasar alacaklıya (karakteristik edim alacaklısına yani; kiracıya) yüklenmişse, o halde kiracı karakteristik edim ortadan kalkmasına rağmen karşı edim olan kira bedelini ifa etmek durumundadır. Yani sonuç olarak; hasar kiracıya (alacaklıya; karakteristik edim alacaklısına) aittir.

Diğer karşı edimler olan zilyetliği devralma ve işletme borcu bakımından ise şunları söyleyebiliriz:

Karakteristik edim olan *“sözleşmedeki amaca uygun kullanılma ve işletilmek üzere kiralananın zilyetliğinin devri borcunun ifası”* imkânsızlaştıysa, karşı edim olan kiralananın zilyetliğini devralma borcu hiç doğmaz. Çünkü zilyetliği devretme borcu ortadan kalktığına göre, zilyetliği devralma borcunun doğması mümkün değildir. O halde zilyetliği devralma borcu yönünden karşı edim hasarı hiç meydana gelmez⁴³.

Karakteristik ediminin ifasının imkânsızlaşmasının kiracının işletme karşı edimi üzerinde de etkisi aynı şekildedir. Zilyetliğin devri edimi imkânsızlık nedeniyle ortadan kalktığına göre, zilyetliğinin devredilmesi artık söz konusu olmayan kiralananın işletilmesi karşı edimi de ortadan kalkmıştır. O halde işletme borcu yönünden karşı edim hasarı hiç meydana gelmez⁴⁴.

⁴³ CİHAN, a.g.e. s. 114.

⁴⁴ CİHAN, a.g.e. s. 114.

O halde ürün kirası sözleşmesi yönünden hasar sorunu için şu genel sonuca varabiliriz:

Zilyetliği devralma ve işletme karşı edimlerinin, TBK m. 136/II son cümle uyarınca borcun ifasından önce kanun ya da sözleşmeyle alacaklıya (karakteristik edim alacaklısına; kiracıya) yüklenmesi mümkün değildir⁴⁵. Çünkü bu karşı edimler kiralanan fizikî yönden bağımlı durumdadırlar. Söz konusu fizikî bağımlılık, karakteristik edimin imkânsızlık sebebiyle ortadan kalkması hâlinde, bu karşı edimlerin hiç doğmamalarına sebep olur. Doğmayan karşı edimin hasarı da söz konusu olamaz. Başka bir deyişle; bu durumda TBK m. 136/II son cümle uyarınca kanun hükmü ya da taraflarca karşı edim hasarının ifadan önce alacaklıya (karakteristik edim alacaklısına; kiracıya) yüklenmesi mümkün değildir. Çünkü meydana gelmeyen hasarın yüklenmesi söz olamaz⁴⁶. O halde, edim hasarı karakteristik edim alacaklısı olan kiracıdadır. Karşı edim hasarı ise hiç doğmamıştır.

Kira bedeli karşı edimi yönünden ise, karakteristik edimi ifa borcu imkânsızlık nedeniyle ortadan kalktığına, kira bedelini ifa karşı edimi de TBK m. 136/II uyarınca ortadan kalkar. Yani edim hasarı, karakteristik edim alacaklısı kiracıya, karşı edim hasarı da karşı edim alacaklısı kiraya verene ait olur. Ancak TBK m 136/II son cümle uyarınca karşı edim hasarı kiracıya yüklenebilir. Böyle bir durumda zaten edim hasarına katlanmak durumunda kalan kiracı, bununla birlikte karşı edim hasarına da katlanır.⁴⁷ Yani, hasar kiracıya ait olur.

SONUÇ:

İşletme yükümlülüğü olmadan, ürün kirası sözleşmesinden söz edilemeyeceği hukuki gerçekliği karşısında, yalnızca sözleşmedeki ciro üzerinden bir oranla belirlenen bedelin, asgari bedelden yüksek olması sonucu, bu söz konusu bedelin kira bedeli olacağına ilişkin sözleşme hükmü, işletme yükümlülüğünün varlığını ispattan yoksundur.

Yargıtay'ın ürün kirası sözleşmesini “*kendine özgüye yapıya kavuşmuş bir sözleşme*” olarak nitelendirmesi isabetsizdir.

Her semere bir ürün olmakla birlikte, her ürün bir semere değildir. Her ne kadar ürün ve semere kavramları çoğunlukla alışlageldiği üzere birbirinin

⁴⁵ CİHAN, a.g.e. s. 114.

⁴⁶ CİHAN, a.g.e. s. 114.

⁴⁷ CİHAN, a.g.e. s. 114.

eş anlamlısı olarak kullanılsa da, ürünün semere niteliğinde olması için, ürün elde edilirken aslının cevherinin, özelliğinin yok olmaması gerekir.

Zilyetliği devralma ile işletme karşı edimleri, tam iki tarafa borç yükleyen tipik sözleşmelerde kural olarak bir miktar para şeklinde belirlenen karşı edimin istisnalarındandır. Buna göre, kira bedeli, kural olarak yalnızca bir miktar para olabilir, aksi halde atipik karma bir sözleşmenin varlığından söz etmek gerekir. O halde zilyetliği devralma borcu yönünden karşı edim hasarı hiç meydana gelmez.

Zilyetliği devralma ve işletme karşı edimlerinin, TBK m. 136/II son cümle uyarınca borcun ifasından önce kanun ya da sözleşmeyle alacaklıya (karakteristik edim alacaklısına; kiracıya) yüklenmesi söz konusu olamayacaktır.

KAYNAKÇA

- ALTAŞ, Hüseyin, **Hasılat ve Şirket Kirası, (BK m. 270-298)**, Yetkin, Ankara, 2009.
- ARPACI, Abdülkadir, **Kira Hukuku ve Uygulaması**, Temel Yayınları, İstanbul, 2002.
- ARKAN SERİM, Azra, **Hasılat Kirasında Tarafların Hak ve Borçları, Beşir, İstanbul, 2010.**
- AYDOĞDU, Murat/KAHVECİ, Nalan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 2. Baskı, İleri, İzmir, 2014.
- CANSEL, Erol, **İsviçre Hukuku, Fransız Hukuku ve Alman Medeni Kanunu ile Mukayeseli Olarak Türk Hukukunda Türk Hukukunda Hasılat Kirası**, Ankara, 1953.
- CİHAN, A. Hulki, **Kullandırma Sözleşmelerinde Hasar**, Vedat, İstanbul, 2015.
- DOĞAN, Murat, **Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi**, Adalet, Ankara, 2011.
- EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 3. Baskı, Yetkin, Ankara,

2016.

HATEMİ, Hüseyin/SEROZAN, Rona/ARPACI, Abdülkadir, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, Filiz Yayınevi, İstanbul, 1992.

HATEMİ, Hüseyin/SEROZAN, Rona/ARPACI, Abdülkadir, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, Filiz Yayınevi, İstanbul, 1992.

HATEMİ, Hüseyin, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, Filiz, İstanbul, 1999.

HATEMİ, Hüseyin, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm** (İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ders Notları) İstanbul, 2013.

HATEMİ, Hüseyin/SEROZAN, Rona, ARPACI, Abdülkadir, **Eşya Hukuku**, Filiz, İstanbul, 1991.

OĞUZOĞLU, Hüseyin Cahit, **Ayni Haklar**, (Teksir) Ankara, 1951.

ÖZTÜRK, Gülay, **Teoride ve Uygulamada Hasılat Kirası**, Seçkin, Ankara, 2010.

ŞAHİN, Ayşe, “Hasılat Kirası Sözleşmesinin Ayırt Edici Unsurları ve Tabî Olduğu Yasa Hükümleri”, **Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ’YE Armağan**, Cilt II, Vedat, İstanbul, 2009.

TANDOĞAN, Haluk, **Özel Borç İlişkileri**, Cilt ½, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.

TEKİNALP, Ünal, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, 5. Baskı, Vedat, İstanbul, 2012.

TUNÇOMAĞ, Kenan, **Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Cilt II, Sermet Matbaası, İstanbul, 1977

VOIRIN, Pierre, “Hasılat Kirasının Ölçüsü ve Muhtariyetinin Esası Olarak Kabul Edilen Bir İşletmeden İstifade” **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 11, Sayı: 3, 1954.

YAVUZ, Cevdet, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 14. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016.

ZEVKLİLER, Aydın/GÖKYAYLA, K. Emre, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 16. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016.

ZEVKLİLER, Aydın/ERTAŞ, Şeref/HAVUTÇU, Ayşe/AYDOĞDU, Murat/CUMALIOĞLU, Emre, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler ve Özel Borç İlişkileri Ana İlkeler**, 2. Baskı, Barış Yayınevi, İzmir, 2013.

MEDENÎ KANUN DIŞINDAKİ KANUNLARDA DÜZENLENMİŞ TAŞINIR REHNİ ÇEŞİTLERİ*

Alper UYUMAZ**

ÖZET

Rehin, alacaklıya alacağı için teminat sağlayan aynı bir haktır. Bu hak, alacağın vadesinde ödememesi durumunda alacaklının rehin konusu şeyi sattırarak elde edilen bedelden alacağını öncelikle elde etmesini sağlar. Rehin hakkının konusu, kural olarak eşyadır. İstisnaen alacak ve haklar üzerinde de rehin hakkı kurulması mümkün kılınmıştır. Taşınmaz rehni, Türk Medenî Kanununda ayrı başlık altında düzenlenmiş-se de taşınır rehni için böyle genel bir düzenleme yoktur. Ancak Türk Hukukunda yer alan taşınır rehni çeşitleri Medenî Kanunda düzenlenenler ile sınırlı değildir. Medenî Kanun dışındaki Kanunlarla düzenlenmiş taşınır rehni çeşitleri de söz konusudur. Bunlar; Ticarî İşlemlerde Taşınır Rehni, Gemi Rehni, Deniz Ödücü, Hava Aracı Rehni, Maden İşletme Haklarının ve Maden Cevherinin Rehni, Umuma Açık Yerlerin İşletilmesinden Doğan Kamu Alacakları İçin Bu Yerlerdeki Eşyalar Üzerinde Rehin, Tarım Kredi Kooperatiflerinin Ortaklarına Verdiği Kredilerden Doğan Alacakları İçin Rehin Hakkı, şeklinde sıralanabilir. Bu çalışmada, anılan rehin hakları, Türk Medenî Kanunundaki rehne ilişkin düzenlemelerden ayrılan yönleri ile incelenmiştir. Özellikle, yapılan son kanun değişikliği ile önemli değişiklikler getiren Ticarî İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu detaylı şekilde incelenmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Rehin, Aynı Teminat, Taşınır Rehni, Teslimsiz ve Sicilli Taşınır Rehni, Taşınır İpoteği

CHATTEL PLEDGES IN OTHER CODES APART FROM TURKISH CIVIL CODE

ABSTRACT

Pledge, is a right in rem which provides security to the creditor. This right authorizes the creditor to be sold an auction of the subject of a pledge in the event of non-payment and to have his or her debt privileged. The subject of a pledge is generally a property. Exceptionally, the subject of a pledge can be rights or claims. Even if the immovable pledge was regulated in Turkish Civil Code under a separate section, the movable pledge was not regulated in this way. By the way, the chattel pledges which are

* Bu makale, yazarın *Motorlu Taşıt Rehni* isimli doktora tezinden yararlanılarak hazırlanmıştır.

** Yrd. Doç. Dr., S.Ü. Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, alperuyumaz@selcuk.edu.tr

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih

: 05/05/2017

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 20/12/2017

regulated in Turkish Civil Code are not the half of it. There are further chattel pledges which are regulated in other codes. These chattel pledges are, The Chattel Pledge at Commercial Transactions, Mortgage of Ship, Marine Loan, Mortgage of Aircraft, The Pledge of the Royalty of Mining Rights and Mineral Ore, Pledges over Things in Public Places Arising from Running These Places, Pledges Arising from Credits Which Are Provided for Partners of Agriculture Credit Cooperatives. In this study, these pledges were examined for their differences from pledges which are regulated in Turkish Civil Code. Especially, the chattel pledge at commercial transactions which was regulated with a new law amendment was examined with its details.

Keywords: Pledge, Real Collateral, Chattel Pledge, Registered Chattel Pledge without Delivery, Chattel Mortgage

GİRİŞ

Roma hukukunda belirgin bir uygulaması olan ve günümüz hukuk sistemlerine kadar kişisel bir teminat çeşidi olarak gelen kefalet, borçlunun, borcunu ödememesi durumunda söz konusu olur. Kefalette kefil, borçtan kişisel olarak sorumlu olacağını alacaklıya karşı yüklenmektedir. Bu dönemde, kişi üzerinde icranın mümkün olması yanında söze verilen kıymet, kişisel teminatları, aynî teminatlara göre daha çok itibar edilir hâle getirmiştir. Ancak, günümüzde, değişen değer yargıları, aynî (nesnel) teminatları eskisinden çok daha fazla kullanılır hâle getirmiştir. Bugün, borçlunun veya borçluyu temin eden üçüncü kişinin verdiği söze güvenden çok kişinin para ile ölçülebilir ve objektif olarak belirli bir değere sahip olan malı üzerindeki rehin hakkı alacaklının daha kolay tatmin edilmesini sağlamaktadır. Zira, aynî teminatta, kişisel olarak kefalet senedindeki miktar kadar sorumlu olan kefilin yerini, aynî bir güvence; bu anlamda borç için teminat gösterilen genellikle bir eşya almaktadır. Alacaklıya aynî bir teminat sağlayan rehin hakkı, alacağın vadesinde ödememesi durumunda alacaklının rehin konusu eşyayı sattırarak elde edilen bedelden alacağını öncelikle elde etmesini sağlayan aynî ve mutlak bir haktır.

Rehin hakkının konusu kural olarak eşyadır. Medenî Kanun, istisnâî olarak bir kısım haklar üzerinde de rehin hakkı kurulmasına imkân sağlamışsa da, haklar üzerindeki rehin teknik anlamıyla bir aynî hak olarak kabul

edilmemektedir¹. Medenî Kanun, rehin hakkını düzenlerken taşınmaz rehni (MK.m.850-938) ve taşınır rehni (MK.m.939-972) ayırımını esas almış; haklar üzerindeki rehni (MK.m.954-961) ise taşınır rehni altında bu rehin türünün bir çeşidi gibi düzenlemiştir. Medenî Kanunun genel sistematığı dikkate alındığında, taşınır eşya-taşınmaz eşya ölçütünden hareket edildiği söylenebilir. Taşınır eşya-taşınmaz eşya ayırımını, salt eşyanın taşınabilirliğine bağlamak çok tutarlı olmayacağından, bu ayırımın tespitinde sosyal ve ekonomik ihtiyaçlar da nazara alınmalıdır. Günümüzde, taşınabilirliğe bağlı bulunan taşınır eşya-taşınmaz eşya ayırımının, teknolojik gelişmeler sonucu sayıları gün geçtikçe artan ve yapıları karmaşılaşan eşya kavramı karşısında eski değerini korumadığı vurgulanmalıdır. Üstelik bugün taşınmaz eşyanın ekonomik değerlerinden oldukça fazla ekonomik değere sahip pek çok taşınır eşya bulunmaktadır. Ekonomik değerlilikle birlikte bazı taşınır eşya türlerinin bir takım kamusal sicillere kayıt ediliyor oluşu, Medenî Kanunda taşınmaz eşya için anlamını bulan temel ilke niteliğindeki bazı ilkelerin, sözü geçen taşınır eşya türlerine de uygulanmasını zorunlu kılmaktadır. Bu bakımdan, bu çalışmada, Medenî Kanun dışında diğer Kanunlarla düzenlemiş olan, özellikle bir sicile tescilli mümkün olan taşınır rehni çeşitlerinin, özellikle *Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu*² çerçevesinde yeni getirilen taşınır rehni türlerinin incelenmesi uygun görülmüştür.

II. MEDENÎ KANUNDA DÜZENLENMİŞ TAŞINIR REHNİ ÇEŞİTLERİ

Türk Medenî Kanununun Eşya Hukuku kitabının sınırlı aynî haklar isimli ikinci kısmının üçüncü bölümünün üst başlığı, “*taşınır rehni*” olarak belirlenmiştir. Bu başlıktan sonra, taşınır rehni olarak “*teslime bağlı re-*

¹ **Oftinger**, Karl/ **Bär**, Rolf, Das Sachenrecht, Das Fahrnispfand, Art. 884-918, 3. Auflage, Zürich 1981, Systematischer Teil, N. 22; **Oftinger**, Karl, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV. Band. Das Sachenrecht, Das Fahrnispfand, Art. 884-918, 2. Auflage, Zürich 1952, Systematischer Teil, N. 22. Ayrıca bkz., **Foëx**, Bénédicte, Le Contrat de Gage Mobilier, Francfort 1997, s. 27 vd. **Köprülü**, Bülent/ **Kaneti**, Selim, Sınırlı Aynî Haklar, 2. Bası, İstanbul 1982-1983, s. 441; **Oğuzman**, Kemal M./ **Seliçi**, Özer/ **Oktay-Özdemir**, Saibe, Eşya Hukuku, 16. Bası, İstanbul 2013, s. 987; **Wieland**, Carl, Aynî Haklar (Çev. İsmail Hakkı Karafakı), Kısım II, Ankara 1949, s. 745; **Velidedeoğlu**, Hıfız Veldet, Türk Medenî Hukuku 3. Bası, İstanbul 1963, s. 806; **Saymen**, Ferit Hakkı/ **Elbir**, Halid Kemal, Türk Eşya Hukuku Dersleri, 2. Baskı, İstanbul 1963, s. 690; **Tekinay**, Selahattin Sulhi, Menkul Mülkiyeti ve Sınırlı Aynî Haklar, İstanbul 1994, s.146; **Ayan**, Mehmet, Eşya Hukuku, III, Sınırlı Aynî Haklar, 8. Baskı, Konya 2017, s. 319; **Ertaş**, Şeref, Yeni Türk Medenî Kanunu Hükümlerine Göre Eşya Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2006, s. 559; **Serozan**, Rona, Taşınır Eşya Hukuku, 2. Bası, İstanbul 2007, s. 334, 355.

² RG., 28.10.2016, S. 29871.

hin” (MK.m.939, 941-949), “*hayvan rehni*” (MK.m.940/I), “*bir sicile tes-cili zorunlu olan taşınırlar üzerinde rehin*” (MK.m.940/II), “*hapis hakkı*” (MK.m.950-953), “*alacaklar ve diğer haklar üzerinde rehin*” (MK.m.954-961), “*rehin karşılığı ödünç verme işi ile uğraşanlarla yapılan rehin sözleş-mesi*” (MK.m.962-969) ve “*rehinli tahvil*” (MK.m.970-972) düzenlenmiştir.

Türk hukukunda taşınır rehni çeşitleri, Medenî Kanunda düzenlemiş olan ve yukarıda sayılan taşınır rehni çeşitleri ile sınırlı değildir. Ancak, Medenî Kanun ve diğer kanunlarla düzenleme altına alınan taşınır rehni çeşitleri, kanun koyucu tarafından düzenlenenler ile sınırlıdır ve aynı haklara hâkim olan “*sınırlı sayı ilkesi (numerus clausus)*” gereğince, kanunda öngörölmüş taşınır rehni çeşitleri dışında yeni taşınır rehni türlerinin üretilmesi mümkün değildir³.

Medenî Kanunun 939 ve devamı maddelerinde sayılan taşınır rehni tür-leri, birbirlerinden farklı özelliklere sahiptirler. Bu ayırıma rağmen kanun koyucu, sözü geçen taşınır rehinlerini, taşınmazlardan farklı olarak sırf taşın-mazların kapsamına girmemeleri sebebiyle, taşınmaz rehni dışında bir bütün olarak “*Taşınır Rehni*” ortak başlığı altında düzenlemiştir. Yine, kanun koyu-cu, taşınır rehni başlığı altında, taşınmaz rehninin aksine, “*Genel Hükümler*” bölümüne yer vermemiştir. Bununla birlikte, Medenî Kanunun teslim bağli taşınır rehnine ilişkin hükümleri incelendiğinde, bu hükümlerin bünyesine uy-gun düştüğü ölçüde Medenî Kanunda düzenlensin düzenlemesin diğer taşınır rehni türleri için de uygulanabilir olduğu ifade edilmelidir⁴. Ancak, kanun ko-yucu, teslim bağli rehne ilişkin kuralları, taşınmaz rehninin aksine ayrıntılı düzenlemediği için, çeşitli taşınır rehni türleri için uygulanacak hükümlerin tespitinde boşluklarla karşılaşmaktadır. Bu sorunun giderilmesi için öğreti-

³ **Zobl**, Dieter, Berner Kommentar IV, Das Sachenrecht, Das Fahrnispfand, Systematischer Teil und Art. 884-887 ZGB, Bern 1982, N. 291; **Tuor**, Peter/ **Schnyder**, Bernhard/ **Schmid**, Jörg/ **Rumo-Jungo**, Alexandra, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. Auflage, Zürich-Basel-Genf 2009, s. 1154; **Oftinger/ Bär**, Systematischer Teil, N. 31; **Meier-Hayoz**, Arthur, Berner Kommentar zum Schweizerische Privatrech, IV. Band, Sachenrecht, 5. Auflage, Bern 1981, N. 77; **Köprülü/ Kaneti**, s. 443-444; **Ayan**, s. 262; **Esener**, Turhan/ **Güven**, Kudret, Eşya Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2008, s. 477.

⁴ **Wieland/ Karafaki**, s. 696; **Saymen/ Elbir**, s. 622; **Ayan**, s. 319; **Oğuzman/ Selici/ Oktay-Özdemir**, s. 990; **Köprülü/ Kaneti**, s. 453; **Esener/ Güven**, s. 477; **Serozan**, Taşınır, s. 335; **Ertaş**, s. 541; **Gürsoy**, Kemal T./ **Eren**, Fikret/ **Cansel**, Erol, Türk Eşya Hukuku, 2. Baskı, Ankara 1984, s. 1091-1092; **Cansel**, Erol, Türk Menkul Rehni Hukuku, Teslim Şartlı Menkul Rehni, C. I, Ankara 1967, s. 18; **Feyzioğlu**, Feyzi N. / **Doğanay**, Ümit/ **Aybay**, Aydın, Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul 1968, s. 228; **Davran**, Bülent, Rehin Hukuku Dersleri, İstanbul 1972, s. 77; **Aybay**, Aydın/ Hatemi, Hüseyin, Eşya Hukuku, İstanbul 2009, s. 201-202; **Karahasan**, Mustafa Reşit, Yeni Türk Medenî Kanunu, Eşya Hukuku, C. II, İstanbul 2007, s. 270.

de, taşınmaz rehnini düzenleyen genel nitelikli hükümlerin (MK.m.869, 881/II, 884, 887, 901/II), bünyesine uygun düştüğü ölçüde tüm taşınır rehni çeşitleri için uygulanmasının mümkün olduğu savunulmaktadır⁵.

III. DİĞER KANUNLARDA DÜZENLENMİŞ TAŞINIR REHNİ ÇEŞİTLERİ

Medenî Kanunda yer alan taşınır rehinleri dışında çeşitli kanunlarda düzenleme altına alınmış taşınır rehinleri de bulunmaktadır. Bunların bir kısmı, taşınır rehni için kural olarak benimsenen teslim bağli rehin ilkesine uygun şekilde, bir kısmı ise taşınır ipoteği olarak da adlandırılan teslimsiz ve sicilli taşınır rehni usulüyle taşınmaz rehnine benzer şekilde düzenlenmişlerdir. Bu yüzden, bu rehin türlerinin ayrı ayrı incelenmesi gereklidir. Medenî Kanun dışındaki Kanunlarda düzenlenmiş olan diğer taşınır rehni çeşitleri; *Ticarî İşlemlerde Taşınır Rehni*, *Gemi Rehni*, *Deniz Ödücü*, *Hava Aracı Rehni*, *Maden İşletme Haklarının ve Maden Cevherinin Rehni*, *Umuma Açık Yerlerin İşletilmesinden Doğan Kamu Alacakları İçin Bu Yerlerdeki Eşyalar Üzerinde Rehin*, *Tarım Kredi Kooperatiflerinin Ortaklarına Verdiği Kredilerden Doğan Alacakları İçin Rehin Hakkı* şeklinde sıralanabilir.

A) TİCARÎ İŞLEMLERDE TAŞINIR REHNİ

Taşınırın rehni için Medenî Kanunun temel prensip olarak benimseydiği zilyetliğin devri şartı (MK.m.939), ticarî hayatın gereksinimlerine uygun düşmez. Gerçekten, ticarî işletmesi için kredi kullanan ve karşılığında ticarî işletmesini rehin gösteren tacirin menfaatine olan, borcunu, işletme faaliyetleri aracılığıyla yani işletmeyi çalıştırarak ödemektir. Böylece tacir, işletmesini işletirken elde ettiği gelir ile borcunu ödeyebilecek, alacaklı da rehin teminatı ile korunacaktır. Bu imkânı sadece tacire değil tacir gibi esnaf, çiftçi gibi benzer menfaat gruplarına da tanımak isabetli olacaktır. Zira, esnafın, işletmesini ya da işletmesindeki taşınır değerleri; çiftçinin, hayvanlarını teslimsiz ve sicilli bir rehin türü ile zilyetliği devretmeden bir borcu için teminat gösterebilmesi menfaatine olacaktır. Bu hakkı sunulması bakımından menfaat çevrelerini daha da genişletmek mümkündür⁶.

⁵ Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir, s. 990; Wieland/ Karafakı, s. 696; Gürsoy/ Eren/ Cansel, s. 1092; Cansel, Menkul, s. 18-19; Saymen/ Elbir, s. 621; Köprülü/ Kaneti, s. 453-454; Davran, Rehin, s. 78; Ayan, s.319; Serozan, Taşınır, s. 335; Ertaş, Eşya, s. 541; Karahasan, s. 270; Ergüne, Mehmet Serkan, Hukukumuzda Taşınır Rehninin, Özellikle Teslime Bağli Taşınır Rehninin Kuruluşu, İstanbul 2002, s. 14.

⁶ TİTRK.m.3'e göre, bu şekilde bir rehin sözleşmesi, kredi kuruluşları ile tacir, esnaf, çiftçi, üretici örgütü, serbest meslek erbabı gerçek ve tüzel kişiler arasında veya tacir ve/veya

Teslime bağlı rehin kuralıyla bahsedilen amacın gerçekleştirilebilmesi mümkün olmadığından kanun koyucuyu teslim koşulunun bir diğer istisnası olarak *ticarî işlemlerde taşınır rehnini*⁷ özel olarak düzenlemiştir. Böylece, ticarî işletmenin bir bütün hâlinde rehnedilebilmesi ve Kanunda⁸ sayılan bazı taşınırlar ile değerler üzerinde teslimsiz ve sicilli rehin kurulması imkânı doğmuştur (TİTRK.m.5, 5/II). Rehin hakkının kuruluşuna ilişkin özellikleri esas alındığında bu özgün rehin türünün yeni bir teslimsiz ve sicilli taşınır rehni türü olarak Türk hukukuna kazandırıldığı ifade edilebilmelidir⁹. Buna benzer bir rehin türü bir takım esaslı farklılıklarla ilk olarak *ticarî işletme rehni*¹⁰ adıyla 21.7.1971 tarihli ve 1447 sayılı “*Ticarî İşletme Rehni Kanunu*”¹¹ ile

esnaflar arasında yapılabilir.

⁷ Bu konuda detaylı bilgi için bkz., **Antalya**, Gökhan/ **Acar**, Faruk, Ticarî İşlemlerde Taşınır Rehni, İstanbul 2017.

⁸ Bu kanunla kastedilen, Ticarî İşletmelerde Taşınır Rehni Kanunu’dur.

⁹ Ancak, 6750 sayılı Kanunda düzenleme bulunmayan hâllerde, 4721 sayılı Türk Medenî Kanunun taşınır rehnine ilişkin hükümleri uygulanır (TİTRK.m.18).

¹⁰ Önceki mevzuata göre, ticarî işletme rehni hakkında detaylı bilgi için bkz., **Reisoğlu**, Seza, Ticarî İşletme Rehni ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, Ankara 1977; **Türker**, Erhan, Ticarî İşletme Rehni, Eskişehir 1981; **Kayihan**, Şaban, Ticarî İşletme Rehni, İstanbul 1996; **Erten**, Ali, Bankacılık Uygulamasında Ticarî İşletme Rehni, Ankara 2001; **Güven**, Kudret, Ticarî İşletme Rehni, Ankara 1984; **Uyguner**, Fevzi/ **Nalbantoğlu**, Cahit, Ticarî İşletme Rehni Kanununun Gereçeli-Açıklamalı Şerhi, İstanbul 1972; **Antmen**, Alpay, Ticarî İşletme Rehni, Ankara 2001; **Akyazan**, Sıtkı, Ticarî İşletme Rehni, BATİDER., C. VIII, S. 4, 1976, s. 61-81; **Omağ**, Merih Kemal, Türk Hukukunda Ticarî İşletme Rehni, İİTİAD., S. 1, 1976, s. 187-206; **Ertaş**, Şeref, Ticarî İşletme Rehni, Prof. Dr. İrfan Baştuğ Anısına Armağan, İzmir 2005, s. 39-50; **Erzurumluoğlu**, Erzan, Ticarî İşletme Rehni, ABD., S. 3, 1977, s. 439-448; **Törünler**, Ekrem, Ticarî İşletme Rehninin Özellikleri ve Uygulamada Karşılaşılan Bazı Sorunlar, ABD., S. 4, 1981, s.672-703; **Durmaz**, Enver, Ticarî İşletme Rehni Sözleşmesi, TNBHD., S. 5, 1975, s. 15-18; **Tanju**, Fahrettin, Ticarî İşletme Rehni Sözleşmesi, TNBHD., S. 28, 1980, s. 6-9.

¹¹ RG. 28.7.1971, S. 13909. TİTRK.m.23 gereği, yayımlandığı tarihten altı ay sonra 28.1.1972 tarihinde yürürlüğe giren Ticarî İşletme Rehni Kanunu, 17.3.1909 tarihli Fransız “*Ticarî İşletmenin Satımı ve Rehni Kanunu (Loi Relative À La Vente Et Au Nantissement Des Fonds De Commerce)*” örnek alınarak hazırlanmıştır. Fransız Hukuku açısından ticarî işletme rehni için bkz., **Özsunay**, Ergun, Fransız Hukukunda Kredi Teminatı Olarak Ticarî İşletme Rehni, BATİDER., C. II, S. 4, 1964, s. 567 – 586; **Reisoğlu**, Seza, Menkul İpoteği, Teslimsiz Menkul Rehni, Ankara 1965, s. 40 vd. Ayrıca bkz., **Ille**, Matthias, Die Sicherungsbereignung in Fällen mit Auslandsberührung, <http://home.uni-leipzig.de/bankinstitut/files/dokumente/2000-07-13-01.pdf>. Erişim Tarihi: 25.04.2017, s. 9; **Kurtoğlu**, Serda, Fransız Hukukunda Teçhizat ve Aletler Üzerinde Rehin, İHFM., C. XXX, S. 3-4, 1964, s. 814-826. Ticarî işletme rehnine benzer bir şekilde, kuruluş ve modernizasyon kredisine teminat sağlamak amacıyla aletler ve teçhizat üzerinde teslimsiz bir rehin türü olarak kurulan bu müessese, İsviçre Borçlar Kanununun 1900 tarihli ilk tasarısında öngörülmüştü. 1904 yılında ikinci tasarı çalışmaları sırasında bu müessese, mülkiyeti muhafaza kaydıyla satış lehine tasarıdan çıkarılmıştır. Bkz., **Davran**, Bülent, Teslim Şartlı Menkul Rehni-Sicilli

düzenleme altına alınmıştı. Ayrıca, bu Kanunun 21. maddesi ile öngörülen “*Ticarî İşletme Rehni Sicili Hakkında Tüzük*¹²” ile bu tüzüğün 18. maddesi uyarınca çıkarılan “*Ticarî İşletme Rehni Sicili Tüzüğü’nün Uygulanması Hakkında Yönetmelik*¹³” de konuya ilişkin hükümler içermekteydi. Ancak, kanun koyucu tarafından 20.10.2016 tarihinde kabul edilerek 01.01.2017 tarihinde yürürlüğe giren 6750 Sayılı *Ticarî İşletmelerde Taşınır Rehni Kanunu* ile bu Kanun ve ilgili mevzuat yürürlükten kaldırılmıştır (TİTRK.m.17, 20).

Ticarî İşlemlerde Taşınır Rehni Kanununun birinci maddesine göre, bu kanunun amacı; teslimsiz taşınır rehin hakkının güvence olarak kullanımının yaygınlaştırılması, bu rehne konu taşınırın kapsamının genişletilmesi, taşınır rehninde aleniyetin sağlanması ile rehnin paraya çevrilmesinde alternatif yolların sunulması suretiyle finansmana erişimi kolaylaştırmaktır. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre ise, bu kanun; taşınır varlıkları konu edinen işlemlerde rehin hakkının tesisine, rehin hakkının üçüncü kişilere karşı hüküm ifade etmesine, rehinli taşınır siciline, rehinli alacaklılar arasında öncelik hakkının belirlenmesine, tarafların ve üçüncü kişilerin hak ve yükümlülüklerine, rehin hakkının kullanımı ile rehinli işlemlere ilişkin diğer usul ve esasları kapsar. Kanun, bir borca güvence teşkil etmek üzere kurulan ve konusu bu kanunda sayılan taşınır varlıklar olan rehinli işlemlere uygulanacaktır (TİTRK.m.1/III). Ancak Kanun, sermaye piyasası araçları ile türev araçlara ilişkin finansal sözleşmeleri konu edinen rehin sözleşmeleri ile mevduat rehnine uygulanmaz (TİTRK.m.1/IV). Ayrıca, tapu kütüğüne bir nedenle tescil edilmiş bulunan taşınır bu Kanun kapsamından teslimsiz ve sicilli rehine konu olamazlar (TİTRK.m.1/V).

Belirtmek gerekir ki, 6750 sayılı Kanun hükümleri kapsamında kurulacak olan rehnin konusu, eşya hukuku anlamında söz konusu olan taşınır kavramından daha geniştir. Kanunun ismi, *Ticarî İşlemlerde Taşınır Rehni* ise de Kanunda rehnin kapsamına dâhil sayılan unsurları düzenleyen 5. maddenin başlığı; *taşınır varlıklardır*. Gerçekten, TİTRK.m.5’te sayılan, *alacaklar, fikrî ve sınai mülkiyete konu haklar, her türlü kazançlar ve iratlar* gibi değerler ise hukukî nitelikleri bakımından taşınır eşya olmak bir yana eşya bile sayılmazlar¹⁴. Amacı ticarî işlemlerde kredi sağlamak olsa bile, bir taşınır eşya

Menkul Rehni, Ticaret ve Banka Hukuku Haftası 27 Nisan-3 Mayıs 1959, s. 161-182, s. 163.

¹² RG. 21.8.1972, S. 14283.

¹³ RG. 4.10.1972, S. 14326.

¹⁴ Ayan, s. 295. Ayrıca bkz., Antalya/ Acar, s. 5 vd.

üzerinde kurulan rehin hakkının sınırlı aynî hak niteliğinde olduğu tartışmasızdır. Fakat, daha önce de işaret edildiği üzere¹⁵ haklar üzerinde kurulan rehin hakkının gerçek anlamda bir rehin hakkı olup olmadığı hususu tartışmalıdır. Bu tartışmaya rağmen, 6750 sayılı Kanunda taşınır varlık olarak tanımlanan değerler üzerinde kurulan hakkın sınırlı aynî hak olarak kabul edildiği ifade edilmelidir¹⁶.

Bu teslimsiz ve sicilli taşınır rehninin konusu, taşınır varlıklardır. Üzerinde rehin hakkı kurulabilecek taşınır varlıklar ise, kanunda, *alacaklar, çok yıllık ürün veren ağaçlar, fikrî ve sınai mülkiyete konu haklar, hammadde, hayvan*¹⁷, *her türlü kazanç ve iratlar, başka bir sicile kaydı öngörülmeden ve idarî izin belgesi niteliğinde olmayan her türlü lisans ve ruhsatlar*¹⁸, *kira gelirleri, kiracılık hakkı, makine ve teçhizat, araç, ekipman, alet, iş makinaları, elektronik haberleşme cihazları dâhil her türlü elektronik cihaz gibi menkul işletme tesisatı, Sarf malzemesi, stoklar, tarımsal ürün, ticaret unvanı ve/veya işletme adı, ticarî işletme veya esnaf işletmesi, ticarî plaka ve ticarî hat, ticarî proje, vagon, bu fıkra da sayılanlardan üçüncü kişiler zilyetliğindeki taşınır varlık, hak ve paylı mülkiyet hakları* şeklinde sayılmıştır (TİTRK.m.5/I). Önceki TİTRK.m.3'ün rehin hakkının kapsamını düzenleyen hükmüne¹⁹ göre, Kanunun bu hükmünün oradaki değerleri de kapsayacak şekilde çok daha geniş bir düzenleme yaptığı görülmektedir. Ancak, eski TİTRK.m.3 gibi TİTRK.m.5'de rehin hakkının kapsamı yönünden getirilmiş olan sayımın sınırlayıcı (tahdidî) olduğu savunulabilir²⁰. Ayrıca, bu unsurlardan rehin senedinde yer alacak

¹⁵ Bkz. dn.1.

¹⁶ Kanununun *Tanımlar* başlıklı 2. maddesini (1) bendinde, rehin hakkı, “taşınır varlığın türünden, rehin verenin veya rehinli alacaklının durumundan, rehinle güvence altına alınan borcun niteliğinden veya tarafların onu rehin hakkı olarak adlandırmasından bağımsız olarak bir borcun ödenmesini veya ifa edilmesini güvence altına almak amacıyla alacağın devrinde devralanın alacak hakkı da dâhil olmak üzere, taşınır varlık üzerinde zilyetliğin devrine gerek olmaksızın tesis edilen sınırlı aynî hak...” olarak tanımlanmıştır.

¹⁷ Aslında, Medenî Kanun da, kredi ihtiyacı içerisinde olan hayvan sahibinin, teslim bağli taşınır rehni sebebiyle uğrayacağı zararları engellemek amacıyla, teslim edilmelerine gerek duyulmaksızın hayvan rehni siciline tescil edilmek şartıyla hayvanlar üzerinde rehin hakkı kurulmasını mümkün kılmıştır (MK.m.940/I).

¹⁸ Kendi mevzuatı gereğince bir onaya tâbi olan lisans ve ruhsatların rehni bu onayın alınması hâlinde mümkündür (TİTRK.m.5/VII).

¹⁹ Önceki mevzuata göre, rehnin kapsamında yer alacak ticarî işletmenin değerleri, ticaret unvanı ve işletme adı, rehnin tescili ânında mevcut ve işletmenin faaliyetine tahsis edilmiş olan makina, araç, alet ve motorlu nakil araçları (taşınır işletme tesisatı), ihtira beratları, markalar, modeller, resimler ve lisanslar gibi sınai haklardı (TİTRK.m.3).

²⁰ Önceki Kanundaki sayımın tahdidî olduğu yönünde bkz., **Arkan**, Sabih, Ticarî İşletme

olanların ayırıcı özellikleri ile birlikte yazımı ve rehin sözleşmesinde yer alması bir geçerlilik şartı olarak kabul edilmektedir (TİTRK.m.4/VI, c).

Rehin hakkının kapsamı TİTRK.m.5/VI ve III hükümleri ile daha da genişletilmiştir. Hükümlere göre, rehin hakkı, bu maddenin birinci fıkrasında belirtilen varlıklardan biri veya aynı anda birden fazlası üzerinde kurulabileceği gibi işletmelerin müstakbel taşınır varlıkları üzerinde de kurulabilir. Ancak, rehinli müstakbel taşınır varlık üzerindeki tasarruf yetkisi, bu varlıkların mülkiyete konu edilmesini müteakip kullanılabilir. Hatta Kanun, rehnin, işletmelerin mevcut veya müstakbel taşınır varlıklarının getirileri üzerinde kurulabileceğini de düzenleyerek rehin hakkının, sözleşmenin akdedildiği tarihte rehin verenin mülkiyetinde olmayan taşınır varlıkların getirilerini de rehin konusuna dâhil etmiştir (TİTRK.m.2/I, f)²¹.

Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanununun beşinci maddesinin ikinci fıkrasına göre, ticarî işletme ve esnaf işletmesinin tamamı üzerinde rehin kurulması hâlinde, rehnin kuruluşu ânında işletmenin faaliyetine tahsis edilmiş olan her türlü varlık rehnedilmiş sayılır. Bu varlıkların rehni diğer kanunlarca bir sicile tescilini gerektiriyorsa bu rehin ilgili sicillere bildirilir²². Bu varlıklar üzerinde diğer kanunlar uyarınca önceden bir rehin hakkı tesis edilmiş olması hâlinde bu Kanun çerçevesinde tesis edilerek bildirilen rehin sonraki sırada yer alır. Örneğin, MK.m.940/I gereğince bir çiftçi, hayvanı üzerinde usulüne uygun bir hayvan rehni kurmuşsa, bu rehin hakkı 6750 sayılı Kanun kapsamında kurulan rehin hakkından önce gelecektir. Bu hüküm, taşınır rehinleri arasındaki sıra ilişkisini düzenleyen *kıdeme itibar ilkesi* ile de uyumludur. Ticarî işletme ve esnaf işletmesi rehinleri ticaret veya esnaf siciline bildirilir. 6750 sayılı Kanun gereğince üzerinde rehin kurulmasına elverişli olan diğer taşınır varlıkların borcu karşılması hâlinde işletmenin tümü üzerinde rehin kurulması mümkün değildir (TİTRK.m.5/II, son cümle).

Hukuku, 13. Baskı, Ankara 2009, s. 53; **Reisoğlu**, Ticari, s. 14; **Kayhan**, s. 31; **Türker**, s. 65-66; **Erten**, s. 27; **Antmen**, s. 56; **Ergüne**, s. 69.

²¹ Dahası, her tür sözleşmeden doğan mevcut veya müstakbel alacaklar rehne konu edilebilir. Bu konuda tek istisna, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun ile 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunundan doğan alacaklardır (TİTRK.m.5/V). **Ayan**'a göre, hükmün zıt anlamından haksız fiil gibi sözleşme dışı ilişkilerden kaynaklanan alacaklar hükmün kapsamına girmez (**Ayan**, s. 298). Aynı durumun sebepsiz zenginleşmeden, vekâletsiz iş görmeden, nafakadan kaynaklanan alacaklar için de geçerli olduğu ifade edilmelidir.

²² Ayrıca, mevzuatı gereği özel sicillerine kaydı gereken rehinler, Bakanlık tarafından kurulan ya da kurdurulan tüm iş ve işlemlerin elektronik ortamda gerçekleştirildiği ve sunulduğu merkezi, alenî *Rehinli Taşınır Siciline* bildirilir (TİTRK.m.5/VIII)

Hayatın olağan akışına uygun olarak, üzerinde rehin kurulacak taşınır varlıkların mülkiyeti borçluya ait olacaktır. Ancak, üçüncü kişilerin de, bu kanun kapsamında borçlu lehine teslimsiz taşınır rehni kurabilecekleri hükme bağlamıştır (TİTRK.m.IX). Bu durumda, rehin sözleşmesinin üçüncü kişi ile alacaklı arasında akdedilmesi gerekecektir. Ancak, TİTRK.m.3'e göre, rehin sözleşmesi; kredi kuruluşları ile tacir, esnaf, çiftçi, üretici örgütü, serbest meslek erbabı gerçek ve tüzel kişiler arasında veya tacir ve/ veya esnaf arasında yapılır. O hâlde, üçüncü kişinin kanunun bu emredici hükmü karşısında hükümde ifade edildiği gibi bir sıfatı taşıması şarttır. Elbette, üçüncü kişinin rehin konusu şey dışında kişisel sorumluluğu söz konusu olmayacaktır²³.

İlke olarak tüm rehin haklarında olduğu gibi, bu kanun anlamındaki taşınır varlıklar üzerindeki rehin hakkı da, o varlığın bütünüleyici parçasını²⁴ ve aksi kararlaştırılmadıkça eklentilerini de kapsmalıdır (MK.m.686, 862, 947). TİTRK.m.6, bütünüleyici parça için ana kuraldan ayrılmadığı hâlde nedense eklentiler için, “*Ancak, taraflar, taşınır varlığın mevcut veya sonradan ilave edilen eklentilerinin rehin kapsamına alınmasını ayrıca kararlaştırabilir.*” hükmü ile bu kuraldan ayrılmıştır. Bu tercih, Medenî Kanunun genel sistematığına aykırıdır²⁵.

6750 sayılı Kanun gereğince, rehin hakkının kurulması için önce 3. maddede belirtilen kişiler arasında²⁶ rehin sözleşmesinin yapılması, bunun ardından da rehin sözleşmesinin Kanun gereğince kurulan sicile²⁷ tescil edilmesi

²³ Ayan, s. 298.

²⁴ Bir taşınırın diğer bir taşınır ile bütünüleyici parçası olacak şekilde karışması veya birleşmesi hâlinde; rehin hakkı o taşınır varlığın tamamı üzerinde tesis edilmiş sayılır (TİTRK.m.7/II). Ayrıca, birleşen veya karışan taşınır varlıklar üzerinde de rehin hakkı kurulabilir (TİTRK.m.7/I). Birleşen veya karışan taşınır varlıkta devam eden rehin hakkı, her bir birleşen taşınır varlığın; birleşme ânındaki değerinin, birleşmiş ürün değerine oranı üzerinden devam eder. Taşınır varlıkların birbiriyle birleşmesi veya karışması hâlinde, alacaklılar yeni varlık üzerinde kendi taşınır varlıklarının birleşme veya karışma zamanındaki değerleri oranında paylı rehne sahip olur (TİTRK.m.7/III, IV). Bkz., Antalya/ Acar, s. 86 vd.

²⁵ Aynı yönde bkz., Ayan, s. 298 ve dn.195. Ayrıca bkz., Antalya/ Acar, s. 83-86.

²⁶ Önceki kanununa göre, rehin, ticaret veya esnaf ve sanatkâr siciline kayıtlı olmayan ticarî işletmeler üzerinde kurulamayacağı gibi, her alacaklı lehine de bu rehin tesis edilemezdi. Ticarî İşletme Rehni Kanunu, rehin verenin, onun ticaret veya esnaf ve sanatkâr siciline kayıtlı ticarî işletme veya esnaf işletmesi sahibi malik olmasını şart koşuyordu (TİTRK.m.2).

²⁷ Sicil terimi ile kastedilen, Bakanlık tarafından kurulan ya da kurdurulan ve mevzuatı uyarınca kendi özel siciline tescili zorunlu olanlar dışındaki taşınır varlıklar üzerinde, bu Kanun kapsamında tesis edilecek rehinlere ilişkin tescil, terkin, değişiklik gibi tüm iş ve işlemlerin elektronik ortamda gerçekleştirildiği ve sunulduğu merkezî ve alenî *Rehinli Taşınır Sicili*'dir (TİTRK.m.1, k).

gereklidir. Zira rehin hakkı, rehin sözleşmesinin sicile tescili ile kurulacaktır²⁸. Kanunda belirtilen kişiler dışında kalan kişiler arasında rehin hakkının tesis edilmesi mümkün değildir²⁹. Kanuna göre, sözleşmesinin tarafı kural olarak kredi kuruluşudur. Diğer taraf ise, duruma göre, tacir, esnaf, çiftçi, üretici örgütü, serbest meslek erbabı gerçek ve tüzel kişilerden herhangi biri olabilir (TİTRK.m.3/I, a). Aynı hükme göre, rehin sözleşmesinin bir tacir ile diğeri arasında ya da tacirle esnaf arasında ya da esnafla esnaf arasında yapılması da mümkündür (TİTRK.m.3/I, b).

Rehin sözleşmesinin geçerliliği, elektronik ortamda ya da yazılı olarak yapılmasına bağlıdır (TİTRK.m.4/II). Ancak, elektronik ortamda düzenlenen rehin sözleşmesinin sicile tescil edilebilmesi için sözleşmenin güvenli elektronik imza ile onaylanması şarttır (TİTRK.m.4/III). Yazılı olarak düzenlenen rehin sözleşmesinin sicile tescil edilebilmesi için tarafların imzalarının noterce onaylanması veya sözleşmenin sicil yetkilisinin huzurunda imzalanması şarttır³⁰ (TİTRK.m.4/IV). Rehın sözleşmesinde, rehın sözleşmesinin taraflarının³¹, borcun konusu, borcun miktarı, borcun miktarı belirli değilse rehın

²⁸ Tescilin kurucu niteliği, önceki kanunda olduğu gibi yeni kanunda da korunmuştur. TİTRK.m.8/I'e göre, rehın hakkının tesisi ve üçüncü kişilere karşı hüküm ifade etmesi, rehınlı alacaklılar arasında öncelik hakkının belirlenmesi, rehınlı taşınır varlık ile alacağın devrinin tescili amacıyla *Rehınlı Taşınır Sicili* kurulur. Tescilin Ticari İşletme Rehni Kanununa göre kurucu olduğu yönünde bkz., **Arkan**, İşletme, s. 51; **Karahan**, s. 44; **Esener/ Güven**, s. 505; **Davran**, Rehın, s. 87; **Tekinay**, Menkul, s. 141; **Omağ**, s. 195; **Kayhan**, s. 41; **Akyazan**, Ticarî, s. 67-68; **Erten**, s. 39; **Erzurumluoğlu**, s. 435; **Antmen**, s. 67; **Ertaş**, Ticarî, s. 43; **Ergüne**, s. 62. **Akıpek**, Jale, G./ **Akıntürk**, Turgut, Eşya Hukuku, İstanbul 2009, s. 834; **Zevkililer**, Aydın/ **Havutçu**, Ayşe, Zevkililer Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 9. Baskı, Ankara 2007, s. 399.

²⁹ Önceki Kanun döneminde de aynı kural geçerliydi. Bkz., **Reisoğlu**, Ticari, s. 13; **Zevkililer/Havutçu**, s. 399; **Kayhan**, s. 28; **Erten**, s. 18; **Karahan**, s. 42. Ancak, yeni kanun ile tarafların kapsamı genişletilmiştir. Bkz., **Antalya/ Acar**, s. 13-30.

³⁰ Ayrıca bkz., **Antalya/ Acar**, s. 31 vd. Eski kanun zamanında, rehın sözleşmesinin noter tarafından düzenleme şeklinde yapılmış olması bir geçerlilik şartıydı. Dolayısıyla, sadece imza tasdikli rehın sözleşmesi, ticarî işletme rehının kurulması için yeterli değildi. Bkz., 12. HD., s. 5.12.1988, E. 1988/2923, K. 1988/14847 (**Antmen**, s. 109); **Zevkililer/ Havutçu**, s. 399; **Esener/ Güven**, s. 505; **Arkan**, İşletme, s. 51; **Karahan**, s. 44; **Türker**, s. 84; **Akyazan**, Ticarî, s. 67; **Ertaş**, Ticarî, s. 40; **Kayhan**, s. 39; **Erten**, s. 37; **Antmen**, s. 66; **Erzurumluoğlu**, s. 434; **Törüner**, s. 695; **Ergüne**, s. 62; **Reisoğlu**, Ticari, s. 19; **Reisoğlu**, Seza, Ticari İşletme Rehni ve Son Yasal Düzenleme, https://www.tbb.org.tr/Dosyalar/Arastirma_ve_Raporlar/ticari_isletme.doc. Erişim Tarihi: 25.04.2017. Öngörülen şekil şartları geçerlilik şekli olduğu için bu şekil şartlarına uyulmaması durumunda sözleşme kesin hükümsüz olur. Şüphesiz, sözleşmenin taraflarının ehliyeti, temsil ve irade bozukluğu gibi diğer konularda genel esaslar uygulanır. Ayrıca bkz., **Antalya/ Acar**, s. 13 vd.; **Ayan**, s. 301.

³¹ Taraf, ticarî işletme ise ticaret unvanı, MERSİS numarası, temsil ve ilzama yetkili temsilcinin

ne miktar için güvence teşkil ettiği, ödenecek para cinsi³² ve rehnin azamî miktarının, rehne konu varlık ile bu varlığın ayırt edici özelliklerini belirten seri numarası, markası, üretim yılı, şasi numarası, belge seri numarası, varsa GTİP ya da PRODTR sanayi ürünü kodu gibi hususların bulunması zorunludur (TİTRK.m.6).

Ticarî İşletme Rehni Kanunu zamanında, rehin veren, rehinli alacaklının izni olmaksızın, rehin kapsamındaki münferit unsurları devredemez, aynı hakla sınırlayamaz, yerini değiştiremez ve takas edemezdi (TİTRK.m.10/II)³³. TİTRK.m.6/VII hükmü ile bu yasak ortadan kaldırılmış, rehne konu taşınır varlığın alt veya art rehne konu edilmesi ile rehin verenin rehne konu taşınır varlık üzerindeki tasarruf yetkisini kısıtlayan kayıtlar geçersiz kılınmıştır³⁴.

Rehin sözleşmesi, rehin hakkının doğumu için gerekli olmakla birlikte yeterli değildir. Zira, rehin hakkı, rehin sözleşmesinin yapılmasıyla değil,

adı, soyadı ve imzası, gerçek kişi veya esnaf ise Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası, adı, soyadı ve imzası, çiftçi ise Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası, adı, soyadı ve imzası ile Çiftçi Kayıt Sistemi numarası, üretici örgütü ise üretici örgütü belge numarası ile temsil ve ilzama yetkili temsilcinin adı, soyadı ve imzası sözleşmede yer almalıdır (TİTRK.m.6/1, a).

³² Önceki Kanun zamanında, TİTRK.m.6 hükmü gereğince, ilgili sicile yapılacak tescilde alacağın miktarının Türk Lirası üzerinden gösterilmesine ilişkin zorunluluk dikkate alındığında, yabancı para üzerinden rehin tesis edilemeyeceği kabul edilmekteydi. Bkz., **Reisoğlu**, Son, s. 8; **Arkan**, İşletme, s. 52, dn. 2. Ancak bazı yazarlar, karşı görüşte idi. Bkz., **Kayhan**, s. 42-43; **Erten**, s. 41; **Ergüne**, s. 72, dn. 46; **Ertaş**, Eşya, s. 548; **Ertaş**, Ticarî, s. 43. TİTRK.m.6'ye göre, yabancı para üzerinden ticarî işlemlerde taşınır rehni kurulması mümkün görünmektedir.

³³ TİTRK.m.8/I hükmü ile aynı ticarî işletme üzerinde birden fazla rehnin tesis edilebileceği kabul edilmiş iken, TİTRK.m.10/II hükmü ile de, ticarî işletme sahibinin ticarî işletmesini alacaklının rızası olmadıkça, bir aynı hakla sınırlanamayacağı hükme bağlanmıştı. Öğretide kimi yazarlar, kanunun çelişkisi olarak değerlendirdikleri böyle bir durumda, kanunun amacında yola çıkarak, kredi ihtiyacı olan ticarî işletmenin kredi elde etmesine kolaylık sağlanması ölçütünden hareketle, “*alacaklının muvafakati*” şartının ticarî işletme rehni aranmaması gerektiği düşüncesindeydiler. Bkz., **Erten**, s. 44-45; **Kayhan**, s. 46-47; **Ergüne**, s. 72, dn. 47. Ancak hem Yargıtay ve hem de diğer bazı yazarlar, ticarî işletmenin bir aynı hakla sınırlanabilmesini, bu anlamda, ticarî işletme üzerinde ikinci bir (art) rehni kurulabilmesi için rehinli alacaklının rızasını aramasını, TİTRK.m.8/I hükmünün gerçekleşmesini sağlayacak özel bir şart olarak görüyorlar, kanunun amacına uyumluluk gerekçesiyle aksinin kabulünü, söz konusu kanunun hükümlerine açık bir aykırılık olarak kabul ediyorlardı. Bkz., 11. HD., 16.2.1990, E. 1990/855, K. 1990/964 (**Antmen**, s. 101-102); **Törüner**, s. 701; **Erzurumluoğlu**, s. 436; **Akyazan**, Ticarî, s. 71. **Reisoğlu**'na göre, ticarî işletmenin devri veya ticarî işletmenin üzerinde ticarî işletme rehni sonradan gelmek üzere birden fazla ticarî işletme rehni tesis edilmesi, rehinli alacaklının haklarını etkilemeyeceğinden rehinli alacaklının muvafakat etmemesi hâlinde, ticarî işletmenin devrini veya daha sonra gelen ticarî işletme rehni geçersiz kılmak için bir neden bulunmamaktadır (**Reisoğlu**, Son, s. 11). Bu tartışmanın TİTRK.m.6/VII hükmü karşısında artık bir değeri kalmamıştır.

³⁴ Ayrıca bkz., **Antalya/ Acar**, s. 111, 138.

rehinli taşınır siciline tescil edilince doğar (TİTRK.m.4/I). Sicile yapılacak olan ve rehin hakkının doğumu bakımından kurucu nitelik taşıyan bu tescil³⁵, taşınır rehninde öngörülmüş olan rehin konusu taşınırın zilyetliğinin karşı tarafa devri kuralını karşılar³⁶. Böylece, taşınır rehninde zilyetliğin devri ile gerçekleştirilen açıklık ilkesi, bu rehin türünde taşınır rehni siciline yapılacak tescil ile sağlanmış olur. Zira, bu sicil alenîdir³⁷. Diğer kanunlar uyarınca bir sicile tescili zorunlu olan taşınır rehinlerine ilişkin hükümler saklıdır. Bir sicile tescili zorunlu varlıklar üzerinde bu Kanun kapsamında sicile tescil edilmek suretiyle rehin tesis edilemez (TİTRK.m.8/III).

Aynı taşınır varlık üzerinde birden fazla rehin tesis edilebilecektir. Gerçekten, TİTRK.m.10/I'e göre, rehnin sağladığı güvence, tescilde belirtilen rehin tutarı ve derecesi ile sınırlıdır. Rehin, sırada kendisinden önce gelecek olanın miktarının tescilde belirtilmesi kaydıyla ikinci veya daha sonraki derecede de kurulabilir. Bu hâlde, 4721 sayılı Türk Medenî Kanununun 871 ila 876 ncı maddelerinin bu Kanuna aykırı olmayan hükümleri kıyasen uygulanır³⁸. Rehin sözleşmesinde sonraki sırada yer alan rehinli alacaklılara boşalan

³⁵ **Ayan**, s. 301. Önceki Kanun zamanında da tescilin kurucu nitelikte olduğu kabul edilmekteydi. Bkz., **Arkan**, İşletme, s. 51; **Akıpek/ Akıntürk**, s. 834; **Karahan**, s. 44; **Esener / Güven**, s. 505; **Davran**, Rehin, s. 87; **Tekinay**, Menkul, s. 141; **Zevkliler / Havutçu**, s. 399; **Omağ**, s. 195; **Kayhan**, s. 41; **Akyazan**, Ticarî, s. 67 – 68; **Erten**, s. 39; **Erzurumluoğlu**, s. 435; **Antmen**, s. 67; **Ertaş**, Ticarî, s. 43; **Ertaş**, Teslimsiz, s. 84; **Ergüne**, s. 62. Şüphesiz, rehin sözleşmesine imza atmasına rağmen tescile yanaşmayan rehin veren, mahkeme kararı ile tescile zorlanabilecektir. Bkz., **Ayan**, s.301-302. Ayrıca bkz., **Akyazan**, Ticarî, s. 68; **Karahan**, s. 45.

³⁶ Bu bakımdan, kurucu nitelikteki tescilin tasarruf işlemi olup olmadığı hususu tartışılabilir. Aslında, sözleşmeye rağmen tescilden önce aynı hakkı kazanmamış olan rehinli alacaklı, rehin hakkının hüküm ifade edebilmesi için sicile tescile gereksinim duymaktadır. Ancak, tescil talebi niteliğindeki tasarruf işleminin hükümlerini doğurmasını sağlayan idari bir işlem olan tescili, tek başına tasarruf işlemi olarak nitelendirmek doğru olmaz. Burada, tasarruf işlemi malikin tescil talebine bağlı olarak yapılan tescildir. Ayrıca bkz., **Ergüne**, s. 63, dn. 20. Karşı görüş için bkz., **Kayhan**, s. 41; **Türker**, s. 85, 88; **Antmen**, s. 69.

³⁷ Rehinli Taşınır Sicilinin alenî olduğu ve Bakanlıkça, sicilin faaliyetlerinin her zaman denetlenebileceği ve gerekli önlemlerin alınabileceği, sicil yetkililerinin de Bakanlıkça alınan önlemlere ve verilen talimatlara uymakla yükümlü olduğu kanunda açıkça düzenlenmiştir (TİTRK.m.8/II). Sicil alenî olduğuna göre ilgili herkesin sicili incelemesi ve örnek alabilmesi, kanunda bu hususta bir düzenleme olmamasına rağmen, mümkün olmalıdır. Sicile tescilin sebebe bağlı olup olmadığı hususu, kanunda düzenlenmiş değilse de öğretideki genel kabule göre tescilin sebebe bağlı olduğu kabul edilmelidir. Öte yandan, sicilin güven fonksiyonunun varlığı da ayrı bir tartışma konusudur. Zira bu husus da kanunda düzenlenmiş değildir. Ancak özel bir düzenleme olmadıkça sicildeki kayda güvenerek aynı hak kazanmanın mümkün olduğunu savunmak güç görünmektedir. Ayrıca bkz., **Ayan**, s. 302.

³⁸ Medenî Kanunun ilgili hükümlerine atıf gereği, rehin hakları arasındaki sıra ilişkisi bakımından kural olarak, sabit derece ilkesi uygulanacaktır (TİTRK.11). Ancak, aynı

dereceye geçme hakkı verilebilir³⁹. Rehin sözleşmesi dışında bir sözleşme ile bu hakkın tanınması hâlinde sözleşmenin geçerliliği, sicile tescil edilmesine bağlıdır (TİTRK.10/II). Aynı alacak için birden çok taşınır varlığın rehnedilmesi de mümkündür⁴⁰.

Teslimsiz ve sicilli taşınır rehninde, rehin hakkının tescilinden sonra rehin veren, işletmesinin olağan faaliyetlerini sürdürmek veya rehin konusu taşınır varlığı kullanmak suretiyle gelir getirici her türlü etkinliği gerçekleştirebilecektir. Tarafların hak ve yükümlülükleri bu kanuna ve emredici hükümlere aykırı olmamak şartıyla rehin sözleşmesinde belirlenecektir (TİTRK.m.12/I). Kanuna göre, zilyet, rehinli taşınırın değerini koruyacak gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür. Zilyet, rehinli taşınırın değerini düşüren davranışlarda bulunursa; alacaklı, hâkimden bu gibi davranışları yasaklamasını isteyebilir. Alacaklıya, gerekli önlemleri almak üzere hâkim tarafından yetki verilebileceği gibi; gecikmesinde tehlike bulunan hâllerde alacaklı, böyle bir yetki verilmeden de gerekli önlemleri kendiliğinden alabilir (TİTRK.m.12/II). Rehin alacaklısı, rehin veren ya da üçüncü bir kişinin zilyetliğinde bulunan rehne konu taşınır varlığı denetleme hakkına sahiptir (TİTRK.m.12/IV). Hakları zarar görenler önlem için yapmış oldukları giderlerin tazminini zarara sebep olanlardan isteyebilir. Rehin veren, rehin konusu taşınır varlıklarının değerini, rehin alacaklısı aleyhine azaltan tasarruflarından doğan zararları tazmin etmekle yükümlüdür (TİTRK.m.12/III, IV). Rehin veren, ayrıca rehinli taşınır varlığın devri ile alacağın devrini sicile tescil ettirmekle yükümlüdür (TİTRK.m.12/VI).

Rehinli alacaklı, tescilin yapılması ile birlikte aynî hak özelliği taşıyan rehin hakkını herkese karşı, özellikle taşınır varlığın malikine karşı ileri sürebilir⁴¹. 6750 sayılı Kanun kapsamındaki borçların süresinde ifa edilmemesi

taşınır varlık üzerinde sıra belirtilmeksizin birden fazla rehin hakkı tesis edilmesi halinde alacaklıların öncelik hakkı, rehin hakkının kurulduğu tarihe göre belirlenir. Yine, rehin alacaklıya sağladığı güvencenin kapsamı bakımından MK.m.875 uygulanacaktır. Hükme göre, taşınmaz rehininin alacaklıya sağladığı güvencenin kapsamına şunlar girer: 1. *Anapara*, 2. *Takip giderleri ve gecikme faizi*, 3. *İflâsın açıldığı veya rehlin paraya çevrilmesinin istendiği tarihe kadar muaccel olmuş üç yıllık faiz ile son vadeden başlayarak işleyen faiz*. Daha önce belirlenmiş olan faiz oranı, sonradan gelen alacaklıların zararına olarak artırılmaz (MK.m.875/I, II).

³⁹ Buna, *boş derece ilerleme hakkı veren kayıt* denir. Bkz., **Antalya/ Acar**, s. 113.

⁴⁰ Bu durumda, paraya çevirme talebi tüm taşınır varlıklar için yapılır, ancak icra dairesi bunlardan ancak alacağı yetecek kadarını paraya çevirecektir (MK.m.873/III, Kıyasen).

⁴¹ **Esener/ Güven**, s. 506; **Zevkliler/ Havutçu**, s. 401; **Reisoğlu**, Ticari, s. 22; **Arkan**, İşletme,

hâlinde alacaklı, üç yola başvurabilir (TİTRK.m.14). Alacaklı, birinci derece alacaklı ise icra dairesinden İcra ve İflas Kanununun 24 üncü maddesi uyarınca rehinli taşınırın mülkiyetinin devrini talep edebilir⁴². Bu hâlde icra dairesi, bu devri sicile bildirir. Rehlinli taşınırın, 6750 sayılı Kanunun 13 üncü maddesinin ikinci fıkrası uyarınca belirlenen değerinin, birinci derece alacaklının toplam alacağından fazla olması durumunda, aradaki fark miktarından, diğer derecelerdeki alacaklılara karşı, birinci derece alacaklı ile rehin veren müteselsilen sorumludur (TİTRK.m.14/1, a). İkinci olarak alacaklı, alacağını, 5411 sayılı Kanun uyarınca faaliyet gösteren varlık yönetim şirketlerine devredebilir. Bu hâlde, varlık yönetim şirketleri, alacaklının rehin sırasına sahip olur. Öncelik hakkı 6750 sayılı Kanunun 11 inci maddesine göre belirlenir. Son olarak alacaklı, zilyetliğin devrine konu olmayan varlıklarda kiralama ve lisans hakkını kullanabilir (TİTRK.m.14/I, b, c). Alacağın 14. maddenin birinci fıkrasında belirtilen yollarla tahsil edilememesi hâlinde takip, genel hükümler çerçevesinde yapılır (TİTRK.m.14/II).

Rehin konusu taşınır varlıkların bir bütünlük olması durumunda, örneğin, ticarî işletmeye dâhil unsurlardan bir kısmı üzerinde rehin verenin tasarruf yetkisi olmasa bile, iyiniyetli rehinli alacaklının kazanımının korunacağına ilişkin bir hüküm önceki Kanunda yer almaktaydı (TİTRK.m.5/III). Bu hüküm, taşınırlar üzerinde zilyetliğe dayalı olarak aynı hak kazanılmasını düzenleyen hükümlerin (MK.m.988 ve MK.m.939/II'in) bir tekrarı olarak görülmektedir. Ancak böyle bir rehin hakkı açısından rehinli alacaklı, rehinin kapsamına giren taşınırlar üzerinde zilyetliğe sahip olmadığından, zilyet olmayan alacaklının zilyetliğe dayalı olarak aynı hak kazanması kabul edilmiyor; söz konusu hük-

s. 57; Erten, s. 47; Karahan, s. 47; Kayıhan, s. 49; Karahacıoğlu/ Doğrusöz/ Altın, s. 91; Antmen, s. 80; Erzurumluoğlu, s. 436.

⁴² Önceki Kanunda, alacağın, rehin konusu unsurların satırılması yerine ticarî işletmenin ya da unsurlardan bazılarının rehin alana devredilmesi yoluyla ödenmesi ve bunun sözleşmeyle kararlaştırılması mümkün değildi (TİTRK.m.14/I). Söz konusu düzenleme, taşınır rehni açısından MK.m.949'da ve taşınmaz rehni açısından MK.m.873/II'de ifade edilen "*lex commissoria yasağı*"nın bu kanunda yer alan tekrarı olarak görülüyor, böyle bir anlaşma, borcun muaccel olmasından sonra yapılmadıkça hukuken geçersiz sayılıyordu. Bkz., Kuntalp, Erden, *Lex Commissoria Yasağı Kavramı, Koşulları, Uygulama Alanı*, İnan Kıraç'a Armağan, Ankara 1994, s. 151-163, s. 155; Helvacı, İlhan, *Türk Medenî Kanununa Göre Lex Commissoria (Mürtehinin Merhunu Temellük) Yasağı*, İstanbul 1997, s.101; Cansel, Menkul, s. 192. Bu bakımdan, 6750 sayılı Kanunda, borçlunun temerrüdünden yani alacağın muaccel olmasından sonra geçerli olan rehin konusu şeyin rehin alana devredilmesine ilişkin sözleşme, ifa uğruna edim sayılarak alacağın bir sona erme şeklidir. Bu yetki, alacaklıya tek taraflı tanınmış bir hak olarak kanunda yerini almıştır.

mün isabetsiz olduğu savunuluyordu⁴³. Yeni Kanunda böyle bir hükme yer verilmeyerek öğretildeki bu eleştirinin giderildiği ifade edilmelidir.

Rehin haklarına ilişkin genel esaslara göre, borcun ödenmesi hâlinde, borçla birlikte fer'î nitelik taşıyan rehin hakkı da sona ereceğinden rehin veren, rehnin terkin edilmesine ilişkin olarak bir beyanda bulunmasını alacaklıdan isteyebilecektir. Rehinli alacaklı buna yanaşmazsa rehin veren, mahkemeye başvurabilecektir. Ancak, kanun bu konuda ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkları gidermek adına özel bir hüküm tesis etmiştir. Bu hükme göre, rehin alacaklısı, alacağın son bulunduğu tarihten itibaren üç işgünü içinde, rehin kaydının sicilden terkin için başvuruda bulunmalıdır⁴⁴. Aksi hâlde, rehin alacaklısı hakkında güvence altına alınan borç tutarının onda biri oranında idarî para cezası Bakanlıkça uygulanacaktır. Ayrıca, şarta bağlı yükümlülükler de dâhil olmak üzere, mevcut ve müstakbel güvenceli yükümlülüklerin ödeme ve diğer yöntemlerle ifa edilmesi hâlinde rehin hakkı rehin alacaklısının talebi üzerine sicilden terkin edilecektir. Rehin alacaklısının, alacağın son bulmasını müteakip rehnin terkin için süresi içinde sicile başvurmaması hâlinde, borcunu ödeyen ve bunu belgeleyen borçlu, rehnin terkinini sicilden isteyebilir (TİTRK.m.15)⁴⁵.

Rehin veren veya taşınırı rehinle yüklü olarak devralan, rehinli varlığı, 6750 sayılı Kanunun hilafına kullanırsa, borcu ödememesi hâlinde rehinli varlığın mülkiyetini devretmezse, rehinli varlığı alacaklıya zarar vermek kastıyla tahrip veya imha ederse, rehinli taşınır varlığın devri ile alacağın devrini sicile tescil ettirmezse, sicili yanılmaya yönelik fiillerde bulunursa alacağını tamamen veya kısmen tahsil edemeyen rehin alacaklılarının şikâyeti üzerine güvence altına alınan borç tutarının yarısını geçmemek üzere adlî para cezasını ödemeye mahkûm edilir (TİTRK.m.16/I). Ayrıca, ilgili kanun hükümleri saklı kalmak kaydıyla, bir taşınırı rehin almak suretiyle ödünç para verme işini devamlı yapan kişi, Türk Ceza Kanununun 241 inci maddesine göre *tefecilik*

⁴³ **Ergüne**, s.73, dn.48. Önceki Kanun döneminde **Reisoğlu** ise, TİRK.m.5/III'ün MK.m.939/II'ye yaptığı atfın, ticarî işletme rehni alacaklısının taşınıra zilyet olmamasından doğan sakıncanın önlenmesi amacına hizmet ettiğini savunmaktaydı (**Reisoğlu**, Son, s. 7).

⁴⁴ **Antalya/ Acar**, s. 139.

⁴⁵ **Antalya/ Acar**, s. 143. Önceki Kanun zamanında, alacaklının terkin talebine istinaden terkin beyanında bulunmaması üzerine İİK.m.153'ün kıyasen uygulanması ile hükmen terkin yapılması önerilmekteydi. Bkz., **Reisoğlu**, Ticari, s. 31; **Arkan**, İşletme, s. 60; **Türker**, s. 112-113; **Erten**, s. 59; **Kayihan**, s. 70-71; **Karahan**, s. 48; **Karahacıoğlu/ Doğrusöz/ Altın**, s. 94-95; **Antmen**, s. 87. Kanunun açık hükmü karşısında böyle bir kıyasa gerek kalmamıştır.

suçundan dolayı iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır (TİTRK.m.16/II).

Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanununun on sekizinci maddesi gereğince, bu kanunda özel hüküm bulunmayan hâllerde Medenî Kanunun taşınır rehni hakkındaki hükümleri, ticarî işlemlerde taşınır rehni açısından da uygulama alanı bulacaktır⁴⁶. Öte yandan, bu kanunun uygulanmasından kaynaklanan uyumsuzluklar, bu hususta özel bir düzenleme olmadığı için genel hükümlere göre yetkili ve görevli mahkemelerde çözülecektir⁴⁷.

B) GEMİ REHNİ

Medenî Kanun bakımından taşınır eşya niteliğini taşıyan gemiler üzerinde, mevcut veya henüz doğmamış olmakla birlikte doğması kesin ya da muhtemel olan bir alacağı teminat altına almak üzere rehin hakkı tesis edilebilmesi mümkün kılınmıştır⁴⁸. Medenî Kanunun sistematığı bakımından gemi, niteliği itibarıyla taşınır eşya olarak değerlendirilmeye⁴⁹ uygunsa da gemi siciline kayıtlı gemiler, aynî haklar bakımından doğrudan doğruya taşınır veya taşınmaz eşya olarak kabul edilmeyerek kendine özgü bir rejime tâbi tutulmuşlardır. Bu bakımdan, sicile kaydedilmiş gemiler için rehin tesisi, diğer taşınırlar üzerinde gerçekleştirilen rehin tesisinden farklı, özel ve ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir⁵⁰.

⁴⁶ Bu atıf ile amaçlanan 6750 sayılı Kanunda, düzenlenen rehin hakkı bakımından her ne kadar taşınmaz rehnine yakın bir düzenleme yapılmışsa da bu rehin türünün özünün taşınır rehni olduğunun vurgulanması olabilir. Ancak, sistematik olarak teslimsiz ve sicilli rehin türü olarak düzenlenen ve neredeyse taşınır rehninin hiçbir karakteristik özelliğini taşımayan bu rehin türü için taşınmaz rehnine ilişkin hükümlerin bünyesine uygun düştüğü ölçüde kıyasen uygulanması daha isabetli olurdu.

⁴⁷ Önceki kanunun uygulanması sebebiyle doğacak uyumsuzlukların çözümünün de yetkili mahkeme, sicilin bulunduğu yer mahkemesi; görevli mahkeme ise Asliye Ticaret Mahkemesi idi (TİTRK.m.22).

⁴⁸ **Engi**, Andrea, Die Fahrnisverschreibung im schweizerischen Recht unter besonderer Berücksichtigung der französischen und deutschen Gesetzgebungen, Bern 1929, s. 104; **Altörfer**, Peter, Die Mobiliarhypothek, Ein Beitrag zur Reform des Fahrnispfandrechts, Zürich 1981, s. 57 vd; **Kender**, Rayegân/ **Çetingil**, Ergon, Deniz Ticareti Hukuku, 11. Baskı, İstanbul 2009, s. 62.

⁴⁹ Gemilerin hukukî niteliği hakkında 6762 sayılı Ticaret Kanununda herhangi bir hüküm olmadığı hâlde, 6102 sayılı Ticaret Kanunu 936. maddesi ile sicile kayıtlı olup olmadıklarına bakılmaksızın bütün gemilerin taşınır eşya niteliğini haiz olduğunu vurgulamıştır. Bu kuralın uygulanmayacağı hâller ise, Kanunun 937. maddesinde düzenlenmiştir. Ayrıca bkz., **Algantürk Light**, S. Didem, TTK Tasarısı'nın Deniz Ticareti Başlıklı Beşinci Kitabı İle Getirilen Düzenlemeler ve Değerlendirmeler, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C.5, S.10, 2006/2, s.123-145.

⁵⁰ **Köprülü/ Kaneti**, s. 448; **Kalpsüz**, Turgut, Gemi Rehni, 5. Baskı, Ankara 2004, s. 39 vd.

Gemi siciline kayıtlı bir gemi üzerinde rehin hakkının kurulabilmesi için, rehin konusu geminin alacaklının zilyetliğine geçirilmesi gerekmez. Zira, rehin hakkının tesisi için, rehin hakkının tarafları olan gemi maliki⁵¹ ile alacaklının bu konuda anlaşmış olmaları ve rehlin gemi siciline tescil edilmiş olması gerekli ve yeterlidir⁵² (TTK.m.1015/1).

Bu doğrultuda, gemi rehni, bir alacağı güvence altına almak amacıyla gemi üzerindeki zilyetliğin devri gerekmez, sicile kayıtlı gemiler, gemi payları⁵³ ve inşa hâlindeki gemiler ile donatma iştirakine ait bir gemideki iş-

İsviçre’de de aynı durumun geçerli olduğu söylenebilir. Zira İsviçre’de gemi siciline kayıtlı gemilerin yalnızca teslimsiz ve sicilli taşınır rehni usulüyle rehnedilebileceği, bu gemiler üzerinde teslimle bağlı rehni veya hapis hakkının kurulamayacağı kanunen düzenlenmiştir. Bkz., **Altorfer**, s. 64. Bu özel ve ayrıntılı düzenleme doğrultusunda Ticaret Kanununun *gemi rehni* yerine, *gemi ipoteği* terimini tercih ettiği belirtilmelidir. Ayrıca bkz., **Oftinger/Bär**, Systematischer Teil, N. 75; **Cansel**, Menkul, s. 14-15. Oysa, Yeni Ticaret Kanunun tercihi *gemi rehni* şeklindedir. İcra ve İflâs Kanunu ise, sicile kayıtlı olan gemileri, taşıdıkları ekonomik değer sebebiyle İİK.m.23 ve 26 çerçevesinde taşınmaz eşya hükümlerine tâbi kılmıştır. Gemi siciline kaydedilmemiş gemiler ise, aynı haklar bakımından Medenî Kanunun taşınır mallara ilişkin hükümlerine tâbi olacaktır. Bkz., **Akıncı**, Sami, Türk Hukukunda Gemi İpoteği, Ankara 1958, s.234. Bu doğrultuda, gemi siciline kayıtlı olmayan gemiler üzerindeki akdî rehin hakları, Medenî Kanunun teslimle bağlı rehne ilişkin hükümlerine; kanunî rehin hakları ise, Medenî Kanunun hapis hakkına ilişkin hükümlerine tâbidir. Bkz., Türk Ticaret Kanunu Hakkındaki Hükümet Gerekçesi, TBMM Zabıt Ceridesi, Devre 10, C. XII, S. 198, s. 46 ve 48; **Kalpsüz**, s. 5; **Cansel**, Menkul, s. 15; **Akıncı**, s. 30; **Gürsoy/ Eren/ Cansel**, s. 1090.

⁵¹ Borçtan şahsen sorumlu olan borçlu yerine, bir üçüncü kişi de başkasının borcu için kendi gemisi üzerinde rehin hakkı tesis edebilir. Zira gemi ipoteğinde ipotek sözleşmesinin tarafları gemi maliki ile alacaklıdır. Bkz., **Engi**, s. 100-101; **Akıncı**, s. 46-47; **Kalpsüz**, s. 66; **Ergüne**, s. 75-76.

⁵² Sicile kayıtlı gemilerin TTK.m.1015’de yer alan bu özel düzenlemeden ayrı olarak, Medenî Kanunun teslimle bağlı taşınır rehnine ilişkin hükümleri çerçevesinde rehne konu yapılması mümkün olmayacaktır. Bkz., **Kalpsüz**, s. 55; **Akıncı**, s. 29. Aynı yönde bkz., **Engi**, s. 119; **Brehm**, Wolfgang/ **Berger**, Christian, Sachenrecht, 2. Auflage, Tübingen 2006, s. 524; **Schwab**, Karl Heinz/ **Prutting**, Hanns, Sachenrecht, 26. Auflage, München 1996, s. 345. Ayrıca, gemiler üzerinde hapis hakkının söz konusu olamayacağı yönünde bkz., **Engi**, s. 119. Gemi rehni, hemen her ülkede teslimsiz ve sicilli taşınır rehni usulüyle kurulduğu yönünde bkz., **Ball**, Karl, Die Mobiliarhypothek (Das Registerpfand), Königsberg 1928, s.12-13.

⁵³ Üzerinde gemi ipoteği tesis edilmek istenen geminin paylı mülkiyet rejimine tâbi olduğu durumlarda, paydaşlardan her biri kendi payı üzerinde diğer paydaşların rızasına gerek duymaksızın gemi ipoteği kurabilir (MK.m.688/III). Paylı mülkiyete tâbi geminin tamamı üzerinde rehin kurulması ise, oybirliğiyle aksi kararlaştırılmış olmadıkça, bütün paydaşların kabulüne bağlıdır (MK.m.692). Geminin elbirliği mülkiyeti rejimine tâbi olduğu durumlarda ise, gemi üzerinde ipotek tesisi için bütün ortakların oybirliği ile karar almaları şarttır (MK.m.702/III).

tirak payı üzerinde⁵⁴ kurulabilen ve doğumu için gemi siciline tescili gereken fer'î bir sınırlı aynî hak olduğu belirtilmelidir⁵⁵.

Gemi sahibinin kredi ihtiyacını⁵⁶ karşılayacak bir teminat olarak gemi ipoteği, alelâde ipotek ile aynı niteliktedir; buna karşın, tedavül amacıyla düzenlenen taşınır kıymet niteliğindeki ipotekli borç senedi ve irat senedinden farklıdır⁵⁷. Bu bakımdan, gemi ipoteğinin yalnızca bir teminat ipoteği şeklinde tesis edilebilir kılınması, taşınmaz ipoteğine nazaran gemi ipoteğine getirilmiş önemli bir kısıtlamadır⁵⁸.

Türk Ticaret Kanunu m.1015/2 hükmü gereğince, ipotek tesisine ilişkin anlaşmaların yazılı şekilde yapılması ve imzaların noterce onaylanması şart-

⁵⁴ Eski Ticaret Kanununda, iştirak payı üzerinde tesis edilen rehinler hakkında, Medenî Kanunun taşınır rehnine ilişkin hükümlerinin (MK.m.939 vd.) kıyasen uygulanacağı belirtilmekteydi (ETK.m.966/IV). Hükmün yeni Ticaret Kanundaki karşılığı olan madde 1012 ise, bu kuralı değiştirerek iştirak payının rehni konusunda Türk Medenî Kanununun alacaklar ve haklar üzerindeki rehinlere ilişkin hükümlerinin uygulanacağını düzenlemiş, gerekçede bu durum, iştirak payının niteliğinin sahibine, gemi üzerinde bir hak bahşetmekte olması olarak ifade edilmiştir. Gerekçe için bkz., <http://www.basbakanlik.Gov.tr/docs/kkgm/kanuntasarilari/TURK%20TICARET/madde%20gerekce.doc> (erişim tarihi: 25.04.2017).

⁵⁵ Akıncı, s. 5; Antmen, s. 36. Farklı tanımlar için bkz., Karahacıoğlu/ Doğrusöz/ Altın, s. 61; Algantürk, S. Didem, Türk ve İngiliz Hukukunda Gemi İpoteğinin Yeri, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1996, s. 7. Ayrıca bkz., Zobl, N. 366 vd.; Oftinger/ Bär, Systematischer Teil, N. 71 vd.; Altorfer, 56 vd.; Engi, s. 91 vd.; Ball, s. 12 vd.; Brehm/ Berger, s. 524; Schwab/ Prutting, s. 345 vd. Gemi rehni, evelden beri Alman hukuku bakımından temsilsiz ve sicilli taşınır rehininin belli bir döneme kadar ilk ve tek uygulaması olarak dikkat çekmektedir. Bkz., Gerster, Emanuel, Die geschichtliche Entwicklung der Fahrnisverschreibung in der Schweiz, Bern 1907, s. 120. Ayrıca bkz., Ball, s. 12-35; Engi, s. 50-60. Zira, Alman Medenî Kanununun taslağını hazırlayan yazarlara göre temsilsiz rehin, taşınır için uygun bir rehin kurma yöntemi değildir. Bkz., Doskots, Edgar, Faustpfand oder Registerpfand (Mobiliarhypothek) als Moderne Pfandrechtsart an Beweglichen Sachen, Dortmund 1934, s. 2, 39 vd.

⁵⁶ Önceki Ticaret Kanununa göre, gemi ipoteğinde, uluslararası kredi işlemlerinde büyük kolaylık sağlayan bir olanak olarak, aynı derecede birden fazla para türü kullanılmamak kaydıyla yabancı para üzerinden gemi ipoteği tesis olunabilirdi (ETK.m.939). Ticaret Kanunun 939. maddesi, 20.04.2004 tarihli ve 5136 sayılı Kanunun 5. maddesi ile değiştirilmeden önce, yabancı para üzerinden gemi ipoteğinin tesisi için Maliye Bakanlığının izni ve bu iznin sicile geçirilmesi gerekmekteydi. Bkz., Akıncı, s. 218; Köprülü/ Kaneti, s. 448; Algantürk, Tez, s. 64. Hükmün 6102 sayılı Kanundaki karşılığı olan 1016. madde, 6762 sayılı Kanunun 893, 938, 939 ve 940. maddelerinden değiştirilerek alınmıştır ve yabancı para üzerinden ipotek tesisi Türk Medenî Kanununun 851. maddesine paralel olacak şekilde düzenlenmiştir.

⁵⁷ Bkz., Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Hakkında Hükümet Gerekçesi.

⁵⁸ Kalpsüz, s. 58; Aydoğdu, Murat, İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yolu İle İlämsiz Takip, Prof. Dr. Şükrü Postacıoğlu'na Armağan, İzmir 1997, s. 319 – 347, s. 326.

tır. Bu bakımdan, sicile yapılacak tescilin hukukî sebebi durumundaki rehin sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması ve imzaların noterden onaylatılması bir geçerlilik şartıdır⁵⁹. Bu sözleşmenin ardından, rehin hakkının doğumu için, hakkın gemi siciline tescili zorunludur⁶⁰ (TTK.m.1015/1). Alenî nitelikteki gemi siciline yapılacak olan bu tescil, rehin hakkının doğumu bakımından kurucu bir etkiye sahiptir⁶¹.

Tescil talebini, geminin sicilde maliki olarak gözüken kişi yapacaktır⁶². Malikin tescil talebinde bulunmaktan kaçınması hâlinde alacaklı, malikle arasındaki rehin sözleşmesine dayanarak tescile zorlama davası açabilmelidir⁶³.

⁵⁹ Akıncı, s. 61; Kalpsüz, s. 68; Akipek/ Akıntürk, s. 834; Ergüne, s. 76; Antmen, s. 37; Algantürk, Tez, s. 25. İsviçre Hukukunda ise, rehin sözleşmesinin geçerliliği için yazılı sözleşme ve tarafların imzaları yeterli sayılmıştır. Bkz., Altorfer, s. 59; Engi, s. 117-118. Ayrıca bkz., Ball, s. 13-14.

⁶⁰ Rehin hakkının kurulmasının sicilde gerçekleştirilecek tescile bağlı olması, Almanya, Yunanistan, İsveç, Norveç, Danimarka, Brezilya, Arjantin, Hollanda, Finlandiya ve Rusya gibi pek çok ülkede benimsenmiş bir usuldür. Bkz., Ball, s. 14, 35 – 66. Yabancı bir memlekette iktisap edilip, henüz Türk gemi siciline kaydedilmemiş olan gemilerde bayrak şahadetnamesine şerh, tescil hükmündedir (TTK.m.1015/5). Bu bakımdan, söz konusu durumun tescil ilkesinin bir istisnası olduğu savunulabilir.

⁶¹ Kalpsüz, s. 69; Akıncı, s. 52, 58; Kender/ Çetingil, s. 63; Reisoğlu, Menkul, s. 15; Esener/ Güven, s. 493; Ertaş, Eşya, s. 549; Karahacıoğlu/ Doğrusöz/ Altın, s. 61; Antmen, s. 37, dn. 71; Ergüne, s. 76; Şeker, Zehra, Türk Hukukunda Gemi Sicillerinin Düzenlenişi ve Sahip Olduğu Fonksiyonlar, Cumhuriyetin 75. Yıl Armağanı, İstanbul 1999, s. 879-896, s. 891. Ayrıca bkz., Altorfer, s. 59, 60, 61; Ball, s. 17; Engi, s. 118. Bu kurucu etkiden yola çıkarak, tescilin teslimine bağlı rehinde zilyetliğin devrini karşıladığı ve böylece taşınır rehindeki zilyetliğin devri ile gerçekleştirilen açıklık ilkesinin bu rehin türünde tescil ile sağlandığı savunulabilir. Bu özelliği ile gemi ipoteği, rehin konusu geminin zilyetliğinin alacaklıya devrini gerektirmeyen sicilli bir taşınır rehni türüdür. Bkz., Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir, s. 987; Cansel, Menkul, s. 7, 15; Reisoğlu, Menkul, s. 15; Köprülü/ Kaneti, s. 447; Gürsoy/ Eren/ Cansel, s. 1089; Esener/ Güven, s. 492; Ergüne, s. 76; Karabel, s. 23. Kalpsüz ise, her bakımdan taşınmaz rehni hükümlerine uygun bir şekilde düzenlenmiş bulunan gemi sicilinde kayıtlı gemilerin rehnini, bir sicilli taşınır rehni olarak kabul etmiyor ve gemi ipoteğinin taşınmaz rehni hakkındaki hükümler örnek alınarak ayrıntılarıyla düzenlenmiş özel bir rehin türü olduğunu belirtiyor (Kalpsüz, s. 59). Hem İngiliz, hem de Türk Hukuku açısından gemi ipoteğinin bir sicil ipoteği olduğu yönünde bkz., Algantürk, Tez, s. 15.

⁶² Ergüne, s. 76. Karşı görüş için bkz., Kalpsüz, s. 72; Akıncı, s. 63; Algantürk, Tez, s. 31. Alman Hukukunda tescilin gerçekleştirilmesi için herhangi bir şekil şartının aranmadığı hususunda bkz., Ball, s. 16.

⁶³ Açılan bu davada alacaklının talebine uygun bir kararın çıkması durumunda, gemi ipoteğinin ne zaman doğacağı sorunu ortaya çıkar. Bu sorunun çözümü için, bir yandan mahkeme kararına istinaden sicilde gerçekleştirilecek tescilin rıza ile yapılan tescil gibi kurucu nitelik taşıdığı düşünülebilirken; diğer yandan, mahkeme kararıyla gemi ipoteğinin kurulduğu, sonradan yapılan tescilin açıklayıcı nitelikte olduğu ileri sürülebilir. Bu konuda, Ticaret Kanununda hüküm bulunmadığı gibi, Medenî Kanuna da atfı yapılmamıştır. Aslında

Türk Ticaret Kanununda özgün ve ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiş olan gemi ipoteği, sicilli bir taşınır rehni türü olarak nitelendirilmekteyse de, kanun koyucu, gemi ipoteğine ilişkin hükümlerin pek çoğunda Medenî Kanunun taşınmaz rehnine ilişkin hükümlerine atıflar yapmıştır (TTK.m.1013/2, 1017, 1018/1, 1020/1). Bunlardan, TTK.m.1017'ün MK.m.870-872 hükümlerine yaptığı atıf sebebiyle gemiler üzerinde tesis edilecek ipotek haklarının sırası bakımından sabit derece ilkesi uygulanma alanı bulacaktır⁶⁴.

konu, kanun koyucunun, diğer sınırlı aynî hakların tescil dışı kazanımı bakımından taşınmaz mülkiyeti hükümlerine atıf yaptığı hâlde (MK.m.780, 795, 823, 838, 840), taşınmaz rehni için böyle bir atfı tercih etmemesi sebebiyle taşınmaz rehni bakımından da tartışmalıdır. Öğretide, taşınmaz mülkiyetinin tescil dışı kazanımını düzenleyen Medenî Kanunun 705 ve 716. maddelerinin burada uygulanmayacağını, kanun koyucunun taşınmaz rehni için açıkça atıf yapmaktan kaçınmış olmasına bağlayarak kabul eden yazarlar olduğu gibi (bkz., **Von Tuhr**, Andreas, Borçlar Hukukunun Umumi Kısım (Çev. Cevat Edege), C. 1-2, Ankara 1983, s. 554, dn. 28; **Wieland/ Karafakı**, s. 556; **Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir**, s. 901; **Gürsoy/ Eren/ Cansel**, s. 985; **Davran**, Rehin, s. 31), karşı görüşü savunarak mahkemenin tescilin yapılması yönündeki kararının kurucu nitelik taşıdığını kabul eden yazarlar da bulunmaktadır. Bkz., **Köprülü/ Kaneti**, s. 299; **Ayan**, s. 210; **Hatemi**, Hüseyin/ **Serozan**, Rona/ **Arpacı**, Abdülkadir, Eşya Hukuku, İstanbul 1991, s. 730, 737. Taşınmaz rehni bakımından ileri sürülen ve daha tutarlı görünen bu ikinci görüşü, gemi ipoteğinin bir mahkeme kararına istinaden kurulması açısından uygulamak mümkün değildir. Zira, taşınmaz rehni açısından bile uygulanabilirliği tartışmalı olan MK.m.716'nın burada kıyasen uygulanması amaca aykırı olur. O hâlde, alacaklı mahkemeye müracaat ederek elde ettiği hükmün kesinleşmesi ile gemi ipoteği hakkını kazanamayacak, gemi siciline yapılacak olan tescil ile ipotek hakkı kazanılmış olacaktır. Bkz., **Ergüne**, s. 77. Aynı yönde bkz., 11. HD., 8.12.1987, E. 1987/6007, K. 1987/6843, "...Mahkemece ancak iki tarafın karşılıklı ve yasanın öngördüğü şekle uyulmak suretiyle bir ipotek sözleşmesi yapıldıktan sonra borçlunun bunu tescil ettirmekten kaçınması hâlinde, diğer tarafın mahkemeden keyfiyetin gemi siciline tescilini isteme hakkı mevcuttur. İşte, ancak böyle bir durumda mahkeme kararı tescil talebi veya muvafakat yerine geçerek ipoteğin tesciline esas tutulabilir..." (YKD., C. XIV, S. 4, 1988, s. 510-513). Hemen belirtmek gerekir ki, kararda geçen *borçlu* ile *malik* kastedilmektedir. Alacaklının gemi siciline tescilin yapılması için açmış olduğu bu dava, söz konusu hakkın yeteri kadar korunmasını sağlamaya yetmeyecektir. Zira, açılan davaya rağmen malikin gemi üzerindeki tasarruf yetkisi devam etmektedir. Kanun koyucu, malikin dava sonuçlanıncaya kadar gemi üzerinde gerçekleştireceği ve alacaklının henüz tescil edilmemiş ipotek hakkı ile bağdaşmayacak tasarruflarının engellenmesi adına, TTK.m.977/1'i düzenleme altına almıştır. Bu hüküm sayesinde, sicile tescil yapılmadığı için henüz aynı hakka sahip olmayan, fakat gemi ipoteği sözleşmesi sebebiyle gemi üzerinde aynı hak değişikliğine yol açacak şahsî bir hakka sahip olan alacaklı, sicile işlenecek şerh ile malikin, sözü edilen beklemece hakkı ile bağdaşmayan tasarruflarını engelleyebilecektir. Görüldüğü gibi, TTK.m.977 hükmü, MK.m.1010/I, b. 1'de yer alan çekişmeli hakların korunması amacıyla verilen şerhleri ile aynı amaca hizmet etmektedir.

⁶⁴ **Kalpsüz**, s. 132; **Akıncı**, s. 146; **Kender/ Çetingil**, s. 64-65; **Reisoğlu**, Menkul, s. 16; **Ertaş**, Eşya, s. 549; **Karahacıoğlu/ Doğrusöz/ Altın**, s. 64, **Ergüne**, s. 80; **Algantürk**, Tez, s. 58. Aynı yönde bkz., **Engi**, s. 119; **Altörfer**, s. 61.

Gemi sicilindeki bir kayda iyiniyetle güvenerek gemi ipoteği kazanan kişiler, bu kayıt gerçek hak durumuna uygun düşmese de korunacaktır⁶⁵. Bu sebeptendir ki, iyiniyetle kazanmayı düzenleyen TTK.m.983/1 gereğince, alacaklı ile rehin sözleşmesi yapan ve ipoteğin tescilini talep eden kişinin (sicil malikinin) geminin gerçek maliki olması aranmaz.

Türk Ticaret Kanununu m.983⁶⁶ hükmü dışında, zilyetliğe bağlı olarak taşınırlar üzerinde iyiniyetle aynî hak kazanımını düzenleyen hükümler (MK.m.988, 939/II), gemi ipoteği bakımından uygulanma alanına sahip değildir. Sicile tescil edilmiş bir gemi üzerinde ipotek hakkının kazanımı, zilyetlikten bağımsız olarak elde edildiğine göre, zilyetliğin gemi ipoteğinde aynî hakkı kurucu bir özelliğe sahip olmadığı belirtilmelidir⁶⁷.

Gemi ipoteği de, diğer rehin haklarında olduğu gibi alacaklıya alacağın muaccel olmasına rağmen borcun ifa edilmemesi durumunda rehin konusu gemiyi paraya çevirtmek alacağını alma yetkisi tanır⁶⁸. Gemiye paraya çevirtme yetkisinin doğması için alacağın muaccel olması beklenmeli ise de TTK.m.1030/1'e göre, gemi ve tesisatın kötüleşmesi sonucu ipoteğin sağladığı güvence tehlikeye düşerse, alacaklı, tehlikenin ortadan kaldırılması adına

⁶⁵ Gemi sicilinin sahip olduğu kamu güveninin korunması ilkesi gereğince, sicile kayıtlı bir gemi üzerinde rehin hakkının iyiniyetle kazanılması mümkündür. Bkz., **Akıncı**, s. 54; **Kalpsüz**, s. 66; **Reisoğlu**, Menkul, s. 16; **Ergüne**, s. 81; **Antmen**, s. 36; **Şeker**, s. 894; **Algantürk**, Tez, s. 33. Ayrıca bkz., **Ball**, s. 14; **Engi**, s. 113; **Altörfer**, s. 61-62.

⁶⁶ TTK.m.983 hükmü, Eski TTK.m.885'in başlığını "*Sicile güven ilkesi*" olarak değiştirmiş, hükmün dilini de Türkçeleştirmiştir. Ayrıca maddede gemi siciline güven ilkesinden yararlanılmasına engel olacağı belirtilen "*iktisap edenin suiniyet sahibi bulunmuş olması*" hâli mehz Alman Kanununa uygun olarak iktisap edenin "*kaydın doğru olmadığını bilmesi ve bilmesinin gerekmesi*" şeklinde ifade edilmiştir. Nihayet, sicile bir itirazın kaydedilmiş olması ihtimali madde metninden çıkarılmıştır. Bkz., Madde Gerekeşi.

⁶⁷ Sicile kaydedilmemiş gemiler, Medenî Kanunun taşınırlara ilişkin hükümlerine tâbi olduğuna göre (TTK.m.997/1), bu tür gemiler üzerinde MK.m.988 ve 939/II hükümleri çerçevesinde rehin hakkının iyiniyetle kazanılabileceği unutulmamalıdır. Bkz., **Ergüne**, s. 82.

⁶⁸ İİK.m.23 uyarınca, İcra ve İflâs Kanunundaki ipotek deyimi gemi ipoteklerini de, taşınmaz deyimi, gemi siciline kayıtlı olan gemileri de kapsar. Bu nedenle, gemi ipoteğinin paraya çevrilmesi, İcra ve İflâs Kanunu açısından, taşınmaz rehninin paraya çevrilmesine ilişkin hükümler çerçevesinde gerçekleştirilir. Bkz., **Gürdoğan**, Burhan, Türk-İsviçre Hukukunda İcra ve İflâs Hukukunda Rehnin Paraya Çevrilmesi, Ankara 1967, s. 58; **Uyar**, Talih, İcra Hukukunda Rehnin Paraya Çevrilmesi, 2. Baskı, Ankara 1992, s.151; **Köprülü/ Kaneti**, s. 448; **Kalpsüz**, s. 145; **Akıncı**, s. 138; **Kender/ Çetingil**, s. 65; **Karahacıoğlu/ Doğrusöz/ Altın**, s. 66; **Aydoğdu**, s. 325; **Algantürk**, Tez, s. 76; **Hızır**, Serdar, Gemi Alacaklısı Hakkının Bahşettiği Bir İmkân Olarak Rehnin Paraya Çevrilmesi Suretiyle Takip Usulü, BATİDER., C. XXIII, S. 4, 2006, s. 357-403, s. 389.

malike uygun bir süre vererek ve süre sonunda tehlikenin giderilmemesi ihtimalinde, ipoteği vadeden önce paraya çevirme hakkına sahiptir.

Teminat altına alınan alacağın kapsamı bakımından, TTK.m.1018/I taşınmaz rehni ile teminat altına alınan alacağın kapsamına ilişkin hükümlere (MK.m.875, 876); rehin konusunun kapsamı bakımından ise, TTK.m.1020/1 rehin konusu taşınmazın kapsamına ilişkin hükümlere (MK.m.862, 863) yol-lama yapmıştır⁶⁹. TTK.m.1018/1 hükmü ile ETK.m.898/T’de yer alan prensip aynen benimsenirken; ETK.m.900/I hükmünü karşılayan TTK.m.1020/1 hük-münde de aynı atıf korunmuştur. Fakat, birinci fıkranın navlun ile ilgili ikinci cümlesi, navlunun taşıyan geminin işletilmesinden dolayı değil, yük taşıma taahhüdünün ifası karşılığında talep edilecek bir ücret olması dolayısıyla me-tinden çıkarılmıştır⁷⁰.

İpotekle teminat altına alınmış bir gemi alacağının temlik, yazılı temlik beyanını ve temlikin gemi siciline tescilini gerektirir (TTK.m.1038/3). Alacak miktarı belirsiz veya değişken ise, alacak, alacağın temlik hakkındaki genel hükümlere TBK.m.183-194 göre de devredilebilir. Ayrıca, bu durumda gemi ipoteği alacak ile birlikte intikal etmez⁷¹ (TTK.m.1038/4).

Gemi ipoteği, alacak hakkının son bulması (TTK.m.1044), ipotek ala-caklısı ve malik sıfatlarının aynı kişide birleşmesi (TTK.m.1045/1), alacak-lının ipotekten feragat etmesi (TTK.m.1050), ipoteğin alacaklıya sağladığı hakların zamanaşımına uğraması (TTK.m.1048), ipotek süresinin dolması⁷², tarafların anlaşması⁷³, borçlunun talebi üzerine icra mahkemesince ipotek

⁶⁹ Deniz yolu ile eşya taşıma sözleşmesinde taşıyana, malın taşınması karşılığında ödenecek ücret olarak ifade edilebilecek navlun da, ETK.m.900/I, c. 2 gereğince, rehlin kapsamında yer almaktaydı. Bkz., **Kalpsüz**, s. 96-97; **Akıncı**, s. 90; **Kender/ Çetingil**, s. 63; **Antmen**, s. 37; **Karahacıoğlu/ Doğrusöz/ Altın**, s. 62; **Algantürk**, Tez, s. 43. Ancak, daha önce değinildiği gibi, TTK.m.1020/1, isabetli bir tercihle navlunu rehlin kapsamından çıkarmıştır.

⁷⁰ Bkz., Madde Gerekçesi.

⁷¹ Alacağın ipotekten ve ipoteğin de alacaktan ayrı olarak devredilemeyeceği ilkesine TTK.m.1038/2 ve TTK.m.1038/4 ile iki istisna getirilmiştir. Bunlardan birincisi, üst sınır (maksimal ipoteklerde) ipoteğinde alacağın temlik; ikincisi ise, birikmiş faiz ve muaccel olmuş tali edalar ile ihbar ve takip masraflarına ilişkin alacakların ve ipotekli alacaklı tarafından ödenen sigorta primleri, sigortacıya sigorta sözleşmesi gereğince ödenen diğer paralar ile bunların faizlerinin temlikidir. Bkz., **Akıncı**, s.163-164; **Kalpsüz**, s.165-167; **Algantürk**, Tez, s.93-94.

⁷² 6762 sayılı eski Ticaret Kanununda yer almayan gemi ipoteğinin süresinin dolması sebebiyle sona ermesi, TTK.m.1051’de yeni bir hüküm olarak tesis edilmiştir.

⁷³ Yine, 6762 sayılı eski Ticaret Kanununda yer almayan ipoteğin tarafların anlaşması sonucu sona ermesi durumu da TTK.m.1049’da yer bulmuştur.

kaydının terkinine karar verilmesi (İİK.m.153) nedenleriyle sona erecektir. Ayrıca, geminin kurtarılamayacak şekilde batması (TTK.m.965/1⁷⁴), zapt ve müsadere edilmesi, cebri ve zaruri satışı (TTK.m.1350⁷⁵), gemi kaydının sicil-den terkinini (TTK.m.965, 966, 967), malikin talebi üzerine ipoteğin düşmesine karar verilmiş olması (TTK.m.1052, 1053) nedenleri de gemi ipoteğini sona erdirdir⁷⁶.

C) DENİZ ÖDÜNCÜ

Deniz ödöncü, kaptan tarafından kanunî temsil yetkisine dayanılarak gemi, navlun, yük veya bunlardan biri veya birkaçının rehnedilmesi suretiyle ödöncü para almak üzere kurulan ve alacaklının ancak rehnedilen şeylerden hakkını alabileceği, bu anlamda, sınırlı aynî sorumluluğun hâkim olduğu gemi rehninin denizcilik ihtiyaçlarına uygun en eski şeklidir⁷⁷ (ETK.m.1159⁷⁸).

Ortaya çıkışı tarihin ilk çağlarına kadar uzanan deniz ödöncü, özellikle orta çağda kredi temini hususunda büyük rol oynamaktaydı. Ortaçağda deniz ödöncünün iki türünden ilki, gemi maliki tarafından seyahatten önce yapılmaktaydı. Bugünün modern kredi vasıtası olan gemi ipoteği, bu tür deniz ödöncünü bertaraf etmiştir. Deniz ödöncünün ikinci türü, kaptan tarafından yolculuk esnasında gemi, navlun ve yük üzerine akdedilmekteydi⁷⁹.

⁷⁴ TTK.m.965/1, 6762 sayılı Kanunun 851. maddesinden küçük değişiklikler yapılarak alınmıştır. Birinci fıkraya ilişkin değişiklik ise, geminin yurt içinde ve yurt dışında cebri icra yoluyla satışı yahut başka bir sebeple bayrak çekme hakkını kaybetmesi ihtimali göz önüne alınarak “*her ne suretle olursa olsun*” ifadesinin eklenmesinden ibarettir. Bkz., Madde Gerekeçesi.

⁷⁵ TTK.m.1350 hükmünde, eski hükme nazaran kapsamlı değişiklik yapıldığı görölmektedir. Hüküm tesisinde, 1993 tarihli *Gemiler Üzerindeki İmtiyazlar ve İpotekler Hakkında Milletlerarası Sözleşmeden* esinlendiği söylenebilir. Kural olarak, 1993 tarihli bu sözleşmeye istinaden artırmayı yapacak merci tarafından sicile, malike ve tescil edilmiş hak sahiplerine artırma hakkında bildirim yapılması zorunludur. Bu ilkedeyola çıkarak yetkili merci ve diğer ilgiler tarafından satışın ilânı düzenlenmiştir. Bkz., Madde Gerekeçesi.

⁷⁶ Antmen, s. 38; Karabel, s. 25; Kalpsüz, s. 193 vd., Akıncı, s. 170 vd.; Kender/ Çetingil, s. 66-67; Karahacıoğlu/ Doğrusöz/ Altın, s. 71-73; Algantürk, Tez, s. 98 vd. Ayrıca bkz., Leemann, Hans, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Sachenrecht, IV. Band, II. Abteilung: Art. 730-918, Bern 1925, Art. 801, N. 2; Engi, s. 121; Ball, s. 18. Gemi ipoteğinin sona ermesinin taşınmaz rehninin sona ermesi ile uyumlu olduğunu ifade eden Altorfer ise, ZGB Art.801 (MK.m.858)’e yollama yaparak benzer bir sonuca varmaktadır (Altorfer, s. 65).

⁷⁷ Kalpsüz, s. 39; Kender/ Çetingil, s. 69; Karahacıoğlu/ Doğrusöz/ Altın, s. 74; Ergüne, s. 96; Karabel, s. 27.

⁷⁸ Hüküm, 6102 sayılı Ticaret Kanunu ile mülga edilmiş olup, hükmün yeni Kanunda karşılığı yoktur.

⁷⁹ Özü itibarıyla, deniz ödöncü, eski Ticaret Kanununun belirlediği özel şartlar (ETK.m.1160)

Eski değerini yitiren bu müessese, modern hukuk sistemlerinde varlığını hâlâ devam ettirmekteyse⁸⁰ de yeni Türk Ticaret Kanununa alınmamıştır. Zira, 6762 sayılı Ticaret Kanunun deniz ödöncünü düzenleyen 1160-1178 hükümleri, 6102 sayılı Ticaret Kanunu ile mülga edilmiş olup bu hükümlerin yeni Ticaret Kanununda karşılığı bulunmamaktadır. Çağdaş deniz ticaretinde uygulaması kalmayan, ancak 6762 sayılı Kanun ile düzenlenmiş olan kurumlara ve işlevi sona ermiş olan hükümlere 6102 sayılı Kanuna yer verilmemiştir. Deniz ödöncü de bu kurumlardan biridir⁸¹.

D) HAVA ARACI REHNİ

Medenî Kanun anlamında taşınır bir mal⁸² olarak kabul edilen hava araçları⁸³ üzerinde “*hava aracı ipoteği*” adı altında rehin hakkının kurulabilmesi, 14.10.1983 tarihli ve 2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu⁸⁴ ile mümkün kılınmıştır. Türk Sivil Havacılık Kanununa göre, hava aracı rehni, kanunun ta-

altında yapılan bir kredi sözleşmesi olarak ifade edilebilir. Ticaret Kanununun deniz ödöncü hakkındaki hükümlerinden yararlanabilmek için, kaptanın ETK.m.1164’e uygun olarak bir deniz ödöncü senedi düzenlemiş olması zorunluydu. (ETK.m.1163). Bu sebeple, deniz ödöncü yazılı şekle tâbiydi. Deniz ödöncü senedinin düzenlenmesiyle birlikte alacaklı, rehin konusu olarak belirlenen unsurlar üzerinde rehin hakkına sahip olacaktır. Bunun için rehin kapsamına giren taşınırın zilyetliğinin alacaklıya devredilmesine gerek olmadığı gibi, alacaklı lehine gemi siciline herhangi bir tescil yapılmasına da gerek yoktur. Bu sebeple, deniz ödöncü, sicilin sağlayacağı açıklıktan yoksun teslimsiz ve sicilsiz bir taşınır rehni türü olarak nitelendirilebilirdi. Deniz ödöncü borcu vadesinde ödenmediği takdirde, alacaklı, alacağını deniz ödöncüye karşı rehnedilen şeyler üzerinden tahsil edecektir. Bu hususta, rehni paraya çevrilmesi hakkındaki hükümlerin uygulanacağı kabul edilmektedir (ETK.m.1176/I). Ayrıca, deniz ödöncüye karşı rehnedilen şeylerin her biri deniz ödöncü alacaklısının alacağının tamamına karşılık kabul edilmişti (ETK.m.1171/I). Bu hükmün uygulanması sonucunda, payından fazlasını ödeyen bir rehin veren diğerlerine rücu hakkını haiz bulunmaktaydı.

⁸⁰ Akıncı, s. 15-16.

⁸¹ Ayrıca bkz., 6102 sayılı Kanunun Genel Gereğesi.

⁸² Türk Sivil Havacılık Kanununda, aksine bir hüküm bulunmadıkça hava araçları taşınır mal hükümlerine tâbidir (TSHK.m.65). Bu doğrultuda, Medenî Kanunun hava araçlarına yüklediği hukukî niteliğin, Türk Sivil Havacılık Kanununda da benimsenmiş olduğu söylenebilir. Ancak, Ticaret Kanununda kullanılan “*gemi ipoteği*” terimi gibi Türk Sivil Havacılık Kanununda da, “*hava aracı rehni*” teriminin yerine “*hava aracı ipoteği*” teriminin kullanılması uygun görölmüştür.

⁸³ Hava aracı kavramı hakkında detaylı bilgi için bkz., Akkurt, Sinan Sami, Türk Sivil Havacılık Mevzuatı ve Uluslararası Konvansiyonlar Kapsamında Sivil Havayolu ile Yolcu Taşımacılığından Kaynaklanan Hukukî Sorumluluk, Ankara 2014, s. 60-86. Ayrıca bkz., Bozabalı, Banu Bozkurt, Hava Yolu İle Yolcu Taşıma Sözleşmelerinde Taşıyanın Ölüm ve Cismani Zararlardan Doğan Hukukî Sorumluluğu, İstanbul 2013, s.148 vd.

⁸⁴ RG. 19.10.1983, S. 18196.

biri ile hava aracı ipoteği, sadece uçak siciline⁸⁵ kayıtlı hava araçları üzerinde kurulabilir⁸⁶. Sicile kayıtlı olmayan hava araçları üzerinde rehin hakkının tesisi ise, teslim bağli taşınır rehni hakkındaki hükümler çerçevesinde mümkün olabilecektir. Bu bakımdan, hava aracı ipoteğinin sicilli ve teslimsiz bir taşınır rehni olduğu söylenebilir⁸⁷.

Türk Sivil Havacılık Kanunu m.69'daki düzenlemeden yola çıkarak, hava aracı ipoteği, mevcut, müstakbel veya şarta bağli bir alacağı⁸⁸ güvence altına almak amacıyla uçak siciline kayıtlı bir hava aracı üzerinde, zilyetliğin devri gerekmeden sicile tescil ile doğan ve alacaklıya, alacak vadesinde ödenmediğinde alacağını hava aracının bedelinden elde etme hakkı veren fer'î nitelikte bir aynî haktır, şeklinde tanımlanabilir.

⁸⁵ Türk sivil hava araçlarının kaydı için Ulaştırma Bakanlığınca “uçak sicili” adı verilen bir sicil tutulmaktadır (TSHK.m.50). Esasında uçak, sicile kaydı gereken hava araçlarından sadece biridir. Bu sebeple, söz konusu sicile “hava araçları sicili” denilmesi daha tutarlı olurdu. Türkiye’de “uçak sicili” olarak literatüre geçmiş olan terim yukarıdaki yorumu destekler nitelikte İsviçre’de “*Luftfahrzeugbuch (hava aracı sicili)*” olarak kavramlaşmıştır. Bkz., **Altörfer**, s. 60. Uçak (hava araçları) siciline kaydedilecek araçlar hakkında bilgi için bkz., **Kaner**, İnci, Hava Hukuku (Hususi Kısım), 2. Bası, İstanbul 2004, s. 21-22. Ayrıca bkz., **Hızır**, Serdar/ **Turaev**, Alisher, Türk Hukukunda Hava Araçları Üzerinde İpotek Tesis Edilmesi, AÜHFD., C. 57, S. 3, 2008, s. 371-407, s. 376-378. Ayrıca, Sivil havacılık Genel Müdürlüğü tarafından çıkarılan 22.02.2016 tarihli *İnsansız Hava Aracı Sistemleri Talimatı*’nın *Tescil* başlıklı 12. maddesinin ilk fıkrasında “İHA0 ve İHA1 sınıfındaki İHA’lar için tescil işlemi yapılmaz. Uzaktan kumanda edilen İHA2 ve İHA3 sınıfındaki İHA’lar, Genel Müdürlük tarafından hava aracı siciline kayıt edilerek tescil işareti atanır.” denilerek kanunda geçen uçak sicili yerine talimatta hava aracı sicili terimi tercih edilmiştir. Ancak aynı maddenin 3. fıkrasında ise yine uçak sicili terimi kullanılmıştır. Talimat için bkz., http://web.shgm.gov.tr/documents/sivilhavacilik/files/mevzuat/sektorel/talimatlar/SHT-IHA_REV1.pdf (erişim tarihi: 28.04.2017).

⁸⁶ **Kaner**, s. 33. İsviçre Hukukunda da, sadece hava aracı siciline kayıtlı hava araçları üzerinde teslimsiz ve sicilli taşınır rehni kurulabilmektedir. Bkz., **Altörfer**, s. 58.

⁸⁷ **Baumann**, Max, Sachenrecht, Zürich 2008, s. 91; **Esener/ Güven**, s. 495; **Ertas**, Eşya, s. 550; **Ertas**, Teslimsiz, s. 90; **Ergüne**, s. 94; **Hızır/ Turaev**, s. 374; **Antmen**, s. 39. Ayrıca bkz., **Zobl**, N. 383; **Altörfer**, s. 56 vd. Zira, İsviçre Hukukunda, hava araçları siciline kayıtlı bulunan hava araçlarının teslim bağli rehne veya hapis hakkına konu olamayacakları açıkça düzenlenmiştir. Bkz., **Altörfer**, s. 64.

⁸⁸ Mevcut, müstakbel ya da şarta bağli bütün yabancı para alacakları için, Maliye Bakanlığı’ndan izin alınması ve bu iznin sicile kaydedilmesi şartıyla yabancı para üzerinden hava aracı ipoteği tesis edilebilir (TSHK.m.73). TSHK.m.73’ün, yabancı para ipoteği için Maliye Bakanlığının iznini zorunlu kılmasının, yabancı para üzerinden gemi ipoteğini düzenleyen ve Maliye Bakanlığının iznini kaldıran TTK.m.1016 hükmü karşısında, eleştiriye açık olduğu ileri sürülebilir. Aynı yönde bkz., **Hızır/ Turaev**, s. 397. Zira, yabancı para üzerinden hava aracı ipoteği, bu hâliyle gemiler ve taşınmazlar üzerinde kurulabilen yabancı para ipoteğinden (TTK.m.1016; MK.m.851/II) daha sıkı şartlara bağlanmıştır. Bkz., **Esener/ Güven**, s. 496.

Hava araçları üzerinde rehin hakkının tesisini “*akdi ipotek*⁸⁹” başlığı ile düzenleyen TSHK.m.70’e göre, hava araçları üzerinde sözleşmeye dayanan ipotek hakkı, malik ile alacaklıların anlaşması ve sicile tescil ile tesis edilecektir. Aynı maddenin ikinci fıkrası uyarınca da ipotek tesisine ilişkin anlaşmaların yazılı şekilde yapılması ve imzaların noterce onanmış olması şarttır.

Hükmün açık ifadesi gereği, hava aracı ipoteğinin tesisi için, öncelikle malik⁹⁰ ile alacaklı arasında rehin kurma borcunu doğuran bir ipotek sözleşmesinin yapılması gerekir. Ancak, kurulacak rehin hakkının hukukî sebebi durumundaki ipotek sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması ve imzaların noter tarafından onaylanması bir geçerlilik şartıdır⁹¹.

Sözü edilen geçerlilik şekline bağlı olarak yapılacak ipotek sözleşmesinin ardından, rehin hakkının Ulaştırma Bakanlığınca tutulan uçak siciline tescil edilmesi zorunludur. Zira, malik tarafından⁹² uçak siciline yapılması is-

⁸⁹ TSHK.m.70’de düzenlenen sözleşmeye dayalı ipotek hakkından başka, bir de TSHK.m.71’de düzenleme altına alınmış tescile tâbi olan kanunî ipotek hakkı vardır. TSHK.m.71 uyarınca, hava araçlarının yapımı ve onarımından doğan alacaklar için yapımçı veya onarımcı, hava aracı üzerinde kanunî bir ipotek hakkının tescilini talep edebilecektir. Akdi ipotek hakkından farklı olarak, kanunî ipotek hakkının tesisi için malik ile alacaklı arasında bir rehin sözleşmesi aranmayacak; rehin hakkı, doğrudan sicile tescil ile doğacaktır. Fakat, hava aracı üzerinde söz konusu olan bu kanunî ipotek hakkı, sadece hava aracının yapımında ve onarımında rol almış yapımçı ve onarımcılar için, onların bu eylemlerden doğan alacaklarını teminat altına almak amacıyla düzenleme altına alınmıştır. Yapı ipoteğine benzer şekilde kaleme alınmış hükmün ikinci fıkrası, Medenî Kanunun yapı (inşaatçı) ipoteğini düzenleyen MK.m.895-897 hükümlerine atıf yapmıştır.

⁹⁰ TSHK.m.70’de, ipotek sözleşmesinin tarafları malik ile alacaklı olarak belirtildiğine göre, borçtan şahsen sorumlu olmayan bir üçüncü kişi dahi başkasının borcu için kendi hava aracı üzerinde ipotek tesis edebilmelidir.

⁹¹ **Esener/ Güven**, s. 495; **Ergüne**, s. 89; **Hızır/ Turaev**, s. 380-381. İsviçre Hukukunda ise, rehin sözleşmesinin geçerliliği için iki tarafın da rehin sözleşmesini imzaları yeterli sayılmıştır. Bkz., **Altorfer**, s. 59. Alacaklı lehine rehin hakkının tescil edilebilmesi için, TSHK.m.70’de belirtilen geçerlilik şartına bağlı olarak yapılmış bir ipotek sözleşmesinin varlığı şarttır. Yani, hava aracı ipoteğinde tasarruf işleminin geçerliliği, borçlandırıci işlem niteliğindeki ipotek sözleşmesinin geçerliliğine bağlıdır. Zira, hava aracı ipoteği de diğer teslimsiz ve sicilli taşınır rehni türleri gibi sebebe bağlı (illi) bir hukukî işlemdir. Bkz., **Altorfer**, s. 58; **Oftinger/ Bär**, Art. 885, N. 48. Bu fıkreye dayanak olarak, hava aracı ipoteğini düzenleyen Türk Sivil Havacılık Kanununun Medenî Kanun hükümlerine yaptığı atıflar yanında, rehin hakkının tescili için geçerli bir rehin sözleşmesinin yapılmasının aranması gösterilebilir. Bkz., **Ergüne**, s. 89, dn. 89.

⁹² Gemi ipoteğinde olduğu gibi, malikin tescil talebinde bulunmaktan kaçınması hâlinde, alacaklı, rehin hakkının sicile tescilini sağlamak amacıyla şahsî nitelikteki ipotek sözleşmesine dayanarak bir tescile zorlama davası açabilir. Gemi ipoteği açısından varılan sonuca benzer şekilde, bu amaçla açılan dava sonucunda verilen olumlu yöndeki mahkeme kararı, hava ipoteğinin sicile yapılacak tescilden önce kazanılmasını sağlamaz. İpotek, uçak

tenen tescil, ipotek hakkının doğumu bakımından kurucu bir etkiye sahiptir⁹³. Bu yüzden, yapılacak tescilin, teslim bağli rehindeki zilyetliğin devrini karışladığı söylenebilir⁹⁴. Alenî nitelikteki uçak siciline yapılan bu tescil ile hava aracı üzerinde kurulan ipotek hakkının kamusal açıklığı da sağlanmış olur (TSHK.m.51)⁹⁵.

Açıklık ilkesi ile desteklenmiş uçak sicilindeki kayıtların doğruluğuna iyiniyetle güvenen kişilerin aynî kazanımları TSHK.m.52 gereğince korunacaktır. Bu hükme göre, uçak sicilindeki kayıtlar gerçek hak durumuna uygun düşme bile, bu yolsuz kayıtlara iyiniyetle güvenerek ipotek hakkını kazanan kişilerin bu kazanımları korunur⁹⁶.

Kanun koyucu, hukukî niteliği itibarıyla, teslimsiz ve sicilli bir taşınır rehni türü olan hava aracı ipoteğini, taşınmaz rehnine benzer şekilde düzenleme altına almayı tercih etmiştir. Bunun en çarpıcı örneği, sicile kayıtlı hava araçları üzerinde sabit derece sistemi çerçevesinde birden çok derece ve sırada hava aracı ipoteği kurulabilmesinde gözlenebilir⁹⁷.

siciline yapılacak tescil ile doğacaktır. Bkz., **Hızır/ Turaev**, s. 382 ve dn. 342. Ancak, açılan davaya rağmen malikin hava aracı üzerindeki tasarruf yetkisi devam edeceğinden, alacaklının beklemece aynı hakkını korumak amacıyla malikin tasarruf yetkisini kısıtlar nitelikte bir şerhi uçak siciline işletmesi gerekecektir. Ne yazık ki, gemi ipoteğinde olduğunun aksine TTK.m.977 gibi bir hüküm, Türk Sivil Havacılık Kanununda yer almamaktadır. Bu boşluğu, gerek TTK.m.977'nin gerek MK.m.1010/I, b. 1'in kıyasen uygulanmasıyla doldurmak amaca uygun bir çözüm tarzı olarak ileri sürülebilir. TTK.m.977'nin kıyasen uygulanacağı yönünde bkz., **Ergüne**, s. 92.

⁹³ **Altörfer**, s. 61; **Kaner**, s. 34; **Esener/ Güven**, s. 495; **Ertaş**, Eşya, s. 550; **Ertaş**, Teslimsiz, s. 90; **Ergüne**, s. 89; **Hızır/ Turaev**, s. 381; **Antmen**, s. 39.

⁹⁴ Hava aracı ipoteğinin teslimsiz ve sicilli bir taşınır rehni türü oluşu, zilyetliğe bağli olarak taşınırlar üzerinde iyiniyetle aynî hak kazanmayı düzenleyen MK.m.988 ve 939/II'nin hava aracı ipoteği açısından uygulanmasını imkânsız kılar. Gemi ipoteğiyle özdeş olarak rehin hakkı, sicile yapılan tescille doğduğundan, bu rehin türünde de, zilyetliğin aynî hakkı kazandırıcı bir fonksiyona sahip olması beklenemez. **Reisoğlu**, Menkul, s. 4 vd.; **Hızır/ Turaev**, s. 382. Ancak, uçak siciline kayıtlı olmayan hava araçları hakkında teslim bağli taşınır rehni hükümleri uygulanabileceğine göre, MK.m.988 ve 939/II'nin, bu tür araçların rehinde uygulama alanı bulacağı tartışmasızdır. Bkz., **Ergüne**, s. 93, dn. 93.

⁹⁵ **Altörfer**, s. 60, 61; **Ergüne**, s. 90-91; **Kaner**, s. 21.

⁹⁶ **Altörfer**, s. 61-62; **Kaner**, s. 25-27; **Davran**, Rehin, s. 180; **Hızır/ Turaev**, s. 384. Uçak siciline hâkim olan ve TSHK.m.52 ile varlık kazanan güven ilkesi gereğince, sicilde malik gözüken, ancak gerçekte malik olmayan birinden ipotek veya başka bir aynî hakkın kazanımı için, hakkı kazanacak olan kişinin uçak sicilindeki kayda iyiniyetle güvenmiş olması gerekli ve yeterlidir. Ancak, TSHK.m.52'nin bu koruması, yalnızca alacağa bağli fer'i bir hak olan hava aracı ipoteği için geçerlidir. Yoksa rehin ile teminat altına alınan alacağın varlığına ilişkin bir koruma söz konusu değildir. Bkz., **Ergüne**, s. 93.

⁹⁷ Türk Sivil Havacılık Kanununda, sabit derece ilkesinin benimsendiğine ilişkin açık

Hava aracı ipoteğinde teminatın konusu⁹⁸, Medenî Kanunun 862 ve 863. maddelerinin; teminatın kapsamı ise, yine Medenî Kanunun 875/I ve 876. maddelerinin kıyasen uygulanması ile belirlenecektir (TSHK.m.75, 76). Hava aracı ipoteği, hak sahibine, alacağın vadesinde ifa edilmemesi hâlinde, ipoteğin kapsamına giren unsurların paraya çevrilmesini talep edebilme yetkisi verir. Borçlunun borcunu vadesinde ödememesi durumunda, hava aracının mülkiyetinin alacaklıya geçeceğine ilişkin her türlü anlaşma geçersizdir (TSHK.m.83/II)⁹⁹.

Diğer rehin hakları gibi fer'î bir hak olan hava aracı ipoteğinin sona ermesi, alacağın sona ermesine bağlıdır. Alacaklının feragati ve ipotekle mülkiyetin aynı kişide birleşmesi ile de ipotek sona erer (TSHK.m.84/II). Ayrıca, ipotek, ipoteğin ileri sürülmesini devamlı olarak imkânsız kılan bir def'îye sahip olan malikin alacaklıdan feragatte bulunmasını talep etmesi suretiyle de son bulur¹⁰⁰. Bu durumda, alacaklının feragati, borçlu tarafından yapılan terkine rıza göstermek şeklinde gerçekleşir (TSHK.m.84/III). Alacağın üçüncü bir kişiye temlik edilmesi¹⁰¹ durumunda da, hava aracı ipoteği eski alacaklı bakımından sona erecektir¹⁰². Zira, alacak ipotekten, ipotek de alaktan ayrı olarak devredilemeyecektir.

bir hüküm mevcut değildir. Ancak, sigortacının halefiyetini düzenleyen TSHK.m.79, sigortacının halefiyetini, kendilerine karşı sorumluluğu devam eden ve *derecesi aynı olan veya sonra gelen ipotekli alacaklıların* zararına olarak ileri süremeyeceğini belirtilirken, sabit derece ilkesini benimsemiş gözükmetedir. Dolayısıyla, kanun koyucunun hava aracı ipoteği açısından sabit derece ilkesini benimsediği, TSHK.m.79'un yorumundan çıkarılabilir. Bkz., **Kaner**, s. 36; **Hızır/ Turaev**, s. 386. Aynı yönde bkz., **Esener/ Güven**, s. 497; **Ergüne**, s. 95. İsviçre Hukukunda ise bu yönde açık hüküm vardır. Bkz., **Altörfer**, s. 63, dn. 57. Hava aracı ipoteğinin bir taşınır rehni türü olduğu ve taşınmaz rehnine ait sabit derece ilkesinin burada geçerli olmadığı, boşalan bir hava aracı ipoteğinin yerine, arka sıradaki hava aracı ipoteklerinin birer basamak ilerleyeceği yönünde bkz., **Ertaş**, Eşya, s. 550; **Ertaş**, Teslimsiz, s. 90. Ayrıca bkz., **Altörfer**, s. 63.

⁹⁸ Taşınır rehninde, sigorta tazminatının rehnin kapsamına girdiği hususunda, Medenî Kanunda açık bir hüküm yoktur (MK.m.947). Hava aracı ipoteğinde ise, sigorta tazminatının rehnin kapsamı içinde yer aldığı açıkça belirtilmiştir (TSHK.m.77). TSHK.m.78, sigortacının, ipotek hakkı sahibinin haklarını dikkate almadan hava aracı malikine ödeme yapmış olması durumunda, ipotek hakkı sahibine karşı sorumluluktan kurtulmuş olmadığını düzenlerken aslında, uçak sicilinin açıklık ilkesi anlamında alenî olduğunu ve sicildeki kaydı herkesin bildiğinin varsayıldığını tekrarlamıştır.

⁹⁹ TSHK.m.83/II hükmü, MK.m.873/II ve MK.m.949 hükümlerinde yer alan *lex commissoria* yasağının hava aracı ipoteği açısından tekrarlanmasıdır.

¹⁰⁰ **Kaner**, s. 38; **Esener/ Güven**, s.497; **Ertaş**, Eşya, s. 550; **Ertaş**, Teslimsiz, s. 90; **Antmen**, s. 39.

¹⁰¹ TSHK.m.84/I gereğince, alacağın temlik yazılı şekilde ve sicile tescil ile gerçekleştirilmelidir.

¹⁰² **Esener/ Güven**, s. 497.

E) MADEN İŞLETME HAKLARININ VE MADEN CEVHERİNİN REHNİ

4.6.1985 tarihli ve 3213 sayılı Maden Kanunu¹⁰³ bünyesinde, iki ayrı sicilli ve teslimsiz taşınır rehni öngörülmüştür. Bunlardan ilki, maden işletme haklarının rehnine; ikincisi ise, taşınır mal niteliğinde olan maden cevherinin rehnine ilişkindir.

Maden işletme haklarının¹⁰⁴ rehni (maden ipoteği), Maden Kanununun 42. maddesi ile düzenleme altına alınmıştır. Bu rehin hakkı, alacağa bağlı fer'î bir hak olarak, yalnızca maden işletme ruhsatı sahibinin¹⁰⁵ maden için yapmış olduğu borcunun ve ileride bu maksatla borçlanmasının temini için tesis edilebilir (Maden Kanunu m. 42)¹⁰⁶.

Maden Kanununun 38. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, maden ipoteğinin kurulabilmesi, maden siciline rehin hakkının tescil edilmesine bağlıdır. Bu bakımdan, maden siciline yapılacak tescil, rehin hakkının doğumu açısından kurucu nitelik taşır¹⁰⁷ (Maden Kanunu m. 38/IV). Ayrıca, alenî nitelikteki maden sicilinde gerçekleştirilecek tescil, rehin hakkının kamusal açıklığını gerçekleştirir¹⁰⁸.

¹⁰³ RG. 15.6.1985, S. 18785.

¹⁰⁴ Maden Kanunun 4. maddesi uyarınca, devletin hüküm ve tasarrufu altında olup, içinde bulundukları arzın mülkiyetine tâbi bulunan madenleri işletme hakları, kamu hukukuna dayanan bir imtiyaz hakkı niteliğindedir. Dolayısıyla, bu işletme hakkı üzerinde tesis edilen rehin hakkı, MK.m.954 çerçevesinde haklar üzerinde rehin olarak nitelendirilmelidir. Bkz., **Köprülü/ Kaneti**, s. 449; **Ergüne**, s. 86. Bu sebeple, Maden Kanununun, Medenî Kanunun ipoteğe ilişkin hükümlerine yapmış olduğu atfa şüpheyle bakılabilir. Bu durumun, maden ipoteğini taşınır rehninden çıkarıp, taşınmaz rehnine dönüştüreceği yönünde bkz., **Ertaş**, Eşya, s. 548; **Ertaş**, Teslimsiz, s. 89.

¹⁰⁵ Maden Kanununun 42. maddesinin 1., 2., 3. ve 5. fıkralarında yer alan “*ön işletme ve*” ibaresi, 5.6.2004 tarih ve 25483 sayı ile Resmî Gazetede yayımlanan, 26.5.2004 tarih ve 5177 sayılı Kanunun 38. maddesinin (d) bendi hükmü gereğince yürürlükten kaldırılmıştır. Bu değişiklikten sonra, ön işletme ruhsatına sahip olan kişi, maden için yapmış olduğu borcunun ve ileride bu maksatla borçlanmasının temini için Maden Kanununun 42. maddesi anlamında rehin hakkı tesis edemeyecektir.

¹⁰⁶ Bu düzenleme ile kanun koyucu, maden işletme haklarının rehni ile teminat altına alınacak alacaklar için sınırlama getirmiştir. Maddeden açıkça anlaşılabileceği gibi, sadece maden işletme ruhsatı sahibinin maden için yapmış olduğu borçlarını ve ileride bu maksatla yapacağı borçlanmaları teminat altına almak için rehin tesisi söz konusu olabilir. Bkz., **Esener/ Güven**, s. 493; **Ergüne**, s. 82.

¹⁰⁷ **Köprülü/ Kaneti**, s. 449; **Ertaş**, Eşya, s. 548; **Ertaş**, Teslimsiz, s. 88; **Ergüne**, s. 83; **Göger**, Erdoğan, Maden Hukuku, Ankara 1979, s. 134.

¹⁰⁸ Gerçekten, Maden Kanununun 38. maddesi, “*Maden sicili alenîdir. İlgililer sicil kayıtlarının*

Maden siciline tescil ile kurulacak maden ipoteğinin hukukî sebebi durumundaki rehin sözleşmesi için, Maden Kanununda öngörülmüş bir geçerlilik şekli bulunmamaktadır. Ancak, Maden Kanunu m. 45'in, Medenî Kanunun ipoteğe ilişkin hükümlerine yapmış olduğu atıf sebebiyle, rehin sözleşmesinin geçerlilik şartı olarak resmî şekle tâbi olduğu söylenebilir. Söz konusu resmî şekli gerçekleştirecek makam ise, Noterlik Kanunu m.60/b.1 gereğince, noterlerdir¹⁰⁹.

Maden Kanunu, maden işletme haklarının rehni bakımından sabit derece ilkesini benimsemiştir¹¹⁰ (Maden Kanunu m. 42/I). Bu rehin hakkında sabit derece ilkesinin uygulanmasına ilişkin esaslar, Medenî Kanunun sabit derece ilkesine ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması yoluyla belirlenecektir (Maden Kanunu 45).

İşletme ruhsatı ile bir bütün teşkil eden Maden Kanununun 40. maddesinin birinci fıkrasında yazılı tesis, vasıta, âlet ve malzemenin tamamı¹¹¹ ipote-

maden sicil memurlarından biri huzurunda gösterilmesini isteyebilir. Maden sicilindeki kayıtların bilinmediği iddia edilemez” ifadesine yer verirken, açıklık ilkesine vurgu yapmıştır. Hükmün son fıkrasında yer bulan “*Madenler üzerine iktisap edilecek haklar tescil edilmedikçe hüküm ifade etmez.*” şeklindeki ifade ise, tescil ilkesine işaret ederken, taşınır rehniinde zilyetliğin devrinin karşıladığı açıklık ilkesini maden rehniinde üstlenmiş bulunmaktadır.

¹⁰⁹ Zira, noterlerin görevlerini düzenleyen NK.m.60'ın birinci bendine göre noterler, yapılması kanunla başka bir makam, merci veya şahsa verilmemiş olan her türlü hukukî işlemi yapmaya yetkilidir. Noterin resmî şekle tâbi olan rehin sözleşmesini düzenlemesinden sonra, maden siciline rehin hakkının tescili gerçekleştirilebilir. Tescil talebinde bulunacak olan kişi, işletme ruhsatı sahibidir. İşletme ruhsatı sahibi, tescil talebinde bulunmaktan kaçınırsa, rehinli alacaklı ruhsat sahibi ile aralarında bulunan rehin sözleşmesine istinaden tescilin yapılmasını sağlamak adına bir eda davası açabilir. Gemi ve hava aracı ipoteğinde varılan sonuçla özdeş olarak, söz konusu dava sonucunda rehinli alacaklı lehine verilen karar, adına maden siciline tescilin yapılmasını isteme hakkı verir. Ancak, rehin hakkı maden siciline yapılacak kurucu tescil ile doğacaktır. Aynı yönde **Ergüne**, s. 84-85. Rehinli alacaklının rehin hakkının tesciline yanaşmayan rehin veren aleyhine açmış olduğu dava, rehin verenin tasarruf yetkisini kısıtlamaz. Bu riski engellemek isteyen rehinli alacaklı, Maden Kanunu m. 45'in Medenî Kanunun ipotek ile ilgili hükümlerine yaptığı atıftan yola çıkarak ve MK.m.1010/I, b.1 hükmüne dayanarak maden siciline şerh düşülmesini sağlayabilmelidir. Bu şerh, alenî nitelik taşıyan maden sicilinin kamusal açıklığıyla da desteklenince, üçüncü kişilerin iyiniyet iddiasını dinlenmez kılacaktır. Bkz., **Ergüne**, s. 85.

¹¹⁰ **Esenler/ Güven**, s. 493; **Ertas**, Eşya, s. 549; **Ertas**, Teslimsiz, s. 89; **Ergüne**, s. 85. **Göger** ise, dereceler dizgesinin (sabit derece ilkesinin) benimsenmesini, madencilğin dinamizmine uymadığı gerekçesiyle eleştiriyor. Yazara göre, tescil zamanı esas alınarak rehin haklarının sırasının belirlenmesi, madencilğin ekonomik dinamizmine daha uygundur (**Göger**, s. 132).

¹¹¹ Maden Kanununun 40. maddesinde yer alan, madenin işletilmesinde gerekli olan kuyular, ocaklar ve galeriler ile makineler, binalar, yer altında ve yer üstünde kullanılan her türlü nakil vasıtaları, madenin çıkarılması, temizlenmesi, izabesi gibi cevherin kıymetlendirilmesine

ğin konusuna girmektedir (Maden Kanunu m. 42/III). Ayrıca, maden ipoteğinde borçlunun sorumluluğu, rehin konusu işletme hakkı ile sınırlı sayılmamış, taşınmaz ipoteğinde olduğu gibi borçlunun kişisel malvarlığı ile sınırlı sorumluluğu ilkesi benimsenmiştir¹¹² (Maden Kanunu m. 44/I).

Maden Kanunu bünyesinde yer alan ikinci rehin hakkı ise, madenlerden çıkarılan cevherlerin rehnidir. Madenlerden çıkarılan cevherler, arama ve işletme ruhsat sahibinin¹¹³ Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı Maden İşleri Genel Müdürlüğüne yazılı müracaatları üzerine bildirilen şahıslara teslim edilmeksizin, maden siciline tescil edilerek rehnedilebilir (Maden Kanunu m. 39). Hükümden anlaşılacağı gibi, maden cevheri rehni, bir teslimsiz ve sicilli taşınır rehni türüdür¹¹⁴.

Maden cevherinin rehni için, öncelikle bir rehin sözleşmesinin yapılması gerekir. Herhangi bir şekle tâbi olmayan rehin sözleşmesi¹¹⁵, rehin veren durumundaki arama ve işletme ruhsatı sahibine, rehinli alacaklı lehine maden siciline tescil yaptırma borcunu doğurur. Rehni sözleşmesinden sonra, rehin

yarayan âlet ve tesisler, ipoteğin kapsamına dâhil sayılmıştır (Maden Kanunu m. 42/III).

¹¹² Maden ipoteği ile sınırlandırılmış bir işletme ruhsatının üçüncü kişiye devri hâlinde, bu hakkı devreden borçluluk durumunda bir değişiklik meydana gelmez ve alacağın teminatını teşkil eden ipotek de aynen saklı kalır. Ancak, maden işletme ruhsatını devralan şahıs ipotekle temin edilmiş olan borcu da şahsen kabul ve taahhüt ettiğini ve alacaklı, keyfiyetin Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığınca kendisine tebliğinden itibaren, bir yıl içinde hakkını evvelki borçluya karşı muhafaza ettiğini yazı ile bildirmedeği takdirde, işletme ruhsatını devreden evvelki borçlu borcundan kurtulur. Bu durumda, kişisel sorumluluğun sona erdiği ifade edilmektedir (Maden Kanunu m. 44/II, III).

¹¹³ 39. maddenin birinci fıkrasında yer alan “*ön işletme*” ibaresi de aynen Maden Kanunu 42. maddenin, 1., 2., 3. ve 5 fıkralarında olduğu gibi, 5.6.2004 tarih ve 5177 sayılı Kanunun 38. maddesinin (d) bendi hükmü gereğince yürürlükten kaldırılmıştır. Bu değişiklikten sonra, ön işletme ruhsatı sahibi, maden cevherini, Maden Kanunu m.39 çerçevesinde rehnedemeyecektir.

¹¹⁴ Köprülü/ Kaneti, s. 450; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir, s. 988; Gürsoy/ Eren/ Cansel, s. 1089. Ayrıca bkz., Göger, s. 131; Davran, Rehin, s. 85; Davran, Sicilli, s. 174; Reisoğlu, Menkul, s. 17; Ertaş, Eşya, s. 548; Ertaş, Teslimsiz, s. 88; Ergüne, s. 86; Antmen, s. 39.

¹¹⁵ Maden cevherinin rehnedilmesi amacıyla yapılacak rehin sözleşmesinin, herhangi bir şekil şartına tâbi olmadığı ifade edilmelidir. Zira, maden cevherinin rehni için, maden işletme haklarının rehniinde olduğu gibi, resmî şekli zorunlu kılacak şekilde Medenî Kanunun ipoteğe ilişkin hükümlerine atıf yapılmamıştır. Bu sebeple, tarafların maden cevherinin rehniini gerçekleştirmek için yapacakları rehin sözleşmesinin, TBK.m.12/1 çerçevesinde herhangi bir şekle tâbi kılınmamış olduğu ileri sürülebilir. Aynı yönde bkz., Ergüne, s. 87. Maden cevherinin teslimsiz ve sicilli rehne ilişkin özellikleri saklı kalmak kaydıyla teslim bağli rehin hükümlerine göre rehnedilmesine de yasal bir engel yoktur. Bkz., Ertaş, Eşya, s. 548; Ertaş, Teslimsiz, s. 88-89; Antmen, s. 39 ve dn. 86.

hakkının doğumu için, arama ve işletme ruhsatı sahibinin talebi ile kurucu nitelikteki tescilin yapılması zorunludur¹¹⁶.

Ruhsat sahibinin tescilden kaçınması hâlinde, rehinli alacaklının açacağı bir eda davası ile onu tescile zorlama hakkı gündeme gelecektir. Bu dava sonucunda verilen karar, benzer müesseseler için daha önce ifade edildiği şekliyle özdeş şekilde rehin hakkını kurucu bir etkiye sahip değildir. Zira, Maden Kanununa göre, rehin hakkının kurulması için tescil şarttır¹¹⁷.

Maden cevheri üzerindeki rehin haklarının birden çok olması durumunda, rehin haklarının sırası, maden işletme haklarının rehninden farklı olarak sabit derece ilkesine göre değil, kuruluş tarihine göre belirlenecektir (MK.m.948/II)¹¹⁸.

Bir alacağı güvence altına almak amacıyla¹¹⁹ kurulan ve alacağa bağlı,

¹¹⁶ Maden cevheri üzerinde kurulacak teslimsiz ve sicilli rehin hakkının tescille kurulduğu kabul edildiğine göre, tescile dayanak teşkil edecek hukukî sebep olarak yazılı bir rehin sözleşmesinin aranmasının gerektiği düşünülebilir. Bu düşünceden yola çıkarak, rehin sözleşmesinin en azından adı yazılı şekil şartına bağlı olduğu ileri sürülebilirse de, kanun koyucunun maden cevherinin rehni için, maden işletme haklarının rehni olduğu gibi, resmî (ya da herhangi bir) şekil şartını öngörecektir şekilde Medenî Kanunun ipotége ilişkin hükümlerine atıf yapmamış olması, bu düşüncüyü zayıflatmaktadır.

¹¹⁷ Tescilsiz kazanmaya ilişkin bir hüküm, Maden Kanununun bünyesinde yer almadığına göre, rehin hakkının tescilsiz olarak mahkeme kararının kesinleşmesi ile kazanıldığını söylemek dayanaksız olacaktır. Rehlinli alacaklının ruhsat sahibini tescile zorlamak amacıyla açtığı bu dava, onun tasarruf yetkisini ortadan kaldırmaz. Maden Kanununun bünyesinde, rehinli alacaklıyı, ruhsat sahibinin rehinli alacaklıya zarar verecek nitelikteki muhtemel tasarruflarına karşı koruyucu bir hüküm de mevcut değildir. Bu yüzden, ruhsat sahibinin maden cevheri üzerindeki tasarruflarının kendisine zarar vermesini engellemek isteyen rehinli alacaklı, açık bir atıf olmamasına rağmen, Medenî Kanunun 1010/I.b.1 hükmüne dayanarak maden siciline şerh düşülmesini talep edebilmelidir. Medenî Kanundaki hükümlere herhangi bir atıf yapılmaması sebebiyle, burada ancak HMK.m.389 ve devamında düzenlenmiş olan ihtiyatî tedbirlere ilişkin hükümlere başvurmak suretiyle rehinli alacaklı açısından hukukî bir korumanın mümkün olabileceği yönünde bkz., **Ergüne**, s. 88.

¹¹⁸ Maden cevherinin rehni açısından sabit derece ilkesinin uygulama alanı yoktur. Zira, Maden Kanununda sabit derece ilkesinin benimsendiğine ilişkin bir hüküm olmadığı gibi, bu konuda, Medenî Kanuna yapılmış bir atıf da söz konusu değildir. O hâlde, maden cevheri üzerindeki rehin haklarının sırasını belirlemek açısından, aksi belirtilmedikçe, bütün taşınır rehni türleri için geçerli olan ve teslime bağlı rehne ilişkin olarak MK.m.948/II'de düzenlenmiş bulunan tarih itibarıyla öncelik ilkesini işletmekte herhangi bir duraksamaya yer olmamalıdır.

¹¹⁹ Genel anlamda maden rehni (maden işletme hakları ve maden cevheri rehni), yalnızca güvence işlevini yerine getirir. Bu bakımdan, maden rehninin Maden Kanunundaki hükümler çerçevesinde tedavül işlevi yoktur. Bkz., **Göger**, s. 135. Maden rehni, ancak belli bir alacak için Türk Parası ile gösterilecek tutar üzerinden kurulabilir. Yabancı para üzerinden maden rehninin kurulup kurulamayacağı konusunda açıklık yoktur. Maden Kanunu m. 45'in yollamasıyla MK.m.851/II'nin en azından maden işletme haklarının rehni bakımından

fer'î nitelik taşıyan maden işletme hakkı ve maden cevheri rehni, alacağın ifası, takas, yenileme gibi genel anlamda alacağı sona erdiren sebeplerle son bulur. Alacak sona erince, Maden Kanununun Medenî Kanuna yaptığı yollama sebebiyle rehin veren, kütükteki kaydın terkinini rehinli alacaklıdan isteme hakkına sahiptir (Maden Kanunu, m.45; MK.m.883).

F) UMUMA AÇIK YERLERİN İŞLETİLMESİNDEN DOĞAN KAMU ALACAKLARI İÇİN BU YERLERDEKİ EŞYALAR ÜZERİNDE REHİN

6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun¹²⁰ 12. maddesi çerçevesinde, bar, otel, han, pansiyon, çalgılı yerler, sinemalar, oyun ve dans yerleri, birahane, meyhane, genel evler içerisinde¹²¹ bulunan eşya ve malzeme İcra ve İflâs Kanununun 270, 271. madde hükümleri saklı kalmak kaydıyla, bu müesseselerin işletilmesinden doğan kamu borçlarına karşı teminat hükmündedir.

Noterden tasdikli kira sözleşmesinde¹²² taşınmaz sahibinin demirbaşı olarak kayıtlı eşya ve malzemesi ile otel, han ve pansiyonlardaki misafir ve kiracıların kendilerine ait eşyaları bu hükmün kapsamı dışındadır (AATUHK.m.12/II). Üçüncü kişilerin Medenî Kanunun 764 ve Borçlar Kanununun 222. maddelerine dayanarak bulunacakları istihkak iddiaları saklı kalmak üzere¹²³, bu

uygulanma alanı bulabileceği savunulabilir. Maden Kanununda bu konuda açık hüküm bulunmamasına rağmen (gemi ve hava aracı ipoteği için Ticaret ve Türk Sivil Havacılık Kanununda olduğunun aksine) Medenî Kanuna yapılan yollamayla yabancı para üzerinden maden rehni kurulabileceğinin kabulü iddialı görülebilirse de, maden işletmeciliği gibi yabancı sermaye destekli bir sektörde yabancı para üzerinden rehin hakkının kurulmasına izin vermek amaca uygun düşecektir.

¹²⁰ RG. 28.7.1953, S. 8469.

¹²¹ AATUHK.m.12/I'de teminat kapsamında bulunan yerler sınırlayıcı olarak sayılmış olup, bunlar dışında kalan yerlerdeki eşyalar üzerinde madde kapsamında bir rehin hakkı söz konusu olmayacaktır. Bu bakımdan, "lokanta"nın sayılan yerlerden olmadığı yönünde bkz., 13. HD., 13.11.1989, E. 1989/3117, K. 1989/4772 (Şimşek, Edip, Amme Alacakları Tahsil Usulü Kanun Şerhi, İstanbul 1996, s. 49).

¹²² Esasen, kira sözleşmesi herhangi bir şekle tâbi olmadığı hâlde, burada, kira sözleşmesinin noterden tasdikli yapılmış olması aranmaktadır. Aslında bu durum, sözleşmelere tanınmış olan şekil serbestisinin kanunlarda yer alan sınırlarından birine örnek olarak gösterilebilir. Bkz., Davran, Sicilli, s. 176.

¹²³ MK.m.764'ten yola çıkarak, mülkiyeti saklı tutma sözleşmesinin varlığı hâlinde, üçüncü kişilerin istihkak iddiasına imkân verildiği ifade edilmelidir. Ancak, hükmün ifade tarzından yola çıkarak, rehin konusu taşınır eşyanın mülkiyeti başkasına aitse ve mülkiyeti saklı tutma sözleşmesi de yoksa rehin hakkının maliklere karşı ileri sürülebileceği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, MK.m.988'de sadece iyiniyetli kişilerin aynî kazanımları korunurken burada,

yerlerdeki mallar üzerindeki istihkak iddiaları alacaklı kamu idaresinin bu teminat hakkını ihlâl etmez (AATUHK.m.12/III).

Bu rehin hakkının doğumu için, diğer rehin türlerinde olduğunun aksine, borçlandırıcı işlemin (rehin sözleşmesinin) ardından tasarruf işleminin (aynî sözleşme ve zilyetliğin devrinin veya bir sicile tescilin) gerçekleştirilmesine gerek duyulmaz. Bu özellikler dikkate alındığında, söz konusu rehin hakkının doğrudan doğruya kanundan doğduğu ve her türlü kamusal açıklıktan yoksun bir aynî hak olduğu ifade edilebilir¹²⁴. O hâlde, umuma açık yerlerin işletilmesinden doğan kamu alacakları için, bu yerlerdeki eşya üzerindeki rehin hakkının, her ne kadar eşya hukuku anlamında bir rehin olmadığı düşünülebilirse de, teslimsiz ve sicilsiz bir taşınır rehni türü olarak ifade edilmesi uygun olur¹²⁵.

G) TARIM KREDİ KOOPERATİFLERİNİN ORTAKLARINA VERDİĞİ KREDİLEDEN DOĞAN ALACAKLARI İÇİN REHİN HAKKI

1582 sayılı Tarım Kredi Kooperatifleri ve Birlikleri Kanununun¹²⁶ 13. maddesine göre, ortakların kredilerine mesnet olarak gösterdikleri ürünleri, hayvanları¹²⁷ ve üretimleri ile ilgili her türlü makina ve araçları üzerinde ortağı bulundukları kooperatiflerin rehin hakları bulunmaktadır. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre ise sözü edilen eşyalar, borçlu ortaklara yediemin sıfatıyla teslim edilmiş sayılırlar ve üçüncü kişiler tarafından hiç bir suretle haczedilemezler¹²⁸.

Görüldüğü gibi, söz konusu kanunî teslimsiz ve sicilsiz taşınır rehni¹²⁹ sayesinde, hem kooperatiflere verdikleri kredi için güvence sağlanmakta, hem

böyle bir ayırma gidilmediği söylenebilir. Bkz., **Reisoğlu**, Menkul, s. 21.

¹²⁴ **Ergüne**, s. 95.

¹²⁵ **Köprülü/ Kaneti**, s. 453; **Gürsoy/ Eren/ Cansel**, s. 1090; **Ergüne**, s. 95-96; **Antmen**, s. 40.

¹²⁶ RG. 28.4.1972, S. 14172.

¹²⁷ MK.m.940/I'de yer alan hayvan rehni, Tarım Kredi Kooperatifleri ve Birlikleri Kanununun 13. maddesi karşısında genel hükümdür. Bu nedenle, hayvan rehnini krediye ihtiyaç duyan her hayvan maliki kurabilirken, söz konusu özel hükme istinaden kurulacak rehin hakkı, sadece belirli bir kredi kurumu lehine, onun ortağına verdiği krediyi güvence altına almak üzere özel olarak tanınmıştır. Bkz., **Esener/ Güven**, s. 494.

¹²⁸ Söz konusu hükmün özelliği, rehinli taşınırın rehin verenin elinde bulunduğu sürece, rehlin sonuçlarını doğurmayacağını belirten MK.m.939/III hükmündeki ilkeden farklı bir çözüm tarzını benimsemiş olmasıdır. Bkz., **Köprülü/ Kaneti**, s. 452.

¹²⁹ **Köprülü/ Kaneti**, s. 452; **Gürsoy/ Eren/ Cansel**, s. 1090; **Esener/ Güven**, s. 494; **Ergüne**, s. 95-96; **Antmen**, s. 40.

de kredi borçlularının işletebilecekleri ekonomik değerlerin zilyetliğinden yoksun bırakılmasının doğuracağı sakıncalar önlenmiş olmaktadır.

SONUÇ

Taşınırın rehni için Medenî Kanunun temel prensip olarak benimseydiği zilyetliğin devri şartı, ticarî hayatın gereksinimlerine uygun düşmediğinden değişen ekonomik ihtiyaçlarla birlikte pek çok taşınır için zilyetlik devredilmeden bu taşınır için kurulan özel sicillere tescili ile rehin hakkının kurulmasına imkân tanınmaya başlanmıştır. Önceki Medenî Kanunda da yer alan *hayvan rehni* ve 4721 sayılı Medenî Kanun ile hukukumuzda kazandırılan *bir sicile tescili zorunlu olan taşınırılar üzerinde rehin* ile bu rehin türlerinin yaygınlaşmasının önü açılmıştır. Bu hususta özellikle diğer kanunlarda düzenlenen taşınır rehinlerinden 20.10.2016 tarihli 6750 sayılı *Ticarî İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu* ile literatürde teslimsiz ve sicilli taşınır rehni ya da taşınır (menkul) ipoteği olarak adlandırılan taşınır rehinlerine, birçok yeni tür daha eklenmiştir. Böylece, bu kanun ile Ticarî İşletme Rehni Kanunu mülga edilerek, sadece ticarî işletmelerin rehninin düzenlenmesinden öteye gidilmiş, ticarî işlemlerle sınırlı olsa da Türk hukuku açısından teslimsiz ve sicilli şekilde kurulabilecek taşınır rehinleri artırılmıştır. Böylece, teslimsiz taşınır rehninin güvence olarak kullanımının yaygınlaştırılması, bu rehne konu taşınırın kapsamının genişletilmesi, taşınır rehniinde aleniyetin sağlanması ile rehnin paraya çevrilmesinde alternatif yolların sunulması suretiyle finansmana erişim kolaylaştırılmak istenmiştir. Bu çerçevede, kanunun adı, her ne kadar ticarî işlemlerde taşınır rehni ise de kanunda rehin hakkının konusu olabilecek değerler arasında alacaklar, fikrî ve sınai mülkiyete konu haklar, her türlü kazançlar ve iratlar gibi değerler sayılmıştır. Oysa, bunlar hukukî nitelikleri bakımından taşınır olmak bir yana eşya bile sayılmazlar.

Belirtmek gerekir ki bu kanunla Türk Medenî Kanununda kabul edilen rehin hakkına ilişkin bir takım temel ilkelerden de uzaklaşmıştır. Özellikle, bu kanunla rehin hakkının özünü oluşturan rehin konusu şeyin devletçe satılması ve alacaklının satış bedelinden tatmin edilmesi ilkesi korunmuşsa da bu yolla alacaklının alacağının ödenmesi ikincil bir tercih olmuştur. Kanunda, rehinli alacaklıya, rehin konusu şeyin paraya çevrilmesini talep etme hakkından önce gelmek üzere tek taraflı irade beyanı ile kullanabilecek üç adet yenilik doğuran seçimlik hak daha tanınmıştır. Buna göre, alacaklı, rehinli taşınırın mülkiyetinin devrini talep edebilir. Alacaklı, alacağını, 5411 sayılı Kanun uyarınca faaliyet gösteren varlık yönetim şirketlerine devredebileceği gibi zilyetliğin devrine konu olmayan varlıklarda kiralama ve lisans hakkını

da kullanabilir. Benzer şekilde, aynî hakkın temel felsefesi gereği, rehin konusu şeyin eklentileri kural olarak aksi kararlaştırılmadıkça rehin hakkının kapsamında olmalı iken; kanun, tarafların, taşınır varlığın mevcut veya sonradan ilave edilen eklentilerinin rehin kapsamına alınmasını ayrıca kararlaştırabileceklerini düzenleyerek ana kuraldan ayrılmıştır. Nihayet, 6750 sayılı Kanunda, düzenlenen rehin hakkı bakımından her ne kadar taşınmaz rehnine yakın bir düzenleme yapılmışsa da bu Kanunda hüküm bulunmayan hâllerde taşınır rehnine ilişkin hükümlerin uygulanacağına ilişkin atfa tereddütle bakılabilir. Zira, sistematik olarak teslimsiz ve sicilli rehin türü olarak düzenlenen ve neredeyse taşınır rehninin hiçbir karakteristik özelliğini taşımayan bu rehin türü için taşınmaz rehnine ilişkin hükümlerin bünyesine uygun düştüğü ölçüde kıyasen uygulanması daha isabetli olurdu. Sonuç olarak, bu kanun değişikliği ile teslimsiz ve sicilli taşınır rehninin kapsamı genişletilerek ilgililerin ihtiyaç duydukları krediye daha kolay ulaşmaları kolaylaştırılmaktaysa da Medenî Kanunda kural olarak benimsenmiş olan teslim bağli rehin ilkesinden bir adım daha uzaklaşmış olunmaktadır.

KAYNAKLAR*

- Akıncı**, Sami: Türk Hukukunda Gemi İpoteği, Ankara 1958.
- Akipek**, Jale, G./ **Akıntürk**, Turgut: Eşya Hukuku, İstanbul 2009.
- Akkurt**, Sinan Sami: Türk Sivil Havacılık Mevzuatı ve Uluslararası Konvansiyonlar Kapsamında Sivil Havayolu ile Yolcu Taşımacılığında Kaynaklanan Hukukî Sorumluluk, Ankara 2014.
- Akyazan**, Sıtkı: Ticarî İşletme Rehni, BATİDER., C. VIII, S. 4, 1976, s. 61-81.
- Algantürk Light**, S. Didem: TTK Tasarısı'nın Deniz Ticareti Başlıklı Beşinci Kitabı İle Getirilen Düzenlemeler ve Değerlendirmeler, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C.5, S.10, 2006/2, s. 123-145 (Algantürk, Makale).
- Algantürk**, S. Didem: Türk ve İngiliz Hukukunda Gemi İpoteğinin Yeri, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1996 (Algantürk, Tez).
- Altorfer**, Peter: Die Mobiliarhypothek, Ein Beitrag zur Reform des Fahrnispfandrechts, Zürich 1981.
- Antalya**, Gökhan/ **Acar**, Faruk: Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni, İstanbul 2017.
- Antmen**, Alpay: Ticarî İşletme Rehni, Ankara 2001.
- Arkan**, Sabih, Ticarî İşletme Hukuku, 13. Baskı, Ankara 2009.
- Ayan**, Mehmet: Eşya Hukuku, III, Sınırlı Aynî Haklar, 8. Baskı, Konya 2017.
- Aybay**, Aydın/ **Hatemi**, Hüseyin: Eşya Hukuku, İstanbul 2009.
- Aydoğdu**, Murat: İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yolu İle İlâmsız Takip, Prof. Dr. Şükrü Postacıoğlu'na Armağan, İzmir 1997, s. 319-347.
- Ball**, Karl: Die Mobiliarhypothek (Das Registerpfand), Königsberg 1928.
- Baumann**, Max: Sachenrecht, Zürich 2008.
- Bozabalı**, Banu Bozkurt: Hava Yolu İle Yolcu Taşıma Sözleşmelerinde Taşıyanın Ölüm ve Cismani Zararlardan Doğan Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 2013.

* Aynı yazarın birden fazla eserine yapılan atıfları ayırmak için belirlenen kısaltmalar, ilgili eserin sonunda parantez içinde verilmiştir.

- Brehm, Wolfgang/ Berger, Christian:** Sachenrecht, 2. Auflage, Tübingen 2006.
- Cansel, Erol:** Türk Menkul Rehni Hukuku, Teslim Şartlı Menkul Rehni, C. I, Ankara 1967.
- Davran, Bülent:** Rehin Hukuku Dersleri, İstanbul 1972 (Davran, Rehin).
- Davran, Bülent:** Teslim Şartlı Menkul Rehni-Sicilli Menkul Rehni, Ticaret ve Banka Hukuku Haftası 27 Nisan-3 Mayıs 1959, s. 161-182 (Davran, Sicilli).
- Doskotsz, Edgar:** Faustpfand oder Registerpfand (Mobiliarhypothek) als Moderne Pfandrechtsart an Beweglichen Sachen, Dortmund 1934.
- Durmaz, Enver:** Ticarî İşletme Rehni Sözleşmesi, TNBHD., S. 5, 1975, s. 15-18.
- Engi, Andrea:** Die Fahrnisverschreibung im schweizerischen Recht unter besonderer Berücksichtigung der französischen und deutschen Gesetzgebungen, Bern 1929.
- Ergüne, Mehmet Serkan:** Hukukumuzda Taşınır Rehninin, Özellikle Teslime Bağlı Taşınır Rehninin Kuruluşu, İstanbul 2002.
- Ertaş, Şeref:** Ticarî İşletme Rehni, Prof. Dr. İrfan Baştuğ Anısına Armağan, İzmir 2005, s. 39-50 (Ertaş, Ticarî).
- Ertaş, Şeref:** Yeni Türk Medenî Kanunu Hükümlerine Göre Eşya Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2006 (Ertaş, Eşya).
- Erten, Ali:** Bankacılık Uygulamasında Ticarî İşletme Rehni, Ankara 2001.
- Erzurumluoğlu, Erzan:** Ticari İşletme Rehni, ABD., S. 3, 1977, s. 439-448.
- Esener, Turhan/ Güven, Kudret:** Eşya Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2008.
- Feyzioğlu, Feyzi N./ Doğanay, Ümit/ Aybay, Aydın:** Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul 1968.
- Foëx, Bénédict:** Le Contrat de Gage Mobilier, Francfort 1997.
- Gerster, Emanuel:** Die geschichtliche Entwicklung der Fahrnisverschreibung in der Schweiz, Bern 1907.
- Göger, Erdoğan:** Maden Hukuku, Ankara 1979.
- Gürdoğan, Burhan:** Türk-İsviçre Hukukunda İcra ve İflâs Hukukunda Rehnin Paraya

Çevrilmesi, Ankara 1967.

Gürsoy, Kemal T. / **Eren**, Fikret/ **Cansel**, Erol: Türk Eşya Hukuku, 2. Baskı, Ankara 1984.

Güven, Kudret: Ticari İşletme Rehni, Ankara 1984.

Hatemi, Hüseyin/ **Serozan**, Rona / **Arpacı**, Abdülkadir: Eşya Hukuku, İstanbul 1991.

Helvacı, İlhan: Türk Medenî Kanununa Göre Lex Commissoria (Mürtehinin Merhunu Temellük) Yasağı, İstanbul 1997.

Hızır, Serdar/ **Turaev**, Alisher: Türk Hukukunda Hava Araçları Üzerinde İpotek Tesis Edilmesi, AÜHFD., C. 57, S. 3, 2008, s. 371-407.

Hızır, Serdar: Gemi Alacaklısı Hakkının Bahsettiği Bir İmkân Olarak Rehnin Paraya Çevrilmesi Suretiyle Takip Usulü, BATİDER., C. XXIII, S. 4, 2006, s. 357-403.

Ille, Matthias: Die Sicherungsübereignung in Fällen mit Auslandsberührung, <http://home.uni-leipzig.de/bankinstitut/files/dokumente/2000-07-13-01.pdf>. Erişim Tarihi: 25.04.2017.

Kalpsüz, Turgut: Gemi Rehni, 5. Baskı, Ankara 2004.

Kaner, İnci: Hava Hukuku (Hususi Kısım), 2. Bası, İstanbul 2004.

Karahacıoğlu, Ali Haydar/ **Doğrusöz**, M. Edip/ **Altın**, Mehmet: Türk Hukukunda Rehin, Ankara 1996.

Karahasan, Mustafa Reşit: Yeni Türk Medenî Kanunu, Eşya Hukuku, C. II, İstanbul 2007.

Kayıhan, Şaban: Ticari İşletme Rehni, İstanbul 1996.

Kender, Rayegân/ **Çetingil**, Ergon: Deniz Ticareti Hukuku, 11. Baskı, İstanbul 2009.

Köprülü, Bülent/ **Kaneti**, Selim: Sınırlı Aynî Haklar, 2. Bası, İstanbul 1982-1983.

Kuntalp, Erden: Lex Commissoria Yasağı Kavramı, Koşulları, Uygulama Alanı, İnan Kıraç'a Armağan, Ankara 1994, s. 151-163.

Kurtoğlu, Serda: Fransız Hukukunda Teçhizat ve Âletler Üzerinde Rehin, İHFM., C. XXX, S. 3-4, 1964, s. 814-826.

- Leemann**, Hans: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Sachenrecht, IV. Band, II. Abteilung: Art. 730-918, Bern 1925.
- Meier-Hayoz**, Arthur: Berner Kommentar zum Schweizerische Privatrech, IV. Band, Sachenrecht, 5. Auflage, Bern 1981.
- Oftinger**, Karl: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV. Band. Das Sachenrecht, Das Fahrnispfand, Art. 884-918, 2. Auflage, Zürich 1952.
- Oftinger**, Karl/ **Bär**, Rolf: Das Sachenrecht, Das Fahrnispfand, Art. 884-918, 3. Auflage, Zürich 1981.
- Oğuzman**, Kemal M./ **Seliçi**, Özer/ **Oktay-Özdemir**, Saibe, Eşya Hukuku, 16. Bası, İstanbul 2013.
- Omağ**, Merih Kemal: Türk Hukukunda Ticari İşletme Rehni, İİTİAD., S. 1, 1976, s.187-206.
- Özsunay**, Ergun: Fransız Hukukunda Kredi Teminatı Olarak Ticarî İşletme Rehni, BATİDER., C. II, S. 4, 1964, s. 567-586.
- Reisoğlu**, Seza: Menkul İpoteği, Teslimsiz Menkul Rehni, Ankara 1965 (Resioğlu, Menkul).
- Reisoğlu**, Seza: Ticari İşletme Rehni ve Son Yasal Düzenleme, https://www.tbb.org.tr/Dosyalar/Arastirma_ve_Raporlar/ticari_isletme.doc. Erişim Tarihi: 25.04.2017 (Resioğlu, Son).
- Reisoğlu**, Seza: Ticari İşletme Rehni ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, Ankara 1977 (Resioğlu, Ticari).
- Saymen**, Ferit Hakkı/ **Elbir**, Halid Kemal: Türk Eşya Hukuku Dersleri, 2. Baskı, İstanbul 1963.
- Schwab**, Karl Heinz/ **Prutting**, Hanns: Sachenrecht, 26. Auflage, München 1996.
- Serozan**, Rona: Taşınır Eşya Hukuku, 2. Bası, İstanbul 2007.
- Şeker**, Zehra: Türk Hukukunda Gemi Sicillerinin Düzenlenişi ve Sahip Olduğu Fonksiyonlar, Cumhuriyetin 75. Yıl Armağanı, İstanbul 1999, s. 879-896.
- Şimşek**, Edip: Amme Alacakları Tahsil Usulü Kanun Şerhi, İstanbul 1996.

- Tanju**, Fahrettin: Ticari İşletme Rehni Sözleşmesi, TNBHD., S. 28, 1980, s. 6 -9.
- Tekinay**, Selahattin Sulhi: Menkul Mülkiyeti ve Sınırlı Aynî Haklar, İstanbul 1994.
- Törüner**, Ekrem, Ticari İşletme Rehninin Özellikleri ve Uygulamada Karşılaşılan Bazı Sorunlar, ABD., S. 4, 1981, s. 672 -603.
- Tuor**, Peter/ **Schnyder**, Bernhard/ **Schmid**, Jörg/ **Rumo-Jungo**, Alexandra: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. Auflage, Zürich-Basel-Genf 2009.
- Türker**, Erhan: Ticari İşletme Rehni, Eskişehir 1981.
- Uyar**, Talih: İcra Hukukunda Rehnin Paraya Çevrilmesi, 2. Baskı, Ankara 1992.
- Uyguner**, Fevzi/ **Nalbantoğlu**, Cahit: Ticari İşletme Rehni Kanununun Gerekçeli – Açıklamalı Şerhi, İstanbul 1972.
- Velidedeoğlu**, Hıfzı Veldet: Türk Medenî Hukuku 3. Bası, İstanbul 1963.
- Von Tuhr**, Andreas: Borçlar Hukukunun Umumi Kısım (Çev. Cevat Edege), C. 1-2, Ankara 1983.
- Wieland**, Carl: Aynî Haklar (Çev. İsmail Hakkı Karafakı), Kısım II, Ankara 1949.
- Zevkliler**, Aydın/ **Havutçu**, Ayşe: Zevkliler Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 9. Baskı, Ankara 2007.
- Zobl**, Dieter: Berner Kommentar IV, Das Sachenrecht, Das Fahrnispfand, Systematischer Teil und Art. 884-887 ZGB, Bern 1982.

TÜRK HUKUKU'NDA VADELİ ÇEK (İLERİ TARİHLİ ÇEK) VE BUNUN DOĞURDUĞU SONUÇLARA İLİŞKİN BAZI TESPİTLER

Ali Haydar YILDIRIM*

ÖZET

Çek, ülkemizde yoğun olarak kullanılan bir kambiyo senedidir. Uygulamada çekler çoğunlukla ileri tarihli (vadeli) düzenlenmektedir. Buradaki amaç çekin üzerindeki düzenleme tarihine kadar çekin tahsilini engellemektir. Bu açıdan çekler çoğu zaman ödeme aracı olarak değil, kredi aracı olarak kullanılmaktadır. 5941 sayılı Çek Kanunu'na da çeklerin düzenleme tarihinden önce ödenmesini engelleyen hükümler konulmuştur. Bu noktada 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile 5941 sayılı Çek Kanunu arasında uyumsuzluk ortaya çıkmıştır. 6102 sayılı TTK çekte vade esasını kabul etmemiştir. Söz konusu Kanunun çekte ilişkin hükümleri vadeyi dikkate almadan düzenlenmiştir. 5941 sayılı Çek Kanunu ise vadeli çekte olanak sağlamıştır. Biz de bu çalışmamızda vadeli çek uygulamasının doğurduğu sonuçları inceledik. Bu kapsamda özellikle rehin ciro, vadeden önce başvuru ve ihtiyati haciz konularına temas edilmiştir. Bu çalışmada Yargıtay kararları da incelenmiştir. Yargıtay'ın konumuzla ilgili olarak vermiş olduğu kararların yerinde olup olmadığı incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: 1. İleri tarihli (vadeli) çek 2. Rehin ciro 3. Kredi aracı 4. Ödeme aracı 5. Çek kanunu

DETERMINATIONS REGARDING THE POSTDATED CHECK AND ITS RESULTS IN TURKISH LAW

ABSTRACT

Check is a bill of exchange, which is widely used in our country. In practice, the checks are often issued postdated. The purpose here is to prevent cashing the check before the date specified on it. Because of this aspect, the checks are used as a credit instrument rather than being a payment instrument. In Law of Checks No: 5941, there are provisions restraining cashing the check before the specified date. At this point, there are conflicts between Turkish Commercial Code No: 6102 and Law of Checks No: 5941. TCC No: 6102 doesn't accept postdated check. The provisions of aforementioned law regarding the check have been prepared without considering the postdating of a check. On the other hand, Law of Checks No: 5941 provides the postdated check a possibility. In the present study, we examined the results originating

* Yrd. Doç. Dr., Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi. e-posta: alihaydaryildirim35@hotmail.com

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 24/10/2017

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 20/12/2017

from the practice of postdated checks. Within this scope, especially the subjects of pledge indorsement, application for payment before the term of check, and provisional seizure were investigated. In the present study, the decisions of Supreme Court were examined. It is discussed if the Supreme Court's decisions are legally right.

Keywords: 1. Postdated check 2. Indorsement of pawn 3. Credit instrument 4. Payment instrument 5. Law of Checks

GİRİŞ

Kıymetli evrak hukukunun en çetrefilli alanlarının başında çek hukuku gelmektedir. Türk Ticaret Kanunu'nun 3. Kitabını oluşturan kıymetli evrak kitabının çok büyük kısmını kambiyo senetlerine ilişkin hükümler oluşturmaktadır (TTK 670-TTK 823). Kanun koyucu kambiyo senetlerine ilişkin kısım altında poliçe, bono ve çeki düzenlemiştir. Ancak diğer iki kambiyo senedinden farklı olarak çeki ilişkin özel bir kanun yapılması ihtiyacı da ortaya çıkmıştır¹. İlk olarak 3167 sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun kabul edilmiştir². Daha sonra bu Kanun yürürlükten kaldırılarak 5941 sayılı Çek Kanunu kabul edilmiştir³. Bu Kanun halihazırda yürürlüktedir. Çekin ülkemizdeki uygulaması kaynak hukuktaki düzenlemelerden farklı bir seyir göstermiş. Kanun koyucunun çeki yüklemek istediği anlamla uygulamada çekin kullanışı birbirinden farklı olmuştur. Aşağıda da ayrıntılı olarak temas edileceği üzere, kanun koyucu uzunca bir süre çeki sadece ödeme aracı olarak kabul etmişken, uygulamada çek kredili (vadeli) mal ve hizmet alışverişinin temel aracı şeklinde kullanılmıştır. Bu esaslı farklılık beraberinde birçok soruna da neden olmuştur. Özellikle 6102 sayılı TTK sisteminin çeki ödeme aracı olarak kabul edip, hükümleri buna göre dizayn etmesi sorunun temel kaynağını oluşturmaktadır. Bunun yanı sıra muhasebe ve vergi hukuku yönünden de sorunlar ortaya çıkmaktadır. Ancak biz bu çalışmamızı 5941 sayılı Çek Kanunu hükümleri ve 6102 sayılı TTK hükümleriyle sınırlandırmayı uygun bulduk. Bu çerçevede öncelikle Türk hukukunda vadeli çeki nasıl geçildiği hususuna temas ettikten sonra, vadeli çekin doğurduğu sonuçlar incelenmiştir.

¹ Bu düzenlemenin sebepleriyle ilgili olarak bk. **Kendigelen, Abuzer:** Çek Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2007, s. 27 vd.

² RG 03.04. 1985 Tarih/ 18714 Sayı.

³ RG 20.12. 2009 Tarih/ 27438 Sayı.

I. TÜRK HUKUKUNDA ÇEKİN TARİHSEL GELİŞİMİ VE VADELİ ÇEKE GEÇİŞ

Çeke ilişkin tarihsel gelişime bakıldığında poliçe ve bonodan farklı olarak çek ödeme aracı olarak düşünülmüş ve hükümler buna göre dizayn edilmiştir. Aşağıda da temas edeceğimiz üzere çekin ödeme aracı olarak nitelendirilmesinin temel sebebi vadenin olmamasıdır. Poliçeye ilişkin hangi hükümlerin çeklere uygulanacağını belirten TTK 818’de de kanun koyucu vade ve vadeye bağlı sonuçlara ilişkin hükümlere göndermede bulunmamıştır. Örneğin poliçede vadeyi düzenleyen TTK 703 vd. maddelerine atıfta bulunulmamıştır.

1926 tarihli Eski Ticaret Kanunu’nun 620. maddesinde çekin görüldüğünde ödeneceği, başka bir vadeyi içeren senedin çek olarak adlandırılmayacağı ifade edilmişti. Bu metin 1912 tarihli La Haye Konferansı’nda kaleme alınan metinle büyük benzerlik taşımaktadır. 1926 tarihli eski Ticaret Kanunu’nda çekte vade olmayacağı, çeke vade konulması durumunda çekin geçersiz olacağı açıkça ifade edilmekteydi. Daha sonra toplanan Cenevre Konferansı’nda bu husus tekrar tartışılmış ve kaleme alınan Cenevre Yeknesak Kuralları’nın 28. maddesinde, çekin görüldüğünde ödenebileceği belirtildikten sonra buna aykırı herhangi bir kaydın yazılmamış sayılacağı hüküm altına alınmıştır. Yine aynı düzenlemede keşide gününden önce ödenmek için ibraz olunan çekin ibraz gününde ödenebileceği ifade edilmiştir. Böylelikle çekin amacından sapıp, kredi aracı olarak kullanılması önlenmek istenmiştir. Gerçekten de Cenevre Konferansı’ndaki görüşmelerde hem ileri tarihli çekin geçersiz olacağını savunanlar hem de bu tür çeklerin geçerli olması gerektiği düşüncesinde olanların mutabakat içinde oldukları husus, çekin kredi aracı olarak kullanılmasının önlenmesinin gerekli olduğudur⁴.

Türkiye, söz konusu anlaşmayı imzalamış olmasına rağmen, TBMM’de onaylamamıştır. Bununla birlikte Cenevre Konferansı’nda kabul edilen metin çok ufak değişikliklerle 6762 Türk Ticaret Kanunu’nun 707. maddesine alın-

⁴ Bu hususta bk. **Gençtürk, Muharrem**: “Çek Kanununda Düzenlenen Yeni Sisteme Göre İleri Tarihli Çekler Üzerine Bir Değerlendirme”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2011, C.XV, S. 1-2, s. 145; **Tandoğan, Haluk**: “Sonraki Tarihli Çekler ve Uygulamada Ortaya Çıkardıkları Sorunlar”, -Çek Hukukunda Yeni Gelişmeler Sempozyumu, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 1981, C. XI, S.2, s. 74; ileri tarihli çek düzenlemesinin altında yatan amacın istisnai hallerde çekin kredi fonksiyonuna sahip olmasının sağlanması olduğu görüşü için bk. **Tekinalp, Ünal**: “İleri Keşide Tarihli (Vadeli) Çeklere İlişkin Bir Öneri”, Prof. Dr. Aysel Çelikel’e Armağan, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 1999-2000, S.1-2, s. 927.

mıştır⁵. Muacceliyet üst başlığını taşıyan 6102 sayılı TTK 795 hükmüne göre de, çek görüldüğünde ödenir. Düzenlemenin devamında buna aykırı herhangi bir kaydın yazılmamış sayılacağı ifade edilmiştir. Yeni Kanun'daki düzenlemenin 6762 sayılı Kanun'daki düzenlemeden tek farkı, madde başlığında “vade” yerine “muacceliyet” ifadesinin kullanılmasıdır⁶.

Görüldüğü üzere 1926 tarihli Ticaret Kanunu'ndan 6102 sayılı Kanun'a uzanan süreçte Türk Ticaret Kanunu istikrarlı bir biçimde çekte vade olmayacağı, çekin görüldüğünde ödeneceği esasını kabul etmiştir. Aslında böylelikle ileri tarihli çeklerin tedavüle çıkarılmasını önlemeye yönelik dolaylı bir yaptırım öngörülmüştür⁷. Gerçekten de TTK açısından düzenleyenin vadeden yararlanıp alacaklının kendisine vadeden önce başvurmasını engellemesi olanaklı değildir. Vadeden önce kendisine başvurulmasının engellenmemesi nedeniyle düzenlenen çek üzerine konulan ileri düzenleme tarihi, düzenleyenin sorumluluğunun kapsamı da zamansal olarak genişletmiştir. Gerçekten de düzenleyen çek üzerine ileri tarih koymak suretiyle çek hamiline karşı sorumluluğunu daha uzun bir zamanaşımına tabi kılacaktır. Zira zamanaşımı süresinin başlangıcı ibraz süresinin bitimi tarihinden itibaren işlemeye başlayacaktır (bk. TTK 814; 6762 sayılı ETTK 726).

Türk Ticaret Kanunu istikrarlı bir biçimde çekte vade olmayacağı esastan hareket etmiş olmasına karşın, önce 3167 sayılı Kanun'a eklenen geçici maddeyle daha sonra da 5941 sayılı Çek Kanunu'nda yapılan düzenlemelerle bu ana ilkeden sapılmıştır^{8,9}. Belirtmek gerekir ki, 3167 sayılı Çekle Ödeme-

⁵ Cenevre Yeknesak Kuralları'nda öngörülen hususların 6762 sayılı ETTK ve 6102 sayılı TTK'da yer almasının temel sebebi hem ETTK'nın hem de TTK'nın kaynak düzenlemesinin İsviçre Borçlar Kanunu olmasıdır.

⁶ Çekin tarihsel gelişimine ilişkin olarak bk. **Tandoğan**, s. 72 vd.

⁷ Bu hususta bk. **Pulaşlı, Hasan**: -Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre ve 6273 Sayılı Kanunla Değişik Çek Kanunu'nun Yorumu İle- Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, 5. Baskı, Ankara 2017, s. 356; yabancı hukuklardaki durum bakımından ayrıntılı açıklamalar için bk. **Domaniç, Hayri**: Karşılıksız Çek, İstanbul 1983, s. 18 vd.

⁸ Belirtmek gerekir ki, 3167 sayılı Kanun'da 2003 yılında 4814 sayılı Kanun ile değişiklik yapılmıştı. Söz konusu değişiklikle düzenleyenin cezai sorumluluğu bakımından çekin üzerindeki düzenleme tarihi esas alınmıştı (bk. 3167 sayılı Kanun 16b/II ve 8). Bu dönemde doktrinde düzenleyenin cezai sorumluluğu bakımından kanun koyucunun taraflar arasındaki vade anlaşmasına itibar ettiği ifade edilmekteydi (**Kendigelen**, Çek, s. 200).

⁹ Bu sapmanın milletler arası uygulamaya aykırı olduğu ve çekin asli bünyesine döndürülmesi gerektiği hususunda bk. **Kalpsüz, Turgut**: 5941 Sayılı Çek Kanunu- Konferans (22 Ocak 2010), -Tartışmalar- Ankara 2010, s. 49; benzer yöndeki eleştiriler için bk. **Bahtiyar, Mehmet**: Kıymetli Evrak Hukuku, 14. Bası, İstanbul 2016, s. 166; **Bahtiyar, Mehmet**: “5941 Sayılı Çek Kanunu Açısından İleri Tarihli Çek”, Kadir Has Üniversitesi Hukuk

lerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun'un ilk halinde ve sonradan yapılan değişikliklerde çekin ibrazında ödeneceği, hamilin ödeme isteyebilmesi için çekin üzerinde yazılı olan düzenleme tarihini beklemek zorunda olmadığı açıkça hükme bağlanmıştır. Ancak bu kanuna 5838 sayılı Kanun ile eklenen geçici 2. maddeyle bu esastan sapılmış ve 31.12.2009 tarihine kadar çeklerin üzerinde yazılı keşide tarihten önce ödenmek için muhatap bankaya ibrazının geçersiz olduğu hüküm altına alınmıştır¹⁰. 5941 sayılı Çek Kanunu'nun geçici 1. maddesiyle bu süre önce 31.12.2011'e daha sonraysa 31.12.2017 tarihine kadar uzatılmıştır. 7061 sayılı Kanun ile Çek Kanunu tekrar değiştirilmiş ve süre 31.12.2020 tarihine uzatılmıştır¹¹. Bu sürenin (31.12.2020 tarihinden sonrasına) uzatılmaması halinde ÇekK 3/8 maddesi uygulama alanı bulacaktır. Bu hüküm gereğince üzerinde yazılı bulunan düzenleme tarihinden önce ibraz edilen çekin karşılığının kısmen veya tamamen ödenmemesi halinde, bu çeke dayalı olarak hukuki takip yapılamayacaktır¹². Çeke ilişkin hukuki takip yapılabilmesi için çekin ibraz süresi içinde bankaya ibraz edilmesi ve karşılıksızdır işleminin yapılması gerekir. Görüldüğü üzere kanun koyucu taraflar arasındaki vade anlaşmasına 31.12.2020 tarihine kadar imkan verdiği, 2020 yılından sonraysa sadece karşılığı bu-

Fakültesi Dergisi 2013, C.I, S.2, s. 55.

¹⁰ Bu düzenlemenin yasa yapma tekniğine uygun olmadığı hususunda bk. **Teoman, Ömer**: "Çek Hukukunda 5838 Sayılı Yasa ile Yapılan Değişiklikler", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 2009, C.XXV, S. 2, s. 33; aynı yöndeki eleştiriler için bk. **Gültekin, Özkan**: Öğretimde ve Uygulamada Kıymetli Evrakın Ziyatı ve İptali, 8 Baskı, Ankara 2016, s. 186; **Bahtiyar, KHÜHFD 2013, C.I, S.2, s. 53-54**; Yazarlar aynı yerde bu düzenlemeyle sadece düzenleyenin menfaatinin korunduğu, buna karşılık çek bedelini bir an önce tahsil etmek isteyen hamilin menfaatinin göz ardı edildiğini ifade etmişlerdir. Aynı yöndeki eleştiri için ayrıca bk. **Gençtürk**, s. 146-147. Ancak uygulamada ileri tarihli çek verildiğinde hamil zaten çekin üzerinde yazılı düzenleme tarihi geldikten sonra muhatap bankaya başvurmaktadır. Bu nedenle Çek Kanunu'ndaki düzenlemenin hamilin menfaatlerine önemli ölçüde zarar verdiğini söylemek güçtür. Gerçekten de ileri tarihli çeklerde hamiller ekseriyetle çekin üzerindeki düzenleme tarihini beklemiyor olsalardı, zaten çekle borç altına girenler bu tür çekleri vermekten kaçınırlardı. Hemen belirtelim ki, ekonomik kriz yaşanıldığı dönemlerde hamilin çekin üzerinde yazılı düzenleme tarihini beklemeleri onların menfaatine aykırı olacağı düşünülebilir. Ancak aşağıda da belirteceğimiz poliş ve bonoda öngörülen vadeden önce başvuru hakkının ve vadesi gelmemiş alacaklar bakımından öngörülen ihtiyati haczin çekler bakımından da kabulüyle bu sorun da önemli ölçüde aşılmış olacaktır.

¹¹ RG. 5.12.2017 Tarih/ 30261 Sayı

¹² Doktrinde Bahtiyar hükümde geçen "hukuki takip" ifadesinin kambyo senetlerine mahsus takip yolu şeklinde anlaşılabilceği, buna karşılık hamilin diğer takip ve dava yollarına başvurabileceği şeklinde bir izlenim yaratıldığını, ancak tüm ve takip yollarının kapatılması şeklinde anlaşılması gerektiğini ifade etmektedir (Bu hususta bk. **Bahtiyar**, Kıymetli Evrak, s. 165-166; **Bahtiyar**, KHÜHFD 2013, C.I, S.2, s.56).

lunan çek yönünden vade anlaşmasını göz ardı ettiği, karşılığın kısmen veya tamamen bulunmaması halinde gerek hukuki sorumluluk gerek idari gerekse de cezai sorumluluk bakımından taraflar arasındaki vade anlaşmasına itibar ettiği sonucuna varmak gerekecektir¹³. Ancak doktrinde haklı olarak ifade edildiği üzere, düzenleyen ÇekK 3/8'in bu haliyle hiçbir zaman hesapta karşılık bulundurmuyacaktır. Birden fazla hesap açtıran düzenleyen çekle işleyen hesabı sürekli olarak boş tutarak, iç ilişkide muhatap banka ile yapacağı bir sözleşme ile çeki bağli olmayan hesaptan çek hesabına aktarma yapmak suretiyle düzenleme tarihi gelmiş çeklerin muhatap tarafından ödenmesini sağlayabilecektir. Bu nedenle hesapta yeterli karşılık varsa ödeme yapılabileceğine ilişkin ÇekK 3/8 hükmü çok istisnai hallerde uygulama alanı bulacaktır¹⁴.

Elbette tarihsel süreç içinde Türk hukuku açısından çekin farklı bir boyut kazanmasının nedeni, uygulamada vadeli borçlar için poliçe ve bono yerine daha çok çek kullanılmasıdır¹⁵. Kanun koyucunun bunu önleme çabalarıysa sonuç vermemiştir. Böylelikle çekler bakımından vade esası kabul edilerek fiili durum hukukileştirilmiştir¹⁶.

Bu noktayla bağli olmak üzere, vadeli çek uygulamasının kabul edilmesinin doğurduğu sonuçlarının ortaya konulması gerekir.

¹³ Bu hususta bk. **Ülgen, Hüseyin/Helvacı, Mehmet/ Kendigelen Abuzer/Kaya, Arslan:** Kıymetli Evrak Hukuku, 9. Bası, İstanbul 2014 (**Kendigelen**), s. 262; **Karahan, Sami/ Arı Zekeriya/ Bozgeyik, Hayri/ Saraç, Tahir/ Ünal, Mücahit:** Kıymetli Evrak Hukuku, 2. Bası, Konya 2014 (**Arı**), s. 337.

¹⁴ Bu hususta bk. **Gençtürk**, s. 147; **Topçuoğlu, Metin:** “ Yeni Çek Kanununa Göre Çekin Niteliği ve Türleri”, Erzurumluoğlu Armağanı, Ankara 2012, s. 746-747. Bu son Yazar'da da aynı yerde belirttiği üzere, çek hamilinin düzenleyenin hesabında yeterli karşılık olup olmadığını tespit etmesi olanaksızdır. Hesapta yeterli karşılığın bulunup bulunmadığı banka yetkililerinin tekelindedir.

¹⁵ Türkiye Bankalar Birliği Risk Merkezi verilerine göre 2017 yılının ilk sekiz ayında bankalara ödenmek için ibraz edilen çeklerin tutarı 500 Milyar TL olarak gerçekleşmiştir. Risk Merkezi raporunda da açıklandığı üzere, ibraz edilen çeklerin tutarı geçen yılın aynı dönemine göre, % 7,4 artmıştır. Yine Risk Merkezi verileri incelendiğinde bankalara ibraz edilen toplam çek tutarının sürekli olarak arttığı görülmektedir. Bu çerçevede, 2011 yılı sonu itibarıyla ibraz edilen çeklerin tutarı yaklaşık 350 milyar TL iken, 2016 sonu itibarıyla ibraz edilen çeklerin toplam tutarı 700 milyar TL'yi geçmiştir. Bu verilerden anlaşılabileceği üzere, ticari hayatta çek uygulaması varlığını arttırarak devam ettirmektedir (Bu veriler için bk. <https://www.riskmerkezi.org/tr/istatistikler/23>). Kaynak İsviçre hukukunda ise çek kullanımı ciddi oranda azalmıştır. Bunun sebebi olarak nakit olmayan ödeme yöntemlerinde meydana gelen gelişim gösterilmektedir (Bu hususta bk. **Roberto, Vito/ Trüeb, Hans Rudolf (Kuhn):** Handkommentar zum Schweizer Privatrecht- GmbH, Genossenschaft, Handelsregister und Wertpapiere-Bucheffektengesetz- Art. 772-1186 OR und BEG, 2. Auf, 2012, Art. 1100, Nr. 13).

¹⁶ Benzer olarak bk. **Can, Mertol:** Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara 2012, s.145.

II. VADELİ ÇEK ESASININ KABULÜNÜN DOĞURDUĞU SONUÇLAR

A. ÇEKİN KREDİ ARACI HALİNE GELMESİ

Doktrin ve uygulamada çekin ödeme aracı olduğu, buna karşılık poliçe ve bononun kredi aracı olduğu ifade edilmektedir¹⁷. Bunun temel sebebi olarak çekte vadenin olmamasına karşın poliçe ve bonoda vade öngörülmesinin mümkün olması gösterilmektedir¹⁸. Gerçekten de herhangi bir borç ilişkisinde edimlerin ifasının belirli bir vadeye bağlandığı durumda krediden söz edilir. Bu çerçevede kambyo senetlerinde krediden söz edilebilmesi iki temel şarta bağlıdır. Bunlar; vade ve para alacağıdır. Vade olmadan krediden, para alacağı olmadan da kambyo senetlerinden söz edilmesi olanaklı değildir¹⁹. Bu nedenle bir kambyo senedinin görüldüğünde ödeneceği şart kılınmışsa bu halde vade olmayacağından o kambyo senedinin kredi aracı olduğundan söz etmek olanaklı değildir. Burada ifade etmek gerekir ki, bir kambyo senedinin kredi aracı olarak nitelendirilmesi o senedin altındaki temel ilişkiyle bağlı değildir²⁰. Vade olduğu sürece temel ilişki, satım, kira, vekalet veya eser sözleşmesinden doğsa bile, o kambyo senedi kredi aracı olarak kabul edilir.

¹⁷ Bu hususta bk. **Bozer, Ali/Göle Celal**: Kıymetli Evrak Hukuku, 6. Bası, Ankara 2017, s. 298; **Demirel, Duygu**: “5941 Sayılı Çek Kanunu Açısından İleri Tarihli Çekler ve Hukuki Sonuçları”, Terazi Hukuk Dergisi 2014, S.99, s. 19; **Erem, Faruk/ Kalpsüz, Turgut/ Çelebican Gürkan (Kalpsüz)**: İktisadi ve Hukuki Yönden Çek, 2. Basım, Ankara 1974, s. 48-49; **Gürbüz Hulusi**: Yargıtay Uygulaması Işığında Ticari Senetlerin İptali Davaları ve Ticari Senetlere Özgü Sorunlar, İstanbul 1984, s. 149; **İnan, Nurkut**: “Özel Hukukta Karşılıksız Çek”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 1981, C. XI, S. 2, s. 100; **Kayar, İsmail**: Kıymetli Evrak Hukuku, 7. Bası, Ankara 2013, s. 162; **Hueck, Alfred/ Canaris Claus Wilhelm**: Recht der Wertpapiere, 12. Auf, München 1986, s. 179; **Öztan, Fırat**: Kıymetli Evrak Hukuku, 2. Bası, Ankara 1997, s. 1034; **Rampa, Nilo** : Der Ungedeckte Check und Seine Rechtsfolgen, Schwarzenbach 1947, s. 15 vd.; **Seven, Vural**: “ 5838 S. Kanun’un Çek Hukukuna Etkilerinin Değerlendirilmesi”, İzmir Barosu Dergisi 2009, S.1, s. 108; **Şimşek, Edip**: Hukukta ve Cezada Ticari Senetler, Ankara 1982, s. 362; **Kendigelen, Abuzer**: “Çekten Cayma ve Ödeme Yasağı (TK 711)”, Makalelerim, İstanbul 2011, s. 79; **Honsell, Heinrich/ Vogt, Nedim Peter/ Watter, Georg (Widmer)**: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 530- 1186 OR, 3. Auf, Basel 2008, Vor Art 1100-1144, Nr. 1; **Can**, s. 142; **Bahtiyar**, Kıymetli Evrak, s. 125; **Kuhn**, CHK-Kommentar, Art. 1100, Nr. 12.

¹⁸ Bu hususta bk. **Narbay, Şafak**: Çekten Cayma ve Ödeme Yasağı, 2. Bası, İstanbul 1999, s. 25; **Poroy, Reha/ Tekinalp, Ünal**: Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, 21. Bası, İstanbul 2013, s. 300; **Bülöw, Peter**: Wechselgesetz- Scheckgesetz, 5. Auf, München 2013, Art. 28, Nr.1; ayrıca bk. **Can**, s. 142; **Şimşek**, s. 439; **Hueck/Canaris**, s. 183.

¹⁹ Bu hususta bk. **İnan, Nurkut**: “İstirdat Davasında İspat Yükü – Çekin İktisadi Niteliği-“, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 1969, C. V, S.1, s. 93-94.

²⁰ Bu hususta bk. **Pulaşlı**, s. 252.

Bir kambiyo senedinin ödeme aracı olmasıysa, söz konusu senedin ödeme kolaylığı sağlamasıdır. Yani borçlu bu halde ödemeyi nakden veya banka havalesi suretiyle yapmak yerine, alacaklıya kambiyo senedi vermekte ve alacaklı da belli bir süre beklemesine gerek olmaksızın tahsilatı yapabilmektedir. Düzenleyenin borcunu ödemek için nakit para yerine kambiyo senedi vermesinin çeşitli nedenleri vardır. Ödeme anında düzenleyenin üzerinde yeterli nakit bulunmaması, ödenecek miktarın fazlalığı nedeniyle nakit ödeme yapmanın tehlikeli olması, lehtara ödeme yaptığıının ispatını kolaylaştırması noktalarında nakit para yerine kambiyo senedi kullanılması gündeme gelir²¹. Bununla birlikte ülkemizde bankacılık sisteminin gelişmesi ve yaygınlaşmasıyla elektronik bankacılık hizmetlerindeki gelişim, ödemenin nakit yerine banka havalesi veya EFT işlemi ile gerçekleştirilmesine olanak sağlamaktadır. Ödemelerin banka aracılığıyla gerçekleştirilmesi yukarıda kambiyo senedi verilmesi nedenlerinin sağladığı tüm kolaylıkları sağlamaktadır. Bunun yanı sıra çek daha çok ticari faaliyetlerde ve tacirler tarafından kullanılmaktadır. Çek kullanan tüm tacirlerin banka hesapları da bulunmaktadır. Bu kişilerin ödemelerini, banka havalesi veya EFT yoluyla yapmaları çeke göre daha güvenli ve hızlıdır²².

TTK bakımından çek ödeme aracı olarak dizayn edilmiştir²³. Gerçekten de TTK 795, üzerinde yazılı düzenleme tarihinden önce ibraz edilen çekin ibraz tarihinde ödeneceği esasını kabul ederek, çekin kredi aracı olarak kullanılmasını önlemeye çalışmıştır²⁴. Hatta yasa koyucu bu esas daha da perçinleştirmek için ibrazda ödenir esasına aykırı şartların hükümsüz olacağını düzenleme altına almıştır²⁵.

²¹ Bu hususta bk. **Domaniç, Hayri**: Kıymetli Evrak Hukuku, C. IV, İstanbul 1990, s. 544-545; **Bilgili, Fatih/ Demirkapı, Ertan**: Kıymetli Evrak Hukuku, 7. Baskı, Bursa 2017, s. 143-144; **Bozer/Göle**, s. 298-299; **Domaniç**, Karşılıksız Çek, s. 15-16; **Bahtiyar**, Kıymetli Evrak, s. 125; ayrıca bk. **Şimşek**, s. 364-365.

²² Çekin diğer nakitsiz ödeme araçlarıyla rekabeti hususunda açıklamalar için bk. **Kendigelen**, Çek, s. 20 vd.; **Topçuoğlu**, s. 745-746.

²³ Alman hukukunda da çekin ödeme aracı olarak dizayn edildiği ifade edilmektedir (Bu hususta bk. **Bülow**, Einführung, Nr. 1).

²⁴ Bu yönde bk. **Erem/Kalpsüz/Çelebican (Kalpsüz)**, s. 64; Alman hukuku açısından aynı yönde açıklamalar için bk. **Zöllner, Wolfgang**: Wertpapierrecht, 14. Auf., München 1987, s. 160.

²⁵ TTK 818'de poliçeye ilişkin hangi hükümlerin çekler bakımından uygulanacağı belirtilmiştir. Söz konusu düzenleme incelendiğinde yasa koyucunun bir senedin kredi aracı olarak nitelendirilmesinin temel şartı olan vade ve buna bağlı sonuçları düzenleyen hükümlere gönderme yaptığından kaçındığı görülmektedir. Daha açık bir ifadeyle kanun

Buna karşılık 5941 sayılı Çek Kanunu taraflar arasındaki vade anlaşmasına itibar etmektedir. Çek Kanunu hükümleri karşısında artık çekin sadece ödeme aracı olarak kullanıldığından söz etmek olanaklı değildir²⁶. Gerçekten de çekin üzerine fiili düzenleme tarihinden altı ay veya bir yıl sonraki bir tarih koyan düzenleyenin amacının borcunu nakit yerine çek ile ödemek olmadığı kesindir. Düzenleyenin amacı alacaklının çekin üzerinde yazılı olan tarihe kadar bedeli talep etmesini önlemektir. Alacaklı da düzenleyeni çek bedeli ile sınırlı olarak ve çek üzerinde yazılı düzenleme tarihine kadar kredilendirmiş (vade tanımış) olmaktadır²⁷. Çek Kanunu da alacaklının başvurusuna olanak vermediğinden çeklerin kredi aracı haline geldiği kolaylıkla söylenebilir²⁸. Hatta ülkemiz uygulamasında çeklerin çok büyük kısmının ileri tarihli olarak düzenlenmiş olduğu dikkate alındığında, istisnanın kural haline geldiği ve çekin ticari hayattaki temel kredi aracına haline geldiği kolaylıkla söylenebilir²⁹. Özellikle diğer kambiyo senetlerinden farklı olarak karşılıksız kalan çekler bakımından cezai yaptırım öngörülmesi başlı başına çekin, poliçe ve bonoya göre daha güvenilir olmasını sağlamıştır³⁰.

Elbette bu durum çekin ödeme aracı olarak kullanılmasına engel değildir. Bu açıdan yukarıda yaptığımız tespitler vadenin mümkün olmasının çekin temel karakteri üzerine etki etmesiyle ilgilidir. Yoksa çekin ödeme aracı olarak kullanılmasını engelleyen bir husus söz konusu değildir. Öyle ki, tartışmasız olarak kredi aracı olan poliçe ve bononun da ödeme aracı olarak kullanılabileceği kabul edilmektedir³¹. Fiili düzenleme tarihiyle çekin üzerindeki düzenle-

koyucu poliçenin vadeyi esas alan düzenlemelerinin çekler bakımından uygulanmayacağı esastan hareket etmiştir.

²⁶ Vadeli çek düzenlenmek suretiyle çekin teminat ve kredi aracı olarak kullanılmasının onun ödeme vasıtası olma vasfını ortadan kaldırmayacağı görüşü için bk. **Bozer/Göle**, s. 209-210.

²⁷ Bu hususta bk. **Bozer/Göle**, s. 301; **Tekinalp**, Prof. Dr. Aysel Çelikel'e Armağan, s. 927; benzer olarak bk. **Çöl, Hüseyin Cem**: "İleri Tarihli Çek İlişkisinde Doğan Sorunlar", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2004, C. LIII, S. 1, s. 198; **Demirel**, s.20.

²⁸ Benzer yönde bk. **Seven**, İzBD 2009, S.1, s. 109; Teoman da bir yerde ibraz yasağının getirilmesi suretiyle bonoya yaklaştırıldığını ifade etmiştir (Bu hususta bk. **Teoman**, s.34). Topçuoğlu ise çekte vade esasının kabul edilmesi suretiyle piyasayla da uyum sağlandığını ifade etmektedir (**Topçuoğlu**, s. 747-748).

²⁹ Ancak bk. ve karş. s. 45. Tekinalp'e göreyse Çek Kanunun amacı, çekte gerçek anlamını verip, onun ödeme aracı niteliğini güçlendirmektir (**Tekinalp, Ünal** : "Yeni Çek Kanunu", 5941 Sayılı Çek Kanunu Paneli Ankara 2010, s. 10).

³⁰ Benzer yönde bk. **Çöl**, s. 198; **Gençtürk**, s. 151-152. Tekinalp de çekin güçlü yapısı nedeniyle bonoyu piyasadan kovduğunu ifade etmektedir (**Tekinalp**, Panel, s. 9).

³¹ Poliçenin ödeme aracı olarak kullanılabileceği hususunda bk. **Zöllner**, s. 159.

me tarihinin aynı veya birbirine çok yakın tarihler olması halinde çekin muaccel hale gelmiş borcun ödenmesi için verildiği söylenebilir. Bununla birlikte yukarıda da ifade ettiğimiz üzere bankacılık uygulamasında meydana gelen gelişmeler dikkate alındığında, çekin ödeme aracı olarak kullanılması hem alacaklı hem de düzenleyen bakımından çok da avantajlı sonuçlar doğurmaz.

B. ÇEKİN TEMİNAT AMACIYLA KULLANILMASINA OLANAK SAĞLAMASI

Çekin bir ödeme veya kredi aracı olarak kullanılmasından bağımsız olarak ona teminat işlevi de yüklenebilmektedir³². Gerçekten de uygulamada doğmuş veya ileride doğması muhtemel bir borcun teminatı için çek verilmektedir. İlk duruma örnek olarak bankadan alınan bir kredinin teminatı olarak çek verilmesi gösterilebilir. İkinci duruma örnek olarak bir franchise veya tek satıcılık ilişkisinde franchise verenin veya üreticinin ileride meydana gelen olası zararların temini için franchise alandan veya tek satıcıdan almış olduğu çek gösterilebilir. Böylelikle alacaklı bir taraftan kambiyo senetlerine mahsus takip yolunun kendisine sağladığı kolaylıktan yararlanmakta, diğer taraftan öncelikle rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip yoluna başvurmaya gerek olmadan doğrudan kambiyo senetlerine mahsus takip yoluna başvurabilmektedir (bk. İİK 45/3). Aslında çekin teminat amacıyla kullanılması TTK'nın çeki ilişkin sistemine ve mantığına uygun değildir³³. Zira bir kambiyo senedinin teminat amacıyla kullanılması vadeli olmasına bağlıdır. Bununla birlikte az yukarıda da ifade ettiğimiz üzere çek uygulamada sağladığı çeşitli avantajlar nedeniyle teminat amacıyla kullanılmaktadır.

Uygulamada teminat amacıyla verilen çeklerin üzerlerine “teminat çekidir” ifadesi yazılmaktadır³⁴. Çek üzerinde yer alan “teminat çekidir” ifadesi çekin geçerliliğine etki etmez³⁵. Böyle bir kayıt sadece düzenleyen ve leh-

³² İleri tarihli düzenlenen çeklerin bu yönüyle ilgili olarak bk. **Uzunallı, Sevilay/ Yıldırım Ali Haydar**: Uygulamalı Kıymetli Evrak Hukuku, 2. Bası, Ankara 2017, s. 125-126; **Tandoğan**, s. 68; **Kendigelen**, Çek, s. 17.

³³ Bu hususta bk. **Bozer/Göle**, s. 299; **Çöl**, s. 200; **Demirel**, s. 19.

³⁴ Çek üzerinde “teminat çekidir” şeklinde bir ifade olmasa dahi, taraflar yaptıkları bir sözleşmeyle verilen çekin teminat çeki olduğunu kararlaştırabilecekleri gibi, açılan bir davada alacaklının çekin teminat çeki olduğu yönündeki beyanı da çekin teminat çeki olarak nitelendirilmesi için yeterlidir (Bu yöndeki bir Yargıtay kararı için bk. **12. HD, 15.01.2013, E. 24334/K. 519, Eriş, Gönen**: Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Kıymetli Evrak, 2. Baskı, Ankara 2016, s. 969).

³⁵ Bu hususta bk. **Reisoğlu, Seza**: Çek Hukuku, Ankara 2011, s. 86.

tar arasındaki ilişki bakımından şahsi defî niteliğindedir. Buna karşılık, çekin hangi ilişkinin teminatı olarak verildiği belirtilmişse, yani temel ilişkiye gönderme yapılırsa bu halde artık çekin geçerliliğinden söz edilemez³⁶. Böyle bir durumda çekin zorunlu unsuru olan kayıtsız ve şartsız belli bir bedelin ödenmesi hususundaki havale şartı ortadan kalkmış olur (bk. TTK 780/1-b). Bu belirtilen halden bağımsız olarak bazı durumlarda da borçlu sahip olduğu çeki alacaklıya ciro etmek suretiyle ona teminat sağlamaktadır. Görüldüğü üzere çekin teminat amacıyla kullanılması iki farklı şekilde gündeme gelebilir. Düzenleyenin doğrudan alacaklıya çeki teminat amacıyla düzenleyip vermesi veya hamilin sahip olduğu çeki alacaklıya ciro etmesidir³⁷.

Hemen belirtelim ki, bu konudaki karine çekin bir borcun ödenmesi için verilmesidir. Bu nedenle çekin teminat amacıyla verildiğini iddia edenin bu iddiasını ispatlaması gerekir. Düzenleyen tarafından bu ispat faaliyetinin kesin delillerle yapılması gerekir³⁸.

³⁶ Bu yönde bk. **Karahan/Arı/Bozgeyik/Saraç/Ünal (Arı)**, s. 364; **Pulaşlı**, s. 308; **Öztan**, 1997, s. 1076; **Demirel**, s. 19.

³⁷ Bir kimsenin kendi borcu için teminat çeki vermesi mümkün olduğu gibi, başka bir kimsenin borcu için teminat çeki vermesi de mümkündür (Aynı yönde bk. **Demirel**, s. 19).

³⁸ Yargıtay da birçok kararında çekin teminat amacıyla verilmiş olduğu hususunun düzenleyen tarafından kesin delillerle ispat edilmesi gerektiğine karar vermiştir. Yüksek Mahkeme'nin bu yönde vermiş olduğu bir karar (**19. HD, E. 2015/3816, K. 2016/535**) şu şekildedir:

“...Dava, davalı tarafından takibe konulan çekin davalıya teminaten ve boş olarak verildiği, bedelsiz olmasına rağmen davalı tarafından doldurularak takibe konulduğundan bahisle çek nedeniyle borçlu olunmadığının tespiti istemine ilişkindir. Davalı vekili, çekin davacıdan borcu karşılığında alındığını, teminat çeki olmadığını bildirerek, davanın reddini istemiştir. Mahkemece, toplanan deliller ve bilirkişi raporuna göre, dava konusu çekin teminat çeki olduğu, davalının, çek miktarı kadar malı davacıya teslim ettiğini ispatlayamadığı gerekçeleriyle davanın kabulüne, davacının kötüniyet tazminatı talebinin reddine karar verilmiş, hüküm taraf vekillerince temyiz edilmiştir. Davacı, dava konusu çekin ileride teslim edilecek mallara karşılık avans olarak verildiğini iddia etmiş, davalı ise iddianın aksine, davacıya teslim edilen mallara karşılık çekin alındığını savunmuştur. Kural olarak, çek bir ödeme vasıtası olup, mevcut bir borcun tediyesine yönelik olarak verildiğinin kabulü gerekir. Öte yandan, BK 182 (TBK 207/2) maddesi uyarınca satış sözleşmesinde satıcı ve alıcının borçlarını aynı anda ifa ettikleri yönünde yasal karine getirilmiştir. Karinenin aksini iddia eden davacı, çekin avans olarak ve teminat amacıyla verildiğini yazılı delille ispatlamak zorundadır. Mahkemece bu yönler gözetilmeksizin somut olay bakımından ispat külfetinin tayininde yanılgiya düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir...” (Bu karar için bk. **Yargıtay Veri Tabanı**). Yine Yüksek Mahkeme başka bir kararında da aynı sonuca varmıştır. Bu karar (**19. HD, 08.05.2014, E. 2014/ 1683, K. 2014/ 8891**) şu şekildedir:

“...Çek bir ödeme vasıtasıdır. Kural olarak mevcut bir borcun tasfiyesi amacıyla verilir. Somut olayda davacı, çeklerin davalıya yapılacak ödemelerin teminatı olarak verildiğini, ayrıca günü geçmiş çekler yerine davalıya yeni çekler verdiklerini, ancak davalının günü

ÇekK sisteminde ileri tarihli çeklerin vadeli çek gibi işlev görmesi çeklerin teminat amacıyla kullanılması hususunda önemli ölçüde kolaylık sağlamaktadır. Gerçekten de bir kambiyo senedinin teminat amacıyla verilmesindeki en önemli amaç, teminat için verilen senedin kararlaştırılan vadeye kadar takibe sokulmamasıdır. ÇekK'da bu olanağı çeki düzenleyene vermektedir. Halbuki salt TTK sisteminde çekin kararlaştırılan tarihten önce ödenmesi için ibraz edilip edilmemesi hamilin inisiyatifine kalmaktadır. Bununla alacaklıya çek veren kişilerin yeterli güvenceye sahip olmaması sonucunu doğuracağı açıktır. Diğer taraftan bu durum çek hamiline diğer kambiyo senetleri olan poliçeye ve bonoya göre çok daha avantaj sağlamaktır. Karşılıksız kalan çek için adli para cezasının öngörülmesi dahi tek başına hamilin durumunu bono ve poliçeye göre çok daha kuvvetlendirmektedir^{39,40}. Üstelik düzenleyen tarafından adli para cezasının ödenmemesi halinde bu yaptırım doğrudan hapis cezasına dönüşmektedir (bk. ÇekK 5/11). Hapis cezasının varlığı borçluları bir şekilde borcunu ödemeye zorlamaktadır. Bunun sonucu olarak niteliklerine çok daha uygun olmasına rağmen bono ve poliçe yerine, alacaklılar teminat olarak borçlulardan çek talep etme yoluna gitmektedirler.

C. REHİN CİROSUNUN MÜMKÜN HALE GELMESİ

Ciroda “bedeli teminattır” “bedeli rehindir” ibaresi veya rehnetmeyi içeren başka bir kayıt varsa bu yapılan ciroya rehin cirosu denir (bk. TTK 689). Rehin cirosundaki amaç, kambiyo senedindeki alacağı ciro edilen lehine rehnetmektir. Bu sayede rehin cirosu yapan kişi ciro edilene teminat vermekte-

geçen çekleri iade etmediği gibi işleme koyduğunu iddia etmiş, davalı ise davacının borçlarına karşılık çekler verdiğini, eski çeklerle yeni çeklerin değişimine dair taraflar arasında protokol düzenlenmediğini savunmuştur. Bu durumda mahkemece, verilen çeklerin teminat amacıyla verildiği ve eski çekler yerine yeni çekler verildiği halde eski çeklerin iade edilmediği iddiasının ispat külfetinin davacı üzerinde olduğu gözetilmeden yanılgılı değerlendirme sonucu ve icapsız yemine dayalı olarak yazılı şekilde hüküm kurulması doğru değildir...” (Bu karar için bk. **Yargıtay Veri Tabanı**).

³⁹ Türkiye Bankalar Birliği Risk Merkezi tarafından açıklanan veriler de ödenmeyen çekler için adli para cezasının öngörülmesinden sonra karşılıksız çek tutarlarında ciddi bir azalmanın meydana geldiğini göstermektedir. Söz konusu verilere göre, Ocak- Ağustos 2017 kapsayan dönemde karşılıksız kalan çek tutarları geçen yılın (2016) aynı dönemine göre % 37,5 oranında azalmıştır (Bu veriler için bk. <https://www.riskmerkezi.org/tr/istatistikler/23>). Bu noktada hatırlatmak gerekir ki, 6728 sayılı Kanun ile 5941 sayılı Kanun'da değişiklik yapılmış ve karşılıksız kalan çekler bakımından adli para cezası öngörülmüş ve bu düzenleme 09.08. 2016 tarihinde Resmi Gazete'de yayınlanıp yürürlüğe girmiştir (09.08. 2016 tarih/ 29796 Sayı).

⁴⁰ Çekin bono ve poliçeye göre hamiline sağladığı avantajlar için bk. **Tekinalp**, Prof. Dr. Aysel Çelikel'e Armağan, s. 930-931.

dir⁴¹. Poliçe ve bononun rehin cirosuna konu olabileceği açık yasal düzenlemeye bağlanmıştır (Poliçe bakımından TTK 689; bonolar bakımından TTK 778/1-a atfı gereğince TTK 689).

Poliçeye ilişkin hangi hükümlerin çekler açısından uygulanacağını düzenleyen TTK 818’de tahsil ve temlik cirosundan farklı olarak rehin cirosunu düzenleyen TTK 689’a atıfta bulunulmamıştır. Doktrin ve uygulamada bunun bilinçli bir tercih olduğu kabul edilmektedir. Bunun temel sebebi olarak çekin ödeme vasıtası olması gösterilmektedir⁴². Gerçekten de görüldüğünde ödenen ve kısa ibraz sürelerine tabi tutulan çekin rehin cirosuyla devri uygun görülmemiştir⁴³. Bu düşüncenin sonucu olarak, çekte rehin cirosu yapıldığı

⁴¹ Bu hususta bk. **Türk, Ahmet**: Maddi Hukuk ve İcra-İflâs Hukuku Yönleriyle Menfi Tespit Davası (Yargıtay Kararları Işığında, Özellikle Kambiyo Senedi Borçlusu Tarafından Açılan Menfi Tespit Davası, Kambiyo Senedi Borçlusunun Defileri, Kambiyo Senedinin Bedelsizliği ve Hükümsüzlüğü), Ankara 2006, s. 169.

⁴² Bu hususta bk. **Karayalçın, Yaşar**: Ticari Senetler, 4. Bası, Ankara 1970, s. 286; **Kubilay, Huriye**: “ Kambiyo Senetlerinin Rehni”, DEÜHFD 1987, C.III, S.1-4, s. 511; **Öztan**, 1997, s. 1147; **Poroy/Tekinalp**, s. 315; **Domanic**, Kıymetli Evrak, s. 598; **Reisoğlu**, s. 184; **Gürbüz**, s. 329; **Karahan/Arı/Bozgeyik/Saraç/Ünal (Arı)**, s. 379; **Pulaşlı**, s. 314; **Şimşek**, s. 431; **Bozer/Göle**, s. 298; **Bahtiyar**, Kıymetli Evrak, s. 148; **Bilgili/Demirkapı**, s. 180.

Yargıtay da bir kararında (12. HD, 26.06. 2008, E. 2008/ 10960, K. 2008/13565) çekin görüldüğünde ödenmesinin şart olması nedeniyle rehin cirosunun olamayacağı sonucuna varmıştır. Bu kararın ilgili bölümü şu şekildedir:

“...Takip konusu çekin lehdar ...”.... emrine ödeyiniz, bedeli teminatır” şerhini taşıyan cirosu ile alacaklıya devredildiği görülmektedir. Şikayetçi vekilinin icra mahkemesine başvurusu ise, alacaklının yetkili hamil olmadığından bahisle takibin iptaline yöneliktir. TTK’nun 707.maddesinde de açıklandığı üzere, çek görüldüğünde ödenmesi gereken bir ödeme vasıtasıdır. Bu yapısı itibarıyla çekte rehin cirosu yapılamaz. Çekin ancak temlik veya tahsil cirosuyla devri mümkündür. TTK’nun 730.maddesinde rehin cirosuna ilişkin aynı Kanun’un 601.maddesine atıfta bulunulmamıştır. Yukarıda açıklanan cironun tahsil veya temlik cirosu olarak kabulü mümkün olmadığından mahkemenin alacaklının yetkili hamil olmadığından bahisle takibin iptaline kararı yasaya uygun olup, onanması gerekirken Dairemizde bozulduğu anlaşılmakla borçlunun karar düzeltme istemi kabul edilmelidir...” (Bu karar için bk. **Yargıtay Veri Tabanı**). Aynı yönde başka bir karar için bk. 12. HD, 15.07. 2008, E. 2008/ 13561, K. 2008/15151 (**Yargıtay Veri Tabanı**).

⁴³ Bu hususta bk. **Kendigelen**, Çek, s. 176; **Can**, s. 159; **Poroy/Tekinalp**, s. 315-316; **Uzunallı/Yıldırım**, s. 96. Doktrinde kısa vadeli alacaklar için gizli rehin cirosunun yapılmasının veya Türk Medeni Kanununun rehne ilişkin hükümlerinden yararlanarak çekin rehnedilmesinin olanaklı olduğu ileri sürülmektedir (Bu hususta bk. **Öztan**, 1997, s. 1148; **Erdem/Kalpsüz/Çelebican (Kalpsüz)**, s. 94. Yine doktrinde azınlıkta kalan bir görüş, kısa vadeli rehin işlemlerinde çekin karşılık teşkil etmesi gerektiği, özellikle kısa vadeli teminat gerektiren resmi arttırmalarda ve eksiltmelerde çekin rehninin mümkün olması gerektiği ifade edilmektedir (Bu hususta bk. **Domanic**, Kıymetli Evrak, s. 598). Buna karşılık, doktrinde bir görüş gizli rehin cirosunun ve teminat amacıyla temlik cirosunun dahi geçerli olmayacağını kabul etmektedir (Bu görüş için bk. **Bozer/Göle**, s. 331-332).

takdirde bu ciro geçersiz olacaktır. Ciro geçersiz olduğundan çeki elinde bulunduran kişi de artık meşru hamil olarak kabul edilemeyecektir⁴⁴.

Buna karşın ÇekK çekte vade esasını kabul etmiş olduğundan bu yasağın temel gerekçesi olan “çek ibrazında ödenir” ilkesi de geçerliliğini yitirmiştir⁴⁵.

^{Yargıtay} ise çok sayıda kararında bu son görüşe paralel olarak çekin teminat amacıyla ciro edilmesi durumunda çeki elinde bulunduran kişinin meşru hamil olmayacağına karar vermiştir. Yüksek Mahkeme'ye göre yapılan ciro temlik cirosu olsa dahi, bunun teminat amacıyla ciro edildiği belliyse çeki elinde bulunduran kimse meşru hamil sayılmaz. Örneğin Yargıtay (11. HD, 12.03. 2014, E. 2013/11986, K. 2014/ 4760) kararında rehin cirosunun veya bu sonucu elde etmeye yönelik olarak teminat amacıyla devrinin yasak olduğunu ve bu suretle çeki elinde bulunduranın meşru hamil olmayacağına karar vermiştir. Bu kararın ilgili bölümü şu şekildedir: “...Poliçeye ait olup, çek hakkında da uygulanması mümkün hükümleri düzenleyen TTK'nun 730 (6102 sayılı TTK 818). maddesinde rehin cirosu ile ilgili aynı yasanın 601 (6102 sayılı TTK 689). maddesine yapılmış bir atf bulunmamaktadır. Bu durumda çekte rehin cirosu caiz olmayıp, rehin veya bu sonucu elde etmeye yönelik teminat amacıyla çekin ciro edilmesi halinde çeki devralan kişi çekte dayalı hakları kullanamaz. Somut olayda, davacı Banka davaya konu çeki teminat amacıyla almış olup, açıklanan yasa maddesi uyarınca çekin rehin amacıyla cirosu geçerli olmadığından davacı yetkili hamili olarak kabul edilemez. Yetkili hamil olmayan kişinin TTK'nun 644 (6102 sayılı TTK 732). maddesinden doğan hakları ileri sürmesi mümkün olmadığından mahkemece davanın bu nedenle reddine karar vermek gerekirken yazılı şekilde kısmen kabulüne karar verilmesi doğru olmayıp, kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir (Bu karar için bk. **Yargıtay Veri Tabanı**; aynı yönde başka kararlar için bk. 11.HD, 20.02.2014, E. 18333/K. 2980, Eriş, s. 1279; 11.HD, 03.10.2012, E.6984/K.14883, Eriş, s. 1294-1295). Yargıtay başka bir kararındaysa (19.HD, 27.11.2014, E. 2014/1120, K. 2014/17084) tam aksi sonucu varmıştır. Gerçekten de Yüksek Mahkeme'ye göre, bankaya devredilen çekte ilişkin tevdi bordrosunda “teminat” ibaresi yer alsa dahi, çekin üzerinde teminat amacıyla devredildiği belirtilmemişse, bu şekilde çeki devralan kişi meşru hamil sayılmalıdır. Yüksek Mahkeme'nin bu kararında gizli rehin cirosu ile yapılan cironun geçerli olacağı sonucuna vardığı anlaşılmaktadır. Bu kararın ilgili bölümü şu şekildedir:

“...Mahkemece, dava konusu çeklerin davalı bankaya tevdi edildiği, tevdi bordrosunda teminat ibaresinin yer aldığı, dava konusu çeklerin gizli rehin cirosuyla davalıya intikal ettirildiği, ödeme vasıtası olan çeklerin rehin cirosuyla temlik edilemeyeceği, davalının keşideci olan davacılar hakkında takip yapamayacağı, davalının cironun mahiyeti konusunda yanlışlığa düştüğü ve kötüniyetli kabul edilemeyeceği gerekçesiyle davanın kabulüne, kötüniyet tazminatı talebinin reddine karar verilmiş, hüküm taraf vekillerince temyiz edilmiştir. Dava tarihinde yürürlükte bulunan 6102 sayılı TTK'nun 689.maddesine göre rehin cirosu “bedeli teminattır”, “bedeli rehindir” veya bunlara uygun bir ibarenin senede yazılması ve altının meşru hamil tarafından imzalanıp senedin rehin alana teslimi ile oluşur. Senette yukarıda açıklanan ibarelerden birinin yer almaması halinde senedin rehin cirosu ile değil temlik cirosu ile verildiği kabul edilmelidir. Bu durumda mahkemece, dava konusu çeklerin dava dışı şirket tarafından yapılan cirolarında herhangi bir ibarenin yer almaması nedeniyle temlik cirosuyla devredildiğinin kabulü ile sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir...” (Bu karar için bk. **Yargıtay Veri Tabanı**).

⁴⁴ Bu hususta bk. **Bozer/Göle**, s. 330.

⁴⁵ Bu hususta bk. **Kırca, İsmail**: “Yargıtay Kararları Işığında Çekte Gizli Rehin ve Teminat

Yukarıda da ifade edildiği üzere, çekin üzerine ileri tarihler konulmak suretiyle çek kredi aracı olarak kullanılmaktadır. Kredi aracı olarak kullanılma özelliğine sahip bir çekte de rehin cirosunun yapılması olanaklı olmalıdır. Üstelik mevzuatımızda çekte rehin cirosunu yasaklayan bir düzenleme de bulunmamaktadır. Sadece TTK 818’de rehin cirosuna yapılan bir atıf yoktur. Atıf bulunmamasının gerekçesiye, çekin ödeme aracı olması gösterilmektedir. Yukarıda da ayrıntılı olarak belirttiğimiz üzere, bu gerekçe de geçerliliğini yitirmiş durumdadır. Bu itibarla çeklerde rehin cirosunun yapılmasını haklı kılan bir durum bulunmamaktadır. Bu çerçevede poliçede rehin cirosunu düzenleyen TTK 689’un çekler bakımından da uygulanması kabul edilmelidir⁴⁶.

Yukarıda da ifade edildiği üzere Yargıtay çekin ödeme aracı olduğunu belirtep rehin cirosunun mümkün olmadığını kabul etmektedir. Bunun sonucu olarak, çeki rehin cirosuyla iktisap eden meşru hamil olarak kabul edilmemektedir. Halbuki bono ve poliçe gibi kredi aracı olarak kullanılan çekte, bu iki kambiyo senedi türünden farklı olarak rehin cirosunun yapılamayacağını haklı kılan bir gerekçe bulunmamaktadır. Diğer taraftan, Yargıtay çekin teminat çeki olarak düzenlenebileceğini kabul ederken, aynı amaçla ciro yapıldığında bunu geçersiz kabul etmesi hukuk güvenliği ilkesine de aykırıdır⁴⁷. Aslında çekin

Amacıyla Temlik Ciroları”, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu 2013, C.XXVII, s. 97. ÇekK hükümleri dikkate alındığında 31.12. 2017 tarihine kadar vadeli çek uygulamasının geçerli olacağı ve bununla bağlantılı olarak çekte rehin cirosunun mümkün olabileceği hususunda bk. **Pulaşlı**, s. 186. Çek Kanunu hükümleri açısından da çekte rehin cirosunun yapılmasının mümkün olmadığına ilişkin görüş için bk. **Bozer/Göle**, s. 330.

⁴⁶ Doktrinde Seven’in de haklı olarak ifade ettiği üzere, ETK döneminde poliçedeki sebepsiz zenginleşmeye ilişkin düzenleme açık atıf olmamasına rağmen, sebepsiz zenginleşmeye ilişkin esasların bonolar bakımından da uygulanması gerektiği kabul edilmekteydi. Aynı esasın çekin rehin cirosuyla devri bakımından kabul etmek gerekir (**Seven**, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu 2013, C.XXVII, s. 103-104).

⁴⁷ Gerçekten de Yargıtay bir kararında (**19. HD, 09.04.2014, E. 2014/3896, K. 2014/6789**) çekin teminat amacıyla düzenlenebileceğini açıkça kabul etmiştir. Bu kararın ilgili bölümü şu şekildedir:

“...Mahkemece iddia, savunma ve toplanan deliller doğrultusunda, çek ödeme aracı olup mevcut bir borcun ifası amacıyla verildiğinin kabulü gerektiği, aksini iddia eden davacının iddiasını yazılı delillerle ispat edemediği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekilince temyiz edilmiştir. Hükmüne uyulan Dairemiz bozma ilamında; “Davacı tarafından dosyaya fotokopisi sunulan 21.12.2010 tarihli “Tediye Makbuzu” başlıklı belgede dava konusu çekin teminat olarak alındığına dair bir açıklama bulunmamaktadır. Beyan altındaki teslim eden ve teslim alan imzaları mevcuttur. Bu durumda mahkemece, anılan belge üzerinde durulup tartışılarak davaya etkisi tüm delillerle birlikte değerlendirilip sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken bu yön üzerinde durulmadan eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm tesisi doğru görülmemiştir.” denilmiştir.

teminat çeki olarak düzenlenip lehtara verilmesiyle üçüncü bir kişi tarafından düzenlenip cirantaya verilen çekin onun tarafından teminat amacıyla ciro edilmesi arasında bir farklılık olmamalıdır. İster çek doğrudan teminat çeki olarak düzenlensin isterse de ciranta teminat amacıyla çeki ciro etsin, her ikisi de aynı amaca hizmet etmektedir. İlk halde düzenleyen ikinci durumdaysa ciranta bir borcuna karşılık teminat vermektedir. Son olarak belirtelim ki, çekte rehin cirosunun geçerli olduğunun kabulü Yargıtay'ın bazı kararlarda teminat amacıyla yapılan temlik cirosunu geçerli, bazı hallerdeyse geçersiz sayması nedeniyle meydana gelen sorunu da ortadan kaldıracaktır.

D. VADEDEN ÖNCE BAŞVURUYA İLİŞKİN HÜKÜMLERİN UYGULAMA ALANI BULMASI

Poliçeye ilişkin TTK 713'de belirli hallerin gerçekleşmesi durumunda hamilin vadeyi beklemesine gerek olmaksızın başvuru hakkını kullanabileceği belirtilmiştir. Vadeden önce başvuru hakkının tanınmasının nedeni vadede ödemenin tehlikeye girmesi ve bu sebeple senedin dayandığı krediden yoksun kalarak tedavül yeteneğinin zarar görmesidir⁴⁸. Başka bir ifadeyle bu gibi hallerde vadeye kadar beklenmesi senet bedelinin tahsil imkanını tamamen ortadan kaldırılabılır. Zira başvuru borçlularının ödeme durumlarında olumsuz değişiklikler meydana gelebilir⁴⁹. Yine bu hükümle bağlantılı olarak TTK 725/2' de başvurma hakkının vadenin gelmesinden önce kullanılması halinde poliçe bedelinde bir iskonto yapılacağı ifade edilmiştir.

TTK'nın kıymetli evrak kitabının çek bölümünde vadeden önce başvuruya ilişkin bir hüküm bulunmadığı gibi, poliçeye ilişkin hangi hükümlerin çekler bakımından uygulanacağını düzenleyen TTK 818'de de TTK'nın 713 ve 725. maddelerine yapılan bir atıf da yoktur. Çekin ibrazında ödeneceğini kabul eden TTK sistematğinde bu hükümlere gönderme yapılmaması da doğaldır. Zira yukarıda da birçok kez ifade edildiği üzere TTK, çekte vadenin olmayacağı esasından hareket etmektedir. Buna karşılık 5941 sayılı Çek Kanunu taraflar arasındaki vade anlaşmasının geçerli olacağını açıkça kabul

Dosya kapsamındaki 21.11.2010 tarihli tediye makbuzu uyarınca dava konusu çekin teminat amacıyla verildiği mahkemece kabul edilmiştir. Bu durumda çekin neyin teminatı olarak verildiği ve teminat konusu alacağın varlığının ispatı davalı çek hamiline düşer. Mahkemece ispat yükünün davalıda olduğu kabul edilerek bu konuda davalının delilleri toplanıp sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir..." (Bu karar için bk. **Yargıtay Veri Tabanı**).

⁴⁸ Bu hususta bk. **Bozgeyik, Hayri**: Poliçede Müracaat Hakkı, Ankara 2003, s. 79.

⁴⁹ Bu hususta bk. **Öztan, Fırat**: Kıymetli Evrak Hukuku, 21. Bası, Ankara 2017, s. 140.

etmiştir. Taraflar arasında vade anlaşması Çek Kanunu bakımından geçerliyse vadeden önce başvuruya ilişkin hükümlerin de uygulanmamasını haklı kılan bir gerekçe de bulunmamaktadır⁵⁰. Aksi düşüncenin kabulü halinde poliçe ve bono alacaklısıyla çek alacaklısı arasında haksızlık yaratılmış olur. Gerçekten de aynı sebeplerin gerçekleşmesi halinde poliçe ve bono alacaklısı vadeyi beklemezken, çek alacaklısının vadeyi beklemesi gerekecektir. Bununsa adil olmayacağı açıktır⁵¹. Diğer taraftan yukarıda rehin ciroyuyla ilgili açıklamalar kısmında da ifade edildiği üzere, vadeden önce başvuruya ilişkin bir hüküm bulunmaması ve bu hususta poliçe hükümlerine de göndermenin olmaması bunun yasaklandığı anlamına gelmez.

Bu tespitten sonra, çekte hamilin vadeden önce başvuru hakkını hangi şartlar altında ve nasıl kullanabileceğinin açıklanması gerekir.

TTK 713/2 hangi hallerde vadeden önce başvuru hakkının kullanılabilceğini belirtmiştir. Bu haller şunlardır: a. Kabulden tamamen ve kısmen kaçınılmış olması b. Poliçeyi kabul etmiş olsun olmasın muhatap iflas etmiş veya bir ilamla ispatlanmamış olsa dahi ödemelerini tatil etmiş veya aleyhindeki herhangi bir icra takibinin semeresiz kalmış olması c. Kabul için arz edilmesi yasaklanan bir poliçenin düzenleyenin iflas etmiş olması.

Hükümde belirtilen haller birbirinin alternatifi konumundadır. Düzenlemede belirtilen durumlardan birinin gerçekleşmesi dahi hamilin vadeden önce başvuru hakkını kullanması için yeterlidir.

Belirtmek gerekir ki, TTK 713 poliçedeki esasları dikkate alarak kaleme alınmıştır. Düzenlemenin “ c” bendi bir tarafa bırakılırsa hükmün muhatabı esas aldığı görülmektedir.

Çekte muhatap bankanın çek borçlusu olması kanunen yasaklanmıştır (bk. TTK 784). Kanun koyucu muhatap banka için öngörülen kabul yasağının

⁵⁰ Doktrinde Gençtürk de bir yerde çekin düzenleme tarihinden önce ödenmesinin düzenleyenin iradesine bağlı olduğuna göre, hamil ile düzenleyen arasında menfaat dengesinin sağlanması açısından aynı koşulların sağlanması halinde çeklerde de düzenleme tarihinden önce başvuru hakkının sağlanmasının düşünülmeye gerektiğini haklı olarak ifade etmiştir (Bu hususta bk. **Gençtürk**, s. 150). Yine Seven de çekte vadeden önce başvuru hakkına ilişkin poliçe hükümlerine göndermede bulunulmadığı, ibraz yasağının bulunduğu süre ile sınırlı olmak üzere TTK 713 (ETTK 625)’in kıyasen çekler hakkında da uygulanması gerektiğini ifade etmiştir (**Seven**, İzBD 2009, S.1, s. 111; **Seven**, THYKS 2013, C.XXVII, s.104).

⁵¹ 1926 tarihli Eski Ticaret Kanunu’nda çekte vadenin olmayacağı açıkça belirtilmiş olmasına karşın, o dönemde kaleme alınan bir çalışmada Hırş poliçede vadeden önceye başvuruya ilişkin esasların çekler bakımından da uygulanması gerektiğini ifade etmiştir (**Hırş, Ernst**: Ticaret Hukuku Dersleri, 3. Bası, İstanbul 1948, s. 507).

aval verilmesi veya ciro yoluyla aşılmasını da özel hükümlerle yasaklamıştır. Gerçekten de TTK 794/2'de avalin muhatap banka tarafından verilemeyeceği belirtilirken, TTK 789/2'de muhatapın cirosunun da batıl olacağı ifade edilmiştir.

Bu açıklamalar çerçevesinde vadeden önceye başvuru bakımından çekteki muhatapın durumunu dikkate alarak değerlendirme yapmak olanaklı değildir. Zira muhatap çek borçlusu değildir. Muhatap çek borçlusu olmadığına göre, burada göz önünde tutulması gereken kişi düzenleyendir.

Çek açısından TTK 713/c'de düzenlenen kabule arzı yasaklanmış bir poliçeye benzer durum bulunmaktadır. Zira TTK 713/c'de kabule arz iradi olarak yasaklanmışken, çekte kabule arz kanunen yasaklanmıştır. Nihai olarak her iki durumda da kabule arz yasaktır. Poliçeye ilişkin bu düzenlemede sadece düzenleyenin iflasından söz etmektedir. Ancak iflas dışında “b” bendinde belirtilen halleri de dikkate almak gerekir. Bunun sonucu olarak düzenleyenin iflası yanı sıra, ödemelerini tatil etmesi veya hakkında yapılan icra takibinin semeresiz kalması durumunda hamil, çekin üzerinde yazılı düzenleme tarihini beklemeden başvuru hakkını kullanabilecektir⁵².

Vadeden önce başvuruya ilişkin poliçe hükümlerinin çekler bakımından uygulanacağı esasını kabul ettikten sonra, TTK 725/2 düzenlemesinin de dikkate alınması gerekir. Bu çerçevede hamil çekin üzerinde yazılı düzenleme tarihinden önce başvuru hakkını kullanırsa çek bedelinden uygun bir iskonto yapılması gerekecektir. Zira, hamil çekin üzerindeki yazılı tarihten önce alacağına kavuşmuş bulunmaktadır.

Vadeden önce başvuruya ilgili olarak değerlendirilmesi gereken diğer bir nokta, başvurunun şekli şartının nasıl yerine getirileceğidir. TTK 714/5'de ödemelerin tatil edilmesi veya yapılan icra takibinin semeresiz kalmış olması durumunda ibraz ve protestodan sonra başvuru hakkının kullanılacağı belirtilmiştir. TTK 714/6'da ise iflas ilamının ibrazının başvuru hakkının kullanılması için yeterli olacağı ifade edilmiştir. Bu çerçevede, düzenleyen hakkında iflas kararı verilmesi durumunda iflas ilamının ibrazı başvuru hakkının kullanılması için yeterli olacaktır. Buna karşılık düzenleyenin ödemeleri tatil et-

⁵² Poliçe bakımından aynı yönde açıklamalar için bk. **Bozgeyik**, s. 80; Kanunun lafzının eleştiriye açık olduğu hususundaki tespit için bk. **Ülgen/Helvaci/Kendigelen/ Kaya (Kaya)**, s. 204; kabule arzı yasaklanmış poliçenin düzenleyenin ödemeleri tatil etmesi veya hakkında yapılan icra takibinin semeresiz kalmasının vadeden önce başvuru için yeterli olmayacağı görüşü için bk. **Bozer/Göle**, s. 141; **Pulaşlı**, s. 166.

mesi veya hakkında yapılan icra takibinin semeresiz kalması durumunda ibraz ve şekli şartın yerine getirilmesi gerekir. Çeklerde ödememe durumunun nasıl tespit edileceği TTK 808’de belirtilmiştir. Bu düzenlemeye göre, ödememe halinin şu hallerden biriyle tespit edilebilir: a. Protesto b. Muhatap tarafından, ibraz günü de gösterilmek suretiyle çekin üzerine yazılmış olan tarihli beyan c. Bir takas odasının, çek zamanında teslim edildiği halde ödenmediğini tespit eden tarihli bir beyanı.

Bu üç halden biriyle durumun tespiti başvuru hakkının kullanılması için yeterlidir. Ancak çekin üzerinde yazılı düzenleme tarihinden önce bankaya ibrazı mümkün olmadığından muhatap bankanın karşılıksızdır işlemi yapması olanaklı olmadığı gibi takas odasının çek üzerine ödenmediğinin tespitini yapması da mümkün değildir. Bu halde yararlanılabilecek tek ihtimal noter aracılığıyla çekilecek protesto ile durumun tespiti. Hamil noter aracılığıyla protesto çektikten sonra düzenleyen dahil diğer başvuru borçlularına başvuru-
rabilecektir.

E. VADEDEN ÖNCE ÖDEME YASAĞINA İLİŞKİN POLİÇE DÜZENLEMESİNİN ÇEKLER BAKIMINDAN UYGULANABİLİRLİĞİ

Kambiyo senetlerinin tedavül yeteneğini dikkate alan kanun koyucu, vadede de ödeme esasını kabul etmiştir. Hamil ancak vadede ödeme yapılmasını isteyebilir. Vadeden önce ödeme yapılması gerçek hamil ile hamilin alacaklıları bakımından önemli bir riziko teşkil eder. Bu nedenle kanun koyucu vadeden önce ödemeye ilişkin özel bir düzenleme yapma ihtiyacı hissetmiştir. Poliçelere ilişkin TTK 710. maddesinin ikinci fıkrasında vadeden önce ödeyen muhatabın bundan doğacak tehlikenin kendisine ait olacağı belirtildikten sonra, maddenin üçüncü fıkrasında hile ve ağır kusuru bulunmadıkça vadede ödeme yapan kişinin borcundan kurtulacağı ifade edilmiştir⁵³. TTK 778/1-c’de bu hükmün bonolar bakımından da uygulanacağı belirtilmiştir. Poliçeye ilişkin hangi hükümlerin çeklere uygulanacağını belirten TTK 818, yukarıda ifade ettiğimiz poliçeye ilişkin bu hükme gönderme yapmamıştır. TTK sistematığı bakımından bu hükme gönderme yapılmamasının mantıklı ve haklı bir gerekçesi vardır. Gerçekten de çekte vade esasını kabul etmeyen TTK’nın vadeden önce ödemeye bir sonuç bağlaması da düşünülemezdi. Ancak Çek Kanunu çekte vade esasını kabul ettiğine göre poliçeye ilişkin

⁵³ TTK 646/2’de de hile veya ağır kusuru bulunmayan borçlunun vadede ödeme yapmakla borcundan kurtulacağı belirtilmiştir.

bu düzenlemenin çekler bakımından da uygulanıp uygulanmayacağını değerlendirilmesi gerekir. Kanun koyucu vadeden önce ödemenin rizikosunu policede muhataba, bonolarda ise düzenleyene yüklemiştir. Hatta bu kimseler, ödemeyi talep edenin gerçekte hak sahibi olduğunu düşünerek ödeme yapmış olsalar dahi riziko bu kişilerin üzerinde kalmaya devam eder⁵⁴. Bu nedenle vadeden önce ödeme yapılması halinde meydana gelen zararlardan bu kişiler sorumlu olur.

Bu hususa ilişkin doktrinde bazı örnekler verilmektedir: Örneğin, bedel üzerinde tedbir kararı almış bulunan kişinin bu girişimi vadeden önce ödeme sebebiyle konusuz kalmışsa hamilin alacaklısı ödemeyi yapan kişiden meydana gelen zararını talep edebilir. Yine senedin önceki hamillerinden birisinin elinden rızası dışında çıkması durumunda senedi elinde bulunduran hamilin ödeme talebinde bulunması ve borçlunun ödeme yapması durumunda senet elinden rızası dışında çıkan hamil ödeme yapan kişiden meydana gelen zararlarını talep edebilir⁵⁵. Dikkat edilirse ödeme yapılan kişi şeklen hamil olarak gözüke dahi gerçek anlamda hak sahibi olmadığı için ödeme yapan kişi gerçek hak sahibinin uğramış olduğu zararları gidermekle yükümlüdür⁵⁶. Halbuki borçlu vadesinde ödeme yapmış olsaydı, kendisine ödeme için başvuranın şeklen hamil olup olmadığı hususunda inceleme yapması yeterli olacaktı (bk. TTK 710/3). Başka bir ifadeyle şeklen hamil gözüken kişiye ödeme yapan borçlunun borçtan kurtulması ancak vadede ödeme yapılması halinde olanaklıdır⁵⁷.

Bu esasın çekler bakımından da kabul edilmemesini gerektiren haklı bir gerekçe bulunmamaktadır. Gerçekten de çekin üzerinde yazılı düzenleme tarihinin vade gibi bir işlev gördüğü dikkate alındığında, alacaklılarının veya çek elinden rızası dışında çıkan kişinin police ve bonoda belirtilen menfaate sahip olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Zira çekte de üzerinde yazılı düzenleme tarihinden önce muhatap banka tarafından ödeme yapılması durumunda hamilin alacaklıları zarara uğrayabileceği gibi, yine düzenleme tarihinden önce ödeme yapılması nedeniyle çekteki alacağın gerçek sahiplerinin menfaati zarara uğrayabilir. Muhatap bankanın çekin üzerinde yazılı düzenleme

⁵⁴ Bu hususta bk. **Öztan**, 1997, s. 695.

⁵⁵ Bu hususta bk. **Poroy/Tekinalp**, s. 217.

⁵⁶ Benzer yönde bk. **Bülow**, WG Art. 40, Nr. 2.

⁵⁷ Benzer olarak bk. **Zöllner**, s. 108; **Öztan**, 1997, s. 697; **Ülgen/Helvacı/Kendigelen/ Kaya (Kaya)**, s. 193.

tarihinden önce ödeme yapması düzenleyen ile aralarındaki çek anlaşması- na aykırılık teşkil eder. Erken ödeme nedeniyle düzenleyen çek anlaşmasına aykırı davranan muhataptan meydana gelen zararlarının tazminini talep edebilir⁵⁸. Ancak düzenleyenin talimatıyla ödeme gerçekleşmişse düzenleyenin meydana gelen zararlarını muhatap bankadan talep edemez⁵⁹. Bu son durumda alacaklıların veya gerçek hamilin uğradığı zarara düzenleyen tek başına katlanmak zorunda kalır.

Bunun yanı sıra yukarıda belirttiğimiz durum düzenleyenin muhatap dışında ödeme yapması halinde de gerçekleşebilir. Gerçi çekte, ödemeyi gerçekleştirecek olan muhatap bankadır. Ancak bu ödeme düzenleyenin muhatap banka nezdinde hazır bulundurduğu karşılıkla yapılmaktadır. Ödemenin muhatap banka yerine düzenleyen tarafından yapılması aynı ekonomik sonucı doğurmaktadır. Bu açıdan ödemenin muhatap banka veya düzenleyen tarafından yapılmasının ekonomik sonuçları arasındaki farktan söz edilemez.

Son olarak belirtelim ki, vadeden önce ödemeye ilişkin TTK 710 düzenlemesinin çekler bakımından uygulanması, ÇekK geçici 3/5 düzenlemesinin varlığını devam ettirmesi halinde olanaklıdır. Buna karşılık, söz konusu maddenin yürürlüğünün 31.12. 2020 tarihinde sona ermesi durumunda ÇekK 3/8 maddesi uygulama alanı bulacaktır. Söz konusu düzenlemeye göre ise çekin üzerinde yazılı düzenleme tarihinden önce ibrazı durumunda, çekle işleyen hesapta yeterli karşılık varsa muhatap bankanın ödeme yapması gerekir. Bu halde ise muhatap bankanın veya muhatap banka dışında düzenleyenin ödeme yapması düzenleyen bakımından herhangi bir sorumluluk doğurmayacaktır.

F. ÇEK DÜZENLENDİĞİ ANDA DÜZENLEYENİN KARŞILIK BULUNDURMA ZORUNLULUĞUNA ETKİSİ

TTK 783 hükmü çek düzenlemesini iki temel şarta bağlamıştır. Bunlar; muhatap nezdinde düzenleyenin emrine tahsis edilmiş bir karşılığın bulunması ve düzenleyenin karşılık üzerinde çek düzenleme suretiyle tasarruf edebileceğini sağlayan açık veya örtülü bir anlaşmanın varlığıdır. Bununla birlikte düzenlemede açıkça ifade edildiği üzere anlaşmanın bulunmaması veya çek düzenlendiği anda karşılığın mevcut bulunmaması düzenlenen belgenin çek

⁵⁸ Bu hususta ayrıntılı açıklamalar için bk. **Yasan, Mustafa**: “Çek Kanunu Geçici M.3 F.1 Uyarınca Üzerinde Yazılı Düzenleme Tarihinden Önce İbrazi Geçersiz Olan Çekin Muhatap Banka Tarafından İşleme Konulması (ve Özellikle Ödenmesi)”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 2014, S.19, s. 339 vd.; ayrıca bk. **Seven**, İzBD 2009, S.1, s. 109.

⁵⁹ Bu hususta bk. **Yasan**, s.351.

olma vasfını ortadan kaldırmaz. Anlaşma ve karşılık bulunmamasına karşılık Kanun'da öngörülen zorunlu unsurları taşıyan belge yine çek olarak kabul edilecektir.

Karşılık, çekle işleyen hesapta çeki ödemeye yetecek tutarın hazır bulunması ve düzenleyenin bu hesap üzerinde tasarruf etme yetkisine sahip olmasıdır. Söz konusu karşılığın nakit olması mümkün olduğu gibi muhatabın düzenleyen lehine tahsis etmiş olduğu ve onun üzerinde çek düzenlemek suretiyle tasarrufta bulunabildiği bir krediden de ibaret olabilir⁶⁰. Kanun koyucunun çek düzenlenebilmesi için karşılık öngörmesinin nedeni çekin ödeme aracı olmasıdır. Ödeme aracı olan çekin her an bankaya ibrazı mümkün olduğundan düzenleyenin muhatap bankadaki ilgili hesabında yeterli karşılığın bulunması gerekir. Belirtelim ki, bu karşılığın çekin ibrazı anında bulunması gerekir. Yoksa çekin düzenlendiği anda bu karşılığın bulunması gerekmez⁶¹.

5941 sayılı ÇekK'nun vadeli çek esasını kabul ettiği bir sistemde düzenleme tarihine kadar hesap sahibinin ilgili hesapta yeterli karşılığı bulundurulması gerektiren bir durum da söz konusu değildir. Üstelik hamil de çeki aldığı anda üzerinde yazılı düzenleme tarihine kadar yeterli karşılığın hesapta olmayacağını bilmekte ve bu bilinçle çeki almaktadır. Halbuki, TTK sisteminde düzenleyenden çeki alan hamil her an bu çeki bankaya ibraz edebilir. Düzenleyenin de yeterli karşılığı hesapta bulundurulması gerekirdi. Ancak 5941 sayılı ÇekK düzenleyeni, çekin üzerinde yazılı düzenleme tarihine kadar bu yükümlülüğünden kurtarmıştır.

G.İBRAZ SÜRELERİNDE DEĞİŞİKLİK YAPMA GEREKLİLİĞİ

Çekte vade esasını kabul etmeyen TTK sistemi ibraz süreleri kabul etmiştir. Bu ibraz süreleri de mümkün mertebe kısa tutulmak suretiyle çekin bir kredi aracı olarak kullanılması önlenmeye çalışılarak, çekin ödeme aracı fonksiyonu güçlendirilmek istenmiştir⁶². Gerçekten de aralarında büyük ben-

⁶⁰ Bu hususta bk. **Ülgen/Helvaci/Kendigelen/Kaya (Kendigelen)**, s.234; **Kayar**, s. 180; **Karahan/Arı/Bozgeyik/Saraç/Ünal (Arı)**, s. 342; **Öztan**, 1997, s. 1084; **Bahtiyar**, Kıymetli Evrak, s.130; **Bilgili/Demirkapı**, s. 165; ayrıca bk. **Erem/Kalpsüz/Çelebican (Kalpsüz)**, s. 101-102; **Poroy/Tekinalp**, s.306;**Bozer/Göle**, s. 319; **Şimşek**, s. 404-405; **Rampa**, s. 29 vd. ; **Kuhn**, CHK- Kommentar, Art. 1103, Nr. 1; **Zöllner**, s. 162.

⁶¹ Bu hususta bk. **İnan, Nurkut**: Çek Rizikolarından Doğan Sorumluluk, Ankara 1981, s.29; **Domanıç**, Karşılıksız Çek, s. 98-99; **Domanıç**, Kıymetli Evrak, s.712-713; **Bahtiyar**, Kıymetli Evrak, s. 130; **Şimşek**, s. 405; **Widmer**, Basler Kommentar, Art. 1103, Nr. 3.

⁶² Aynı yönde bk. **Karahan/Arı/Bozgeyik/Saraç/Ünal (Arı)**, s. 383; **Zöllner**, s. 161; benzer olarak bk. **Meier-Hayoz, Arthur/ von der Crone, Hans Caspar**: Wertpapierrecht, 1985, s. 247.

zerlik olan görüldüğünde ödenecek vadeli bono ve poliçelerde ibraz süresi düzenleme tarihinden itibaren bir yıldır (bk. TTK 704/1 ve TTK 778/1-b). Halbuki çeklerde düzenleme ve ödeme yeri aynı yerlerse on gün; farklı yerlerse bir ay ve farklı kıtalarsa üç ay içinde ibraz edilmesi gerekmektedir (bk. TTK 796). Görüldüğü üzere çeklerde kanun koyucu çok daha kısa ibraz süreleri öngörmüştür⁶³.

Buna karşılık 5941 sayılı ÇekK, çekin düzenleme tarihine adete vade gibi bir fonksiyon tanımıştır. Çekle ilgili hukuki, idari ve cezai yollara düzenleme tarihi geldikten sonra başvurabilecektir. Düzenleme tarihine vade gibi bir fonksiyon tanındığına göre, çekin ibrazı bakımından on gün, bir ay ve üç aylık uzunlukta ibraz sürelerinin tanınmasını haklı kılan bir gerekçe de kalmamıştır. Üstelik belirli vadeli bono ve poliçede çok daha kısa ibraz ve protesto süreleri bulunmaktadır. Bu tür vadeye sahip bono ve poliçelerde ibraz süresi ödeme günü ve bunu takip eden iki iş günüdür (bk. TTK 708 ve TTK 778/1-c). Yine bu tür vadeli bono ve poliçelerde başvuru hakkının kullanılmasının şekli şartı olan protestonun çekilme süresi ödeme gününü takip eden iki iş günüdür (bk. TTK 714/3 ve TTK 778/1-d). Görüldüğü üzere çekte vade esasının kabul edilmesinden sonra TTK’da öngörülen ibraz sürelerinin, aynı fonksiyonu yerine getiren vadeli bono ve poliçelere göre çok daha uzun olması eşitsizlik yaratmaktadır. Zira bono ve poliçe hamilleri bakımından azami süre ödeme günü ve onu takip eden iki iş günüyken, çek hamilleri bakımından ödeme ve düzenleme yerinin farklı olmasına bağlı olarak değişiklik gösterse de asgari ibraz süresi on gündür.

Diğer taraftan çekin bir an önce ibraz edilmesinde düzenleyen dışındaki başvuru borçlularının da menfaati vardır. Gerçekten de hamilin geç başvurması durumunda düzenleyenin mamelekinde bozulma olması durumunda bundan düzenleyen dışındaki diğer başvuru borçluları olumsuz etkilenecektir. Bunun yanı sıra çekin ibrazındaki sürelerin kısaltılması çekin ödenip ödenmeyeceği hususundaki belirsizliğin bir an önce ortadan kalkmasını da sağlayacaktır.

Bu çerçevede Çek Kanunu’nda öngörülen vade esası devam edecekse, çekler bakımından öngörülen ibraz sürelerinin kısaltılması gerekir. Burada ilk olarak doktrinde de haklı olarak eleştiriye uğrayan ödeme yeri ile düzen-

⁶³ Belirtmek gerekir ki, hem kaynak İsviçre hukukunda hem de Alman hukukuyla Cenevre Yeknesak Kuralları’nda süreler daha kısa tutulmuştur.

leme yerinin farklı yerler olması kıstasından vazgeçilmesi gerekir⁶⁴. Ulaşım olanaklarının kolaylaşması ve ÇekK'nun çekin muhatap bankanın herhangi bir şubesine ibraz edilmesi olanağı sağlaması karşısında aynı yer- farklı yer kıstasını haklı kılan gerekçeler ortadan kalkmıştır. Aynı yer farklı yer kıstasından vazgeçilmesi Cenevre Yeknesak Kuralları ile de uyum sağlayacaktır. Gerçekten Cenevre Yeknesak Kuralları'nın 29. maddesinde ödeme yeri ve düzenleme yeri aynı olan çeklerde süre sekiz gün, aynı kıtada olmak şartıyla farklı ülkeler olması durumunda yirmi gün; farklı kıtalar olması halinde yirmi günlük süre öngörülmüştür. Cenevre Yeknesak Kuralları'nda öngörülen süreler İsviçre ve Alman hukuklarında da aynı şekilde benimsenmiştir.

Aynı yer- farklı yer kıstasından vazgeçildikten sonra, çekin üzerinde yazılı düzenleme tarihi ve onu takip eden iki iş gününde bankaya ibraz zorunluluğunu kabul etmek gerekir. Böylelikle hem vadeli bono ve poliçeyle çekler arasında halihazırda meydana gelen eşitsizlik ortadan kalkacak hem de çekin ödenip ödenmeyeceği hususundaki belirsizlik bir an önce ortadan kalkmış olacaktır⁶⁵. Bu belirsizliğin mümkün mertebe hızlı şekilde ortadan kalkması düzenleyen dışındaki diğer çek borçlularının menfaatine olacaktır.

Son olarak belirtelim ki, ibraz süresinin düzenleme tarihi ve onu takip eden iki iş güne indirilmesi yukarıda belirttiğimiz Cenevre Yeknesak Kural-

⁶⁴ Bu hususta bk. **Özkorkut, Korkut**: “Çek Hukukunda Ödeme İçin İbraz Süreleri”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 1997, C. XIX, S.2, s. 60; **Pulaşlı**, s. 319; **Kendigelen**, Çek, s. 214-215.

⁶⁵ Gençtürk'e göreyse ÇekK'da yapılan değişiklikten sonra hamilin ibraz sürelerini kaçırma ihtimalinin yüksek olduğundan hamilin haklarının zarar görmemesi için ibraz sürelerini kaçırarak hamile en azından düzenleyen ve onun lehine aval verene zamanasını süresi için başvuru imkanının sağlanması gerekir (**Gençtürk**, s. 150). Görüldüğü üzere Yazar bizim savunduğumuz görüşün tam aksini savunmaktadır. Ancak bu görüşe birçok açıdan katılamamaktayız. İlk olarak, uygulamada çoğu zaman hamil çekin üzerinde yazılı düzenleme tarihinde muhataba başvurarak ödeme yapılmasını istemektedir. Zaten çek hamili, nasıl bir bono ve poliçe alacaklısı senedin üzerinde yazılı düzenleme tarihini bekliyorsa, o da çekin üzerinde yazılı düzenleme tarihini beklemektedir. Diğer kambyo senetlerinde olduğu gibi çekte de alacağının vadesi gelen çek hamilinden beklenen derhal muhatap bankaya başvurarak çek bedelinin kendisine ödenmesini talep etmektedir. Üstelik, teknolojiye meydana gelen değişim, muhatap bankanın herhangi bir şubesine ibrazın mümkün olması ve çekin takas odası aracılığıyla dahi ibrazının mümkün olması hususları dikkate alındığında, hamilden beklenen ibrazı derhal gerçekleştirmesi olmalıdır. Diğer taraftan ibraz süresini kaçırarak hamilin çekin tahsiline ilişkin tüm olanaklarının ortadan kalktığının söylenmesi de olanaklı değildir. Gerçekten de TTK 818/ 1-m hükmü gereğince çekler bakımından da uygulama alanı bulan TTK 732 gereğince hamilin, düzenleyene karşı sebepsiz zenginleşme davası açması olanaklıdır. Yine hamil şartları varsa temel ilişkiye dayanarak da düzenleyene başvurarak alacak talebinde bulunabilir.

ları’nda öngörülen sürelerin ciddi ölçüde kısaltılması sonucunu doğuracaktır. Bu anlamda ibraz sürelerinin uzunluğu bakımından bu sistemden bir kopmadan söz edilebilecektir. Ancak, 6728 sayılı Kanun ile TTK’nın 780. maddesinde değişiklik yapıp çekin zorunlu unsurları arasına “ seri numarası” ve “karekodu” da eklenmiştir. Görüldüğü üzere TTK açısından da zaten kaynak düzenlemeden bir ayrışma ortaya çıkmıştır.

H. ÇEKİN ZAYİ NEDENİYLE İPTALİNDE İLAN SÜRESİNİN BAŞLANGICINA ETKİSİ

Çekin zayi olmasıyla ifade edilmek istenen, çekin ibrazının hamilin iradesi dışındaki sebeplerle kısmen veya tamamen imkansız hale gelmesidir. Bu durum çekin kaybedilmesi veya çalınması şeklinde gerçekleşebileceği gibi, çekin yanması, yırtılması veya parçalanması şeklinde de meydana gelebilir⁶⁶. Bu hallerden birinin gerçekleşmesi nedeniyle senedin ibrazının imkansız duruma gelmesi çeke bağlanan hakkı ortadan kaldırmaz⁶⁷. Aksi durum hak sahibi bakımından ağır bir sonuç anlamına gelirdi. Bu nedenle kanun koyucu çek hamiline mahkemeye başvurarak senedin iptaline karar verilmesini talep etme hakkı vermiştir. Taleple bağlı olmak üzere mahkeme hakkın senetsiz ileri sürülmesine karar verebileceği gibi yeni bir senet düzenlenip hamile verilmesine de karar verebilir (bk. TTK 652).

Kanun koyucu çekin iptali bakımından poliçeye ilişkin hükümlere göndermede bulunmuştur (TTK 818/1-s). Zayi nedeniyle iptal davasının aşamalarından biri mahkemece ilan yaptırılmasıdır. İlan senet üzerinde hak sahibi olan varsa bu kişinin ortaya çıkmasını ve böylelikle hak sahibinin menfaatlerinin korunmasına hizmet eder⁶⁸. Bu usulün senedin mutlak anlamda zayi edildiğinin iddia edilmesi durumunda da uygulanması gerekir⁶⁹. Bunun sebebi iptale ilişkin yargılamada senedin zayi olduğu ve hak sahipliği sıfatının de-

⁶⁶ Bu hususta bk. **Gürühan, Caner**: Çekin Zayi Olması ve İptali, 2. Bası, Ankara 2015, s. 7; **Gültekin, Özkan**: “Kıymetli Evrakın Zayi Olması Hâlinde Hamilin Hakları”, Terazi Hukuk Dergisi 2007, S.16, s. 34; **Öztürk Dirikkan, Hanife**:Kıymetli Evrakın Ziyai ve İptali, Ankara 1990, s. 8; **Gültekin**, Kıymetli Evrakın Ziyai ve İptali, s. 64; **Karayalçın**, s. 350-351; **Bahtiyar**, Kıymetli Evrak, s. 35; **Bilgili/Demirkapı**, s. 36; **Karahan/Arı/Bozgeyik/Saraç/Ünal (Ünal)**, s. 120-121; ancak bk. ve karşı. **Göç Gürbüz, Diğdem**: Öğreti, Uygulama ve Yargıtay Kararları Işığında Kıymetli Evrakın Zayi Olması ve İptali, İstanbul 2017, s. 54.

⁶⁷ Bu hususta bk. **Gültekin**, THD 2007, S. 16, s. 35; **Bahtiyar**, Kıymetli Evrak, s. 35.

⁶⁸ Bu hususta bk. **Göç Gürbüz**, s. 112; **Gürühan**, s. 79; **Gültekin**, Kıymetli Evrakın Ziyai ve İptali, s. 164.

⁶⁹ Benzer olarak bk. **Özcan**, 1997, s. 298.

vam ettiği konusundaki iddiaların kesin değil, bu hususun kuvvetle muhtemel olduğunun mahkemeye kanaat verecek şekilde ispatının yeterli olmasıdır⁷⁰. Gerçekten de daha sonra maddi gerçek senedin mutlak anlamda zayıf olmadığı şeklinde ortaya çıkabilir.

İlan sürelerini düzenleyen TTK 761'de, poliçenin getirilme süresinin en az üç ay ve en çok bir yıl olduğu belirtildikten sonra hükmün üçüncü fıkrasında sürenin vadesi gelen poliçeler hakkında birinci ilan gününden, vadesi gelmemiş poliçelerde vadenin gelmesinden itibaren işleyeceği belirtilmiştir. Kanun koyucunun ilan sürelerin başlangıcı bakımından vadeyi esas almasının altında yatan sebep, hamilin vade geldikten sonra alacağını talep etmesidir. Vadesi gelmemiş bir alacakta, hamilin borçluya başvurusu düşünülemez. Hamil ancak vade geldiğinde borçluyla temasa geçecektir. Genelde bu andan sonra hamil, iptal davasının varlığını öğrenmiş olacaktır. Durumu öğrenen hamil elindeki senedin iptali için dava açılan mahkemeye başvurarak, gerçek hak sahibinin kendisinin olduğunu ileri sürebilecektir. Eğer kanun koyucu ilan sürelerinin başlangıcı bakımından vadeyi esas almasaydı, senedi elinde bulunduran hak sahibinin iptal için mahkemeye başvurulduğundan çoğu zaman haberi olmayacaktı. Hemen belirtelim ki, hamilin bilgisi olmadan senedin iptaline hükmedilmesi, hamilin senetten doğan alacağının sona ermesi sonucunu doğurmaz. Bununla birlikte, senedi elinde bulunduran hamilin hukuki durumunun kötüleştiği söylenebilir. Gerçekten de hamilin bu durumda borçludan talepte bulunabilmesi için senedin iptali için alınan iptal kararını iptal ettirmesi gerekir.

Çeke ilişkin TTK sistemi yukarıda da birçok kere vurgulandığı üzere, çekte vade esasını kabul etmemiştir. TTK açısından çek ibrazında ödenmesi gereken bir kambiyo senedi olduğuna göre, ilan sürelerinin başlangıcı bakımından çekin üzerinde yazılı düzenleme tarihini esas almayı haklı kılan bir neden yoktur. Bu açıdan TTK'nın çeke yüklediği işlev dikkate alındığında ilan sürelerinin başlangıcı bakımından durumun vadesi gelmiş poliçelerde olduğu gibi değerlendirilmesi gerekir. Bunun sonucu olarak süre ilan tarihinden itibaren işlemeye başlayacaktır⁷¹.

Bununla birlikte 5941 sayılı ÇekK çekin üzerinde yazılı olan tarihe vade işlevi yüklediğinden ilan süresinin başlangıcı bakımından çekin üzerinde yazılı olan tarihin dikkate alınması gerekir. Daha açık olarak ifade etmek

⁷⁰ Bu hususta bk. **Öztürk (Dirikkan)**, s. 66.

⁷¹ Bu hususta bk. **Öztürk (Dirikkan)**, s. 68; **İnan**, Çek Rizikoları, s. 86.

gerekirse, çekin zayi olduğu iddiasıyla mahkemeye başvurulduğunda çekin üzerinde yazılı düzenleme tarihi gelmişse sürelerin ilan tarihinden itibaren başlaması gerekir. Buna karşılık mahkemeye başvurulduğunda çekin üzerinde yazılı düzenleme tarihi henüz gelmemişse, ilan süresinin çekin üzerinde yazılı düzenleme tarihinden itibaren başlatılması gerektiği kabul edilmelidir⁷². Aksi halde çekin üzerinde yazılı olan tarih henüz gelmediği için bankaya ödeme için başvuramayan hamil, düzenleme tarihi gelip bankaya başvurduğunda çekin iptal edildiğini öğrenmiş olacaktır. Bu durumu öğrenen hamilin çek borçlularından alacağını talep etmesi içinse öncelikle çekin iptaline ilişkin verilen kararın mahkeme tarafından iptalini sağlaması gerekir⁷³. Bu durum çek hamili için hem zaman hem de para kaybı anlamına gelecektir. Elbette bu husus herhangi bir haklı gerekçe olmaksızın polişe ve bono hamillerinin çek hamillerine göre daha fazla korunması anlamına da gelecektir.

Hemen ifade edelim ki, bu açıklamalarımız ÇekK geçici 3/5 maddesinin varlığını devam ettirmesi durumunda olanaklıdır. Söz konusu maddenin yürürlüğünün 31.12.2020 tarihinde son bulması durumunda süre, ilan tarihinden itibaren işlemeye başlayacaktır. Zira ÇekK 3/8 maddesine göre, çekin üzerinde yazılı düzenleme tarihinden önce ibrazı halinde, çekle işleyen hesapta yeterli karşılık bulunması durumunda hamile ödeme yapılması gerekir.

İ.İHTİYATİ HACİZ BAKIMINDAN DOĞURDUĞU SONUÇLAR

2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 257 vd. maddelerinde ihtiyati haciz kurumu düzenlenmiştir. Doktrinde ihtiyati haciz şu şekilde tanımlanmaktadır: *"Para alacaklarına ilişkin mevcut ve müstakbel bir takibin sonucunun güvence altına alınması için mahkeme kararıyla borçlunun malvarlığına el konulmasını sağlayan geçici bir hukuki korumadır"*⁷⁴.

⁷² Bu hususta bk. **Uzunalli/ Yıldırım**, s. 132. Gürühan ve Gültekin ise herhangi bir ayırım yapmadan mahkemeye getirme süresinin ilk ilan gününden itibaren işlemeye başlayacağını ifade etmektedirler (**Gürühan**, s. 81; **Gültekin**, Kıymetli Evrakın Ziyatı ve İptali, s. 164).

Bu hususa ilişkin Yargıtay kararları incelendiğinde, Yüksek mahkemenin çekin ileri tarihli olarak düzenlenip düzenlenmediği ayırımı yapmaksızın sürenin ilan tarihinden itibaren başlayacağı esasını kabul ettiği görülmektedir. Gerçekten de Yargıtay'ın bir kararına (**11. HD, 28.03.2017, E. 2015/13998, K. 2017/ 1845**) konu olan olayda hamil 11.06. 2015 düzenleme tarihli çekinin zayi olduğu iddiasıyla iptal davası açmıştır. Karardan anlaşıldığı kadarıyla yerel mahkeme 04.06.2015 tarihinde çekin iptaline karar vermiştir. Yargıtay tarafından bu karar onanmıştır (Bu karar için bk. **Yargıtay Veri Tabanı**).

⁷³ Bu hususta bk. **Karahan/Arı/Bozgeyik/Saraç/Ünal (Ünal)**, s. 137; **Gürühan**, s. 84.

⁷⁴ Bu hususta bk. **Özekes, Muhammet**: İcra İflas Hukukunda İhtiyati Haciz, Ankara 1999, s. 12; ayrıca bk. **Kuru, Baki**: İcra ve İflas Hukuku- El Kitabı-, 2. Bası, Ankara 2013, s. 1033.

Kanun koyucu ihtiyati haczin istenmesi bakımından vadesi gelmiş ve vadesi gelmemiş alacaklar şeklinde ikili bir ayırım yapmaktadır. Vadesi gelmiş alacaklar bakımından alacağın rehinle temin edilmemiş olması yeterlidir. Vadesi gelmiş alacaklarda bunun dışında başka bir şart aranmaz⁷⁵. Kanun koyucu vadesi gelmemiş alacaklar bakımından daha sıkı koşulların mevcudiyetini aramıştır. Bunun için borçlunun muayyen bir yerleşim yerinin olması veya borçlunun taahhütlerinden kurtulmak amacıyla mallarını gizlemeye, kaçırmaya yahut kendisinin kaçmaya hazırlanması veya kaçması ya da bu maksatla alacaklıların haklarını ihlal eden hileli işlemlerde bulunması gerekir⁷⁶. Bilindiği üzere bir borç ilişkisinde alacaklının alacağını talep edebilmesi için alacağın muaccel hale gelmiş olması gerekir. Ancak borçlunun borcunu ödememek yönünde eylem ve işlemler içine girmesi durumunda, alacaklının borcun ödenmesi için tanınan vadeye bağlı kılmasını gerektiren bir sebep kalmamış olur. Böyle bir halde artık alacaklının ihtiyati haciz isteyebileceğini kabul etmek gerekir⁷⁷.

Çeklerde, vadesi gelmiş alacaklar bakımından hüküm altına alınmış olan ihtiyati hacze ilişkin esaslar hem 6102 sayılı TTK hem de 5941 sayılı ÇekK bakımından bir özellik taşımaz. Bu halde çek ibraz süresi içinde bankaya ibraz edilir. Karşılıksızlığın tespitiyle de hamil düzenleyen veya diğer çek borçluları hakkında yetkili ve görevli mahkemeden ihtiyati haciz talep edebilir⁷⁸.

⁷⁵ Bu hususta ayrıntılı açıklamalar için bk. **Özekes**, s. 136 vd.

⁷⁶ Hüküm sayılan bu haller sınırlı olarak sayılmış olup, genişletilmesi olanaklı değildir (Bu hususta bk. **Uyar, Talih**: “ İhtiyati Haciz Kararı Verilebilmesinin Bağlı Olduğu Koşullar (İİK m.257)”, *Terazi Hukuk Dergisi* 2014, S.100, s. 416; **Kuru**, s. 1039).

⁷⁷ Bu hususta bk. **Özekes**, s. 142-143.

⁷⁸ Yargıtay da bir kararında (**19. HD, 17.03.2016, E. 2015/17181, K. 2016/4744**) çekin üzerinde yazılı düzenleme tarihi geldikten sonra, ödememe durumunu usulüne uygun olarak tespit eden çek alacaklısının ihtiyati haciz talep edebileceğine karar vermiştir. Bu kararın ilgili bölümü şu şekildedir:

“...İhtiyati haciz isteyen vekili, borçlu şirketi ile müvekkili arasında akdedilen faktoring sözleşmesi kapsamında müvekkiline verilen çekin karşılıksız çıktığını belirterek, ihtiyati haciz kararı verilmesini talep etmiştir.Mahkemece, ihtiyati haciz isteyen vadesi gelmemiş çek ve faktoring sözleşmesine dayandığı, İİK’nun 257. maddesi uyarınca ihtiyati haciz verilmesini gerektiren bir delil sunulmadığı gerekçesiyle, ihtiyati haciz talebinin reddine karar verilmiş, hüküm ihtiyati haciz isteyen vekili tarafından temyiz edilmiştir. İhtiyati haciz talep eden çeke dayalı olarak talepte bulunmuştur. Talep dayanağı çek ise 25.07.2015 keşide tarihli olup 03.08.2015 tarihinde bankaya ibraz edildikten sonra 17.08.2015 tarihinde ihtiyati haciz talebine konu edilmiştir.Açıklanan bu durum karşısında, mahkemece, talebe konu çeke dayalı alacağın vadesinin geldiği, başka bir anlatımla muaccel olduğu gözetilerek, İİK’nun 257/1 maddesi kapsamında değerlendirme yapılarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken dosya içeriğine uygun olmayan gerekçe ile ihtiyati haciz

Bununla birlikte 5941 sayılı ÇekK taraflar arasındaki vade anlaşmasına itibar ettiğinden İİK 257’de düzenlenen vadesi gelmemiş alacaklarda ihtiyati haczin istenebileceğine ilişkin şartların ve esasların ileri düzenleme tarihli çekler bakımından da uygulanması gerekir⁷⁹. Daha açık olarak ifade etmek gerekirse çekin üzerinde yazılı düzenleme tarihi gelmeden çek borçlusunun belirli bir yerleşim yeri bulunmazsa veya borçlunun taahhütlerinden kurtulmak amacıyla mallarını gizlemeye kaçırma ya da kendisinin kaçmaya hazırlanması veya kaçması ya da bu maksatla alacaklıların haklarını ihlal eden hileli işlemlerde bulunması durumunda ihtiyati haciz istenebilir^{80, 81}. Belirtmek ge-

talebinin reddine karar verilmesi isabetsiz olup bozmayı gerektirmiştir...” (Bu karar için bk. **Yargıtay Veri Tabanı**).

⁷⁹ Çeklerde bono ve poliçeden farklı olarak vade esasının söz konusu olmayacağı, bu nedenle ihtiyati haciz bakımından vadenin esas alınmayacağı görüşü için bk. **Uyar**, s. 414. Yazarın bu değerlendirmeyi yaparken 5941 sayılı Çek kanunu hükümlerini dikkate almadığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle söz konusu görüşe katılma olanağı yoktur. Yazar’ın bu düşüncesi sadece 6102 sayılı TTK bakımından anlam ifade eder. Kuru ise 31. 12. 2011(Yazar’ın eserinin basım yılı dikkate alındığında bunun 2017 diye kabul edilmesi gerekir) tarihine kadar çekin üzerinde yazılı düzenleme tarihinden önce ihtiyati haczin istenemeyeceğini belirtmiştir (**Kuru**, s. 1036, dpn. 12; aynı yönde bk. **Seven** İzBD 2009, S.1, s. 110-111). Bununla birlikte Yazarlar, çekin üzerinde yazılı düzenleme tarihi gelmediği durumda vadesi gelmemiş alacak olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği hususunda herhangi bir açıklama yapmamışlardır.

⁸⁰ Yargıtay da bir kararında (**19. HD, 01.07.2015, E. 2015/5643, K. 2015/ 9733**) çekin üzerinde yazılı düzenleme tarihi gelmediği durumda İİK 257 vd. maddeleri çerçevesinde vadesi gelmemiş alacak olarak değerlendirilmesi gerektiğine ve vadesi gelmemiş alacağa ilişkin hangi şartlar altında ihtiyati haciz istenebiliyorsa söz konusu çek/çekler bakımından da bu şartların yerine getirilmesi durumunda ihtiyati haciz talep edilebileceğine hükmetmiştir. Bu kararın ilgili bölümü şu şekildedir:

“...İhtiyati hacze itiraz eden vekili, alacağın varlığını ispat etmeyen faturaya dayalı olarak verilen ihtiyati haciz kararının kaldırılmasını talep etmiştir. İhtiyati haciz talep eden vekili dilekçe sunmamış, 28.01.2015 tarihli celsede alacağın faturaya dayanmayıp kambiyo senedine dayandığını ileri sürmüştür. Mahkemece yapılan yargılamada toplanan delillere göre; ihtiyati haciz talebinde bulunan tarafın kambiyo senedi vasfı bulunan 4 adet çekte dayalı olarak talepte bulunduğu, alacağın belirli olduğu gerekçesiyle itirazın reddine karar verilmiş, hüküm itiraz eden vekili tarafından temyiz edilmiştir. İhtiyati haciz talep eden vekili, ihtiyati haciz talep tarihi itibarıyla henüz vadeleri gelmemiş 4 adet çekte ve bir adet faturaya dayanarak borçlunun ekonomik durumunun bozulmasının ve iflas etmesinin söz konusu olduğu iddiasıyla ihtiyati haciz talebinde bulunmuştur. İİK’nın 257/1. maddesi hükmü uyarınca kural olarak rehinle temin edilmemiş ve vadesi gelmiş bir para borcu için ihtiyati haciz talebinde bulunabilir. Ancak aynı maddenin 2. fıkrasında yer alan koşullardan birinin varlığı halinde henüz vadesi gelmemiş bir para alacağı içinde ihtiyati haciz talebinde bulunmak mümkündür. Bu koşullar ise şu şekilde düzenlenmiştir; 1-borçlunun muayyen yerleşim yeri yoksa, 2-borçlu taahhütlerinden kurtulmak maksadıyla mallarını gizlemeye, kaçırma ya da kendisi kaçmaya hazırlanır... ya da bu maksatla alacaklının haklarını ihlal eden hileli işlemlerde bulunursa. Anılan Yasa’nın 258’nci maddenin 1’nci fıkrası uyarınca, “...Alacaklı alacağı ve icabında haciz sebepleri hakkında mahkemeye kanaat getirecek deliller göstermeye mecburdur...”

rekir ki çek borçlularından kimin şahsında bu durumlardan biri gerçekleş-

Bu hükme göre, alacaklı alacağının varlığı ile birlikte alacağın vadesinin geldiğini veya alacağının vadesi gelmemişse, İİK'nın 257,II hükmündeki sebeplerin varlığı hakkında mahkemeye kanaat verecek delilleri göstermek zorundadır. 03.02.2012 tarihli 28193 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmakla yürürlüğe giren 6273 sayılı Çek Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunu'nun 6.maddesi ile 5941 sayılı Çek Kanunu'na getirilen geçici 3.maddesinin 5. bendinde; "31/12/2017 tarihine kadar, üzerinde yazılı düzenleme tarihinden önce çekin ödenmek için muhatap bankaya ibrazı geçersizdir." hükmüne yer verilmiştir. Somut olayda ihtiyati hacze konu çekler üzerindeki düzenleme tarihlerinden önce alacak muaccel olmaksızın para alacağına dayanılarak İİK'nın 257/2. maddesindeki sebeplerin gerçekleştiğine dair bir delil de ibraz edilmediği halde yazılı şekilde yanılıgı gerekçe ile ihtiyati haciz talebine itirazın reddine karar verilmesi doğru görülmemiş, bu husus bozmayı gerektirmiştir..." (Bu karar için bk. **Yargıtay Veri Tabanı**). Yine Yüksek Mahkeme başka bir kararında (**11. HD, 02.02. 2015, E. 2015/236, K. 2015/1014**) çekin üzerinde yazılı düzenleme tarihinin gelmemiş olması halinde söz konusu alacağın vadesi gelmemiş alacak olarak değerlendirilmesi gerektiğine ve İİK 257/2'de belirtilen şartların mevcudiyeti halinde ihtiyati haciz kararı verilebileceğine hükmetmiştir (Bu karar için bk. **Yargıtay Veri Tabanı**). Buna karşılık Yargıtay başka bir kararında (**11. HD, 27.05.2014, E. 2014/6820, K. 2014/9793**) 5941 sayılı Çek Kanunun 3/8. maddesini gerekçe göstererek çekler hakkında hukuki takip yapılabilmesi için çeklerin üzerinde yazılı düzenleme tarihine göre belirlenecek ibraz süresi içinde bankaya ibraz edilmeleri gerektiği, ÇekK'nın bu düzenlemesinin İcra ve İflas Kanunu'na göre özel nitelikte bir hüküm olduğunu belirterek yerel mahkemenin kararını bozmuştur (Bu karar için bk. **Yargıtay Veri Tabanı**).

Yüksek mahkemenin bu kararına hiçbir şekilde katılma olanağı yoktur. Bir kere, uygulanması gereken hüküm ÇekK 3/8 maddesi değil, ÇekK geçici 3/5 maddesi olmalıdır. Bu düzenleme 31.12.2017 (2020) tarihine kadar çeklerin üzerinde yazılı düzenleme tarihinden önce bankaya ibrazını yasaklamaktadır. Diğer taraftan, Yargıtay'ın iddia ettiğinin aksine ihtiyati haciz talebi bakımından Çek Kanunu, İcra ve İflas Kanunu'na göre özel nitelikte bir kanun değildir.

Aksine Çek Kanunu'nda ihtiyati haczi düzenleyen herhangi bir hüküm yoktur. Bu açıdan İİK 257/2'de belirtilen şartların mevcudiyeti halinde, üzerinde yazılı düzenleme tarihi gelmeyen çekler bakımından ihtiyati haciz kararı verilebilir.

- ⁸¹ Doktrindeki bir görüşe göre, ÇekK'daki düzenlemenin lafzı gereği ihtiyati haciz bakımından vadesi gelmemiş alacaklara ilişkin esaslara tabidir (**Yeşilova Aras Ecehan/ Yeşilova Bilgehan**: " Çek Hukukuyla İlgili İki Yeni Düzenleme- 5838 Sayılı Kanun'un 18 ve 32/ XIX. Maddelerinin Getirdikleri", Türkiye Barolar Birliği Dergisi 2009, S.82, s. 38, dpn.95). Söz konusu yazarlar aynı yerde hamilin müracaat hakkının engellendiği dikkate alındığında, en azında ihtiyati haciz bakımından muaccel alacak gibi değerlendirilmesinin yerinde olabileceğini ifade etmektedirler.

Genel olarak ihtiyati haczin bu yönüyle ilgili olarak bk. **Özekes**, s. 176; **Kuru**, s. 1039; **Uyar**, s. 416. Başvuru borçlularından bedelin vadeden önce istenmesinin ETTK 625 (TTK 713)'de özel olarak düzenlenmiş olduğu bu nedenle İİK 257/2 düzenlemesinin başvuru borçluları hakkında uygulama alanı bulamayacağı görüşü için bk. **Şimşek**, s. 202. Ancak Yazar'ın bu görüşüne katılma olanağı bulunmamaktadır. Zira TTK 713'de düzenlenen vadeden önce başvurunun şartları ile İİK 257/2'de öngörülen vadesi gelmemiş alacaklardaki ihtiyati haciz sebepleri birbirinden farklıdır. Bu açıdan TTK 713 ile İİK 257/2 arasında özel hüküm- genel hüküm ilişkisi bulunmamaktadır.

mişse, onun bakımından borç muaccel hale gelir⁸². Bu şartları taşımayan diğer çek borçluları açısından borcun muaccel hale gelmesinden söz edilemez. Bu noktada yukarıda belirttiğimiz vadeden önce başvuru hakkıyla farklılık ortaya çıkmaktadır. Gerçekten de vadeden önce başvuru hakkının doğumu durumunda tüm başvuru borçlularına vadeden önce başvurulması mümkünken; İİK 257/2'deki durum kimin şahsında meydana gelmişse sadece ona karşı vadeden önce ihtiyati haciz istenebilecektir.

Bilindiği üzere ihtiyati haciz kararı basit ve hızlı bir yargılama sonucunda ve çoğu zaman borçlu dinlenmeden verilmektedir. Bu ise, borçlunun ekonomik ve hukuki durumunu olumsuz etkilemektedir. Bu nedenle kanun koyucu kısa bir süre içinde tamamlayıcı merasimin yerine getirilmesi zorunluluğu getirmiştir. Bu çerçevede İİK 264 gereğince, ihtiyati haciz kararı almış ve borçlu mallarına haciz koydurmuş olan alacaklının yedi gün içinde borçluya karşı dava açması veya icra takibinde bulunması gerekir.

Üzerinde yazılı düzenleme tarihi gelen çek bakımından ihtiyati haciz kararı alınmasından sonra tamamlayıcı merasim bakımından bir sorun ortaya çıkmaz. Alacaklı borçluya karşı Kanun'da öngörülen yedi günlük süre içinde dava açabileceği gibi, kambiyo senetlerine mahsus takip yoluna da başvurabilir. Ancak asıl sorunlu nokta, vadeli çekler bakımından tamamlayıcı merasimin nasıl gerçekleştirileceğidir. Böyle bir çekle ilgili olarak ihtiyati haciz kararı verilmesi durumunda alacaklı borçluya karşı dava açabilir. İİK 264'de dava yanında icra takibi yoluna da gidebileceği belirtilmiştir. Bilindiği üzere kambiyo senedine dayalı bir alacağı olan kişi, genel haciz yoluyla takip yoluna başvurabileceği gibi, kambiyo senetlerine mahsus takip yoluna da başvurabilir. Alacaklı bakımından kambiyo senetlerine mahsus takip yolu, genel haciz yoluyla takibe göre çok daha avantajlıdır. Ancak kambiyo senetlerinde asıl borçlu dışındaki kişilere başvuru için ödememe durumunun usulüne uygun olarak tespit edilmesi gerekir. Çekler özelinde ifade etmek gerekirse, çekte asıl borçlu bulunmaz. Bütün borçlular başvuru borçlusu konumundadır. Bunlara başvuru için ödememe durumunun usulüne

⁸² Genel olarak ihtiyati haczin bu yönüyle ilgili olarak bk. **Özekes**, s. 176; **Kuru**, s. 1039; **Uyar**, s. 416. Başvuru borçlularından bedelin vadeden önce istenmesinin ETTK 625 (TTK 713)'de özel olarak düzenlenmiş olduğu bu nedenle İİK 257/2 düzenlemesinin başvuru borçluları hakkında uygulama alanı bulamayacağı görüşü için bk. **Şimşek**, s. 202. Ancak Yazar'ın bu görüşüne katılma olanağı bulunmamaktadır. Zira TTK 713'de düzenlenen vadeden önce başvurunun şartları ile İİK 257/2'de öngörülen vadesi gelmemiş alacaklardaki ihtiyati haciz sebepleri birbirinden farklıdır. Bu açıdan TTK 713 ile İİK 257/2 arasında özel hüküm- genel hüküm ilişkisi bulunmamaktadır.

uygun olarak tespit edilmesi gerekir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, tespit üç alternatif şekilden biriyle gerçekleşir. Bunlar; protesto belgesi, muhatap bankanın ve takas odasının çek üzerine yazmış olduğu karşılıksız beyanlarıdır (bk. TTK 808). Çekin üzerinde yazılı düzenleme tarihi henüz gelmediği için bu hallerden biriyle tespit yapılmasının olanaklı olmayacağı ve bunun sonucu olarak kambiyo senetlerine mahsus takip yoluna başvurulamayacağı düşünülebilir⁸³. Ancak, mahkeme tarafından İİK 257/2'de belirtilen şartların yerine gelmesi nedeniyle ihtiyati hacze karar verildiğinde, çeki düzenleyen borcu muaccel hale gelmektedir. Böyle bir durumda mahkemenin ihtiyati hacze ilişkin kararının kambiyo senetlerine mahsus takip yoluna başvurulması için yeterli olacağı sonucuna varmak gerekir. Aksi durumda bazı hileli eylem ve işlemlerde bulunması nedeniyle hakkında ihtiyati haciz kararı verilen çek borçlularının menfaati hamilin menfaatinden üstün tutulmuş olur. Halbuki böyle bir durumda hukuki menfaatleri daha çok korunması gereken çek borçluları değil, hamili olmalıdır. Gerçekten de aksi düşüncenin kabulü, çek hamilinin kendisine çok daha fazla avantaj sağlayacak olan kambiyo senetlerine mahsus takip yolundan mahrum bırakmak anlamına gelir.

Bu açıklamalar çerçevesinde hamil, çekte ihtiyati haczin tamamlayıcı merasimi bakımından kambiyo senetlerine mahsus takip yoluna başvurabileceği gibi, genel haciz veya dava açma yoluna da başvurulabilir⁸⁴.

SONUÇ

Ülkemiz uygulamasında çek Cenevre Yeknesak Kuralları ve kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'ndan farklı bir seyir izlemiştir. Kaynak düzenlemelerde, çek ödeme aracı olarak düşünülmüş ve hükümler buna göre dizayn edilmiş

⁸³ ÇekK 3/8 maddesi çerçevesinde durumu değerlendiren Reisoğlu, üzerindeki düzenleme tarihinden önce ibraz edilen çekin üzerine karşılıksız işlemi yapılsa dahi, hükümde hukuki takip yapılamayacağı belirtildiğinden ihtiyati haczin tamamlayıcı prosedürü yerine getirilmeyeceğinden alınan ihtiyati haciz kararının pratik bir öneminin olmayacağını ifade etmektedir (**Reisoğlu**, s. 288). Bizce bu görüşe katılma olanağı yoktur. ÇekK 3/8'de geçen hukuki takip yapılamazdan kasıt üzerinde yazılı düzenleme tarihinden önce ancak çekle işleyen hesapta yeterli karşılık varsa alacağın hamil tarafından tahsil edilebileceğidir. Buna karşılık hesapta yeterli karşılığın bulunmadığı durumda hamilin çekin üzerindeki tarihi beklemesi gerektiğidir. Ancak düzenleyen belirli eylem ve işlemleri nedeniyle düzenleme tarihinde çek bedelinin tahsil edilme ihtimali ciddi şekilde tehlikeye düşmüşse, hamilin ihtiyati haciz talebinden mahrum kılınmasını gerektiren haklı bir gerekçe bulunmamaktadır. Hükümün amacının da düzenleme tarihinden önce düzenleyen hileli bazı işlemlerde bulunmak suretiyle çek alacağının tahsil edilebilirliğini ortadan kaldırmak olmadığı açıktır.

⁸⁴ Ancak bk. ve karşı. **Kırca, İsmail**: 5941 Sayılı Çek Kanunu- Konferans (22 Ocak 2010), Ankara 2010, s. 50.

olmasına karşın ülkemiz uygulamasında çek kredi aracı haline gelmiştir. Özellikle tacirler arasındaki kredili (vadeli) mal ve hizmet alımlarında en çok kullanılan kambiyo senedi çek olmuştur. Çekin bankalar tarafından ancak belli kriterlerin yerine getirilmesi şartıyla müşterilere verilmesi, çekin karşılıksız çıkması nedeniyle idari ve cezai sorumluluk öngörülmesi alacağın vadeye bağlandığı durumlarda, alacaklıların ekseriyetle borçlulardan çek talep etmesine neden olmuştur.

Kanun koyucu da Çek Kanunu'na konulan hükümlerle çekin vadeli olarak kullanılmasına olanak sağlamıştır. Doktrinde yoğun şekilde Çek Kanunu'nun vadeyi öngören hükümleri eleştirilmektedir. Bu eleştirilerin önemli bir kısmında haklılık payı vardır. Temel eleştiri noktası da çekin ödeme aracı olduğu, ancak Çek Kanunu hükümleriyle çekin kredi aracı haline geldiğidir ve bu durumun çekin niteliğine uygun olmadığıdır. Ancak ticari hayatta vadeli (kredili) mal ve hizmet alışverişlerinde çoğunlukla çek kullanılmaktadır. Bu noktada fiili durumla doktrin tarafından ileri sürülen olması gereken durum arasında fark vardır. Çekin fiilen uygulanan halini göz ardı edip, onun ödeme aracı olduğunu ileri sürmenin de bir faydası kalmamıştır. Diğer kambiyo senetlerinden farklı olarak düzenleyen bakımından idari ve cezai sorumluluk öngörülmüş çekin kredi aracı olarak kullanılmasını önlemenin yolu yoktur. Vadeli mal satan veya hizmet gören kişinin temel amacı alacağının ileride kendisine sorunsuz olarak ödenmesidir. Poliçe ve bononun bunu alacaklıya sağlamadığı ortadadır. Halihazırda kambiyo senetleri içinde alacaklıya bu noktada en büyük güvenceyi sağlayan çektir.

Diğer taraftan 6102 sayılı TTK ile 5941 sayılı Çek Kanunu arasındaki sistemsel farklılık birçok soruna da yol açıp ve halen de açmaya devam etmektedir. Gerçekten de TTK sistemi çekte vade olmayacağı esasında hareket etmekte ve poliçeye ilişkin hangi hükümlerin çekler bakımından uygulama alanı bulacağını gösteren TTK 818'de poliçenin vadeyi esas alan hükümlerine göndermede bulunmamaktadır. Özellikle rehin cirosu, vadeden önce başvuru hakkına ilişkin poliçe kurallarının çekler bakımından uygulanmamasını haklı kılan bir gerekçe yoktur. Görüldüğü üzere yasak bulunmayıp sadece açık atıf yoktur. Kesin bir yasak olmadığına göre, bu hususlara ilişkin kanun boşluğunun olduğunun kabul edilmesi suretiyle poliçeye ilişkin hükümlerin kıyasen çekler bakımından da uygulanacağını kabul etmek gerekir.

Ticari hayatın istek ve ihtiyaçları dikkate alındığında vadeli çek uygulamasından vazgeçilmesi olanaklı görünmemektedir. O zaman Türk

Ticaret Kanunu hükümlerini bu gerçeği dikkate alarak değerlendirmek ve yorumlamak gerekir. Bu gerçeği göz önüne alıp, Türk Ticaret Kanunu'nun çeke ilişkin hükümlerinde kökten bir değişikliğe gitmek zorunlu hale gelmiştir. Bu çerçevede, artık çeke vade konulabileceğini açıkça kabul etmek gerekir. Gerçi, çeke vade konulabileceğinin kabulü Türk Ticaret Kanununun en azından çeke ilişkin hükümler bakımından Cenevre Yeknesak Kuralları ile Kara Avrupası Hukuku'ndan ayrışması sonucunu doğurur. Ancak bu ayrışma zaten 6728 sayılı Kanun ile çekin zorunlu unsurları arasına “ seri numarası” ve “karekodu” eklenmesiyle gerçekleşmiştir.

Sonuç olarak, hukuk güvenliği ilkesinin sağlanması ve poliçe/ bono hamilleriyle çek hamilleri arasındaki eşitsizliğin ortadan kaldırılması için çeke vade konulabileceği açık yasal düzenlemeye kavuşturulmalıdır.

KAYNAKÇA

- Bahtiyar, Mehmet:** Kıymetli Evrak Hukuku, 14. Bası, İstanbul. 2016 (Anılış: Kıymetli Evrak).
- Bahtiyar, Mehmet:** “5941 Sayılı Çek Kanunu Açısından İleri Tarihli Çek”, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2013, C.I, S.2, s. 47-58.
- Bilgili, Fatih/ Demirkapı, Ertan:** Kıymetli Evrak Hukuku, 7. Baskı, Bursa 2017.
- Bozer, Ali/Göle Celal:** Kıymetli Evrak Hukuku, 6. Bası, Ankara. 2017.
- Bozgeyik, Hayri:** Poliçede Müracaat Hakkı, Ankara. 2003.
- Bülöw, Peter:** Wechselgesetz- Scheckgesetz, 5. Auf, München 2013.
- Can, Mertol:** Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara. 2012.
- Çöl, Hüseyin Cem:** “İleri Tarihli Çek İlişkisinden Doğan Sorunlar”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2004, C. LIII, S. 1, s. 195-220.
- Demirel, Duygu:** “5941 Sayılı Çek Kanunu Açısından İleri Tarihli Çekler ve

Hukuki Sonuçları”, Terazi Hukuk Dergisi 2014, S.99, s. 14-30.

Domaniç, Hayri: Kıymetli Evrak Hukuku, C. IV, İstanbul 1990 (Anılış: Kıymetli Evrak).

Domaniç, Hayri: Karşılıksız Çek, İstanbul 1983 (Anılış: Karşılıksız Çek).

Erem, Faruk/ Kalpsüz, Turgut/ Çelebican Gürkan: İktisadi ve Hukuki Yönden Çek, 2. Basım, Ankara 1974 (Anılış: Erem/ Kalpsüz/ Çelebican (İlgili Bölüm Yazarı)).

Eriş, Gönen: Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Kıymetli Evrak, 2. Baskı, Ankara 2016.

Gençtürk, Muharrem: “ Çek Kanununda Düzenlenen Yeni Sisteme Göre İleri Tarihli Çekler Üzerine Bir Değerlendirme”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2011, C.XV, S. 1-2, s. 119-159.

Göç Gürbüz, Diğdem: Öğreti, Uygulama ve Yargıtay Kararları Işığında Kıymetli Evrakın Zayi Olması ve İptali, İstanbul 2017.

Gültekin, Özkan: “Kıymetli Evrakın Zayi Olması Hâlinde Hamilin Hakları”, Terazi Hukuk Dergisi 2007, S.16, s.31-38.

Gültekin, Özkan: Öğretide ve Uygulamada Kıymetli Evrakın Ziyayı ve İptali, 8 Baskı, Ankara 2016 (Anılış: Kıymetli Evrakın Ziyayı ve İptali).

Gürbüz Hulusi: Yargıtay Uygulaması Işığında Ticari Senetlerin İptali Davaları ve Ticari Senetlere Özgü Sorunlar, İstanbul 1984.

Gürühan, Caner: Çekin Zayi Olması ve İptali, 2. Bası, Ankara 2015.

Honsell, Heinrich/ Vogt, Nedim Peter/ Watter, Georg (Yayına Hazırlayanlar): Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 530- 1186 OR, 3. Auf, Basel 2008 (Anılış: İlgili Bölüm Yazarı (Basler Kommentar).

Hirş, Ernst: Ticaret Hukuku Dersleri, 3. Bası, İstanbul 1948.

Hueck, Alfred/ Canaris Claus Wilhelm: Recht der Wertpapiere, 12. Auf, München 1986.

İnan, Nurkut: Çek Rizikolarından Doğan Sorumluluk, Ankara 1981 (Anılış: Çek Rizikoları).

- İnan, Nurkut:** “İstirdat Davasında İspat Yüğü – Çekin İktisadi Niteliği-“, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 1969, C. V, S.1, s. 88-97.
- İnan, Nurkut:** “ Özel Hukukta Karşılıksız Çek”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 1981, C. XI, S. 2, s. 95-118.
- Kalpsüz, Turgut:** 5941 Sayılı Çek Kanunu- Konferans (22 Ocak 2010), -Tartışmalar- Ankara 2010.
- Karahan, Sami/ Arı Zekeriya/ Bozgeyik,Hayri/ Saraç, Tahir/ Ünal Mücahit:** Kıymetli Evrak Hukuku, 2. Bası, Konya 2014 (Anılış: Karahan/ Arı/Bozgeyik/Saraç/Ünal(İlgili Bölüm Yazarı)).
- Karayalçın, Yaşar:** Ticari Senetler, 4. Bası, Ankara 1970.
- Kayar, İsmail:** Kıymetli Evrak Hukuku, 7. Bası, Ankara 2013.
- Kendigelen, Abuzer:** Çek Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2007 (Anılış: Çek).
- Kendigelen, Abuzer:** “Çekten Cayma ve Ödeme Yasağı (TK 711)”, Makalelerim, İstanbul 2011 (Anılış: Cayma).
- Kırca, İsmail:** 5941 Sayılı Çek Kanunu- Konferans (22 Ocak 2010), Ankara 2010 (Anılış: Konferans).
- Kırca, İsmail:** “ Yargıtay Kararları Işığında Çekte Gizli Rehin ve Teminat Amacıyla Temlik Ciroları”, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu 2013, C.XXVII, s. 85-99.
- Kubilay, Huriye:** “ Kambyo Senetlerinin Rehni”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1987, C.III, S.1-4, s. 497-513.
- Kuru, Baki:** İcra ve İflas Hukuku- El Kitabı-, 2. Bası, Ankara 2013.
- Meier-Hayoz, Arthur/ von der Crone, Hans Caspar:** Wertpapierrecht, 1985.
- Narbay, Şafak:** Çekten Cayma ve Ödeme Yasağı, 2. Bası, İstanbul 1999.
- Özekes, Muhammet:** İcra İflas Hukukunda İhtiyati Haciz, Ankara 1999.
- Özkorkut, Korkut:** “Çek Hukukunda Ödeme İçin İbraz Süreleri”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 1997, C. XIX, S.2, s. 43-61.
- Öztan, Fırat:** Kıymetli Evrak Hukuku, 2. Bası, Ankara 1997 (Anılış: 1997).
- Öztan, Fırat:** Kıymetli Evrak Hukuku, 21. Bası, Ankara 2017 (Anılış: Kıymetli Evrak).

Öztürk Dirikkan, Hanife:Kıymetli Evrakın Ziyayı ve İptali, Ankara 1990.

Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal: Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, 21. Bası, İstanbul 2013.

Pulaşlı, Hasan: -Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre ve 6273 Sayılı Kanunla Değişik Çek Kanunu'nun Yorumu İle- Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, 5. Baskı, Ankara 2017.

Rampa, Nilo : Der Ungedeckte Check und Seine Rechtsfolgen, Schwarzenbach 1947.

Reisoğlu, Seza: Çek Hukuku, Ankara 2011.

Roberto, Vito/ Trüeb, Hans Rudolf: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht- GmbH, Genossenschaft, Handelsregister und Wertpapiere-Bucheffektengesetz- Art. 772-1186 OR und BEG, 2. Auf, 2012 (Anılış: İlgili Bölüm Yazarı (CHK Kommentar)).

Seven, Vural: “ 5838 S. Kanun'un Çek Hukukuna Etkilerinin Değerlendirilmesi”, İzmir Barosu Dergisi 2009, S.1, s. 97-111.

Seven, Vural: Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu 2013, C.XXVII- Tartışmalar-, s. 103-106.

Şimşek, Edip: Hukukta ve Cezada Ticari Senetler, Ankara 1982.

Tandoğan, Haluk:“Sonraki Tarihli Çekler ve Uygulamada Ortaya Çıkardıkları Sorunlar”, -Çek Hukukunda Yeni Gelişmeler Sempozyumu, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 1981, C. XI, S.2, s. 63-94.

Tekinalp, Ünal:“ İleri Keşide Tarihli (Vadeli) Çeklere İlişkin Bir Öneri”, Prof. Dr. Aysel Çelikel'e Armağan, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 1999-2000, S.1-2, s. 923-932.

Tekinalp, Ünal :“Yeni Çek Kanunu”, 5941 Sayılı Çek Kanunu Paneli Ankara 2010, s. 7-12.

Teoman, Ömer:“Çek Hukukunda 5838 Sayılı Yasa ile Yapılan Değişiklikler”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 2009, C.XXV, S. 2, s. 27-34.

Topçuoğlu, Metin: “ Yeni Çek Kanununa Göre Çekin Niteliği ve Türleri”, Erzurumluoğlu Armağanı, Ankara 2012, s. 739-763.

Türk, Ahmet: Maddi Hukuk ve İcra-ıflâs Hukuku Yönleriyle Menfi Tespit Davası (Yargıtay Kararları Işığında, Özellikle Kambiyo Senedi Borçlusu

Tarafından Açılan Menfi Tespit Davası, Kambyo Senedi Borçlusunun Defileri, Kambyo Senedinin Bedelsizliği ve Hükümsüzlüğü), Ankara 2006.

Uyar, Talih: “ İhtiyati Haciz Kararı Verilebilmesinin Bağlı Olduğu Koşullar (İİK m.257)”, Terazi Hukuk Dergisi 2014, S.100, s. 407-430.

Uzunallı, Sevilay/ Yıldırım Ali Haydar: Uygulamalı Kıymetli Evrak Hukuku, 2. Bası, Ankara 2017.

Ülgen, Hüseyin/Helvacı, Mehmet/ Kendigelen Abuzer/Kaya, Arslan: Kıymetli Evrak Hukuku, 9. Bası, İstanbul 2014 (Anılış: Ülgen/Helvacı/ Kendigelen/ Kaya(İlgili Bölüm Yazarı)).

Yasan, Mustafa: “Çek Kanunu Geçici M.3 F.1 Uyarınca Üzerinde Yazılı Düzenleme Tarihinden Önce İbrazı Geçersiz Olan Çekin Muhatap Banka Tarafından İşleme Konulması (ve Özellikle Ödenmesi)”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 2014, S.19, s. 321-354.

Yeşilova Aras Ecehan/ Yeşilova Bilgehan: “ Çek Hukukuyla İlgili İki Yeni Düzenleme- 5838 Sayılı Kanun'un 18 ve 32/ XIX. Maddelerinin Getirdikleri”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi 2009, S.82, s. 1-61.

Zöllner, Wolfgang: Wertpapierrecht, 14. Auf., München 1987.

KISALTMALAR

Art.	Artikel
Auf.	Auflage
b.	bent
Batider	Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
bk.	bakınız
c.	cümle
C.	Cilt
ÇekK	5941 sayılı Çek Kanunu
DEÜHFD	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
dpn.	dipnot
E.	Esas
ETTK	6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu
HD.	Hukuk Dairesi
İİK	İcra ve İflas Kanunu
İzBD	İzmir Barosu Dergisi
K.	Karar
karş.	karşılaştırınız
KHÜHFD	Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
m.	madde
Nr	Numara
OR	Obligationenrecht
RG	Resmi Gazete
S.	Sayı
s.	sayfa
TBMM	Türkiye Büyük Millet Meclisi
THD	Terazi Hukuk Dergisi
THYKS	Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu
TTK	6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
vd.	ve devamı

KİRA SÖZLEŞMESİNDE KİRACININ KİRALANANI GERİ VERME BORCU

Aziz Erman BAYRAM*

ÖZET

Kira sözleşmesinde kiracının en önemli borçlarından biri kiralananı geri verme borcudur. Kiracı, kira sözleşmesinin bitiminde, kira sözleşmesi dolayısıyla teslim almış olduğu kiralananı geri vermekle yükümlüdür. Kiracı, kiralananı geri verme borcunu, taraflar arasında anlaşıldığı biçimde; taraflar arasında anlaşma yoksa kiralananı kiraya verene fiilî olarak teslim ederek gerçekleştirmelidir. Geri verme borcunun yerine getirileceği zamanı taraflar aralarında serbestçe belirleyebilir. Taraflar arasında geri verme zamanına ilişkin bir anlaşmanın bulunmaması durumunda, geri verme borcu, kira sözleşmesinin sona ermesiyle muaccel olur. Kiralananı geri verme borcunun zamanında yerine getirilmemesi, kira sözleşmesine aykırılık oluşturur ve kusuruyla kiralananı geç geri veren kiracı, kiraya verenin zararını gidermekle yükümlü olur.

Kira sözleşmesinin bitiminde kiraya verenin kiralananı geri alması gerekir. Kiraya verenin teklif edilen kiralananı haklı bir neden olmaksızın reddetmesi, alacaklının temerrüdü hükümlerinin uygulanmasını gündeme getirir. Kiraya veren, kiralananın geri verilmesinde kiralananın durumunu gözden geçirmeli ve varsa kiracının sorumlu olduğu ayıpları ona hemen yazılı olarak bildirmelidir.

Kiracı kiralananı ne durumda teslim almışsa, o durumda geri vermekle yükümlüdür. Kiralananın alındığı hâliyle geri verilmemesinden zarar gören kiraya veren, kiracının kusurlu olması koşuluyla ondan tazminat talep edebilir. Kira sözleşmesinin taraflarının, kiralananın geri verilmesinden önce, kiracının sözleşmenin bitiminde kiralananın olağan kullanımı dışında kalan kullanımdan kaynaklanan zararları gidermesi dışında başkaca bir tazminat ödeyeceğine ilişkin yaptığı anlaşmalar kesin hükümsüzdür.

Anahtar Kelimeler: Kira Sözleşmesi, Geri Verme, Kusur, Zarar, Tazminat.

* Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Ana Bilim Dalı Araştırma Görevlisi. (azizermanbayram@cankaya.edu.tr)

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 16/10/2017

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 10/01/2018

THE OBLIGATION OF LESSEE TO RETURN THE LEASED PROPERTY IN LEASE CONTRACT

ABSTRACT

One of the most important obligations of lessee in a lease contract is to return the leased property. Lessee is obliged, at the end of the lease contract, to return the leased property, which s/he received within the scope of the contract. Lessee must fulfill this obligation in accordance with the contracting parties' agreement. In the absence of an agreement, s/he must deliver actually the leased property to the lessor. Parties may freely agree on the time of fulfillment of the return obligation. In the absence of an agreement upon the time, the return obligation becomes due as soon as the termination of the lease contract. The violation of return of the leased property in due time constitutes a breach of the lease contract, and as a consequence, lessee is liable to compensate the loss of lessor.

Lessor must accept return/delivery of the leased property at the end of lease contract. In case of rejection of return/delivery by the lessor without any valid reason, the enforcement of provisions concerning default of creditor is possible. In the time of return of the leased property, lessor must inspect its condition and immediately inform the lessee, in written form, of any defects for which s/he is responsible.

Lessee must return the leased property in the same condition that s/he received. Lessor, who incurs any loss due to return of the leased property not in the same condition, may demand compensation from the lessee provided the lessee is at fault. Any clause in the lease contract other than the one, which requires lessee to pay compensation for any loss incurred from extraordinary use of the leased property, is null and void.

Keywords: Lease Contract, Return, Fault, Loss, Compensation.

GİRİŞ

Kira sözleşmesinde kiracının kiralananı geri verme borcu, kiracının en önemli borçlarından biridir. Kira sözleşmesiyle kiraya veren, kiralananı kullanma veya kullanmayla birlikte ondan yararlanma hakkını belirli ya da belirsiz bir süre için kiracıya devretmektedir. Kiralananı bir süre kullanan ya da kullanmayla birlikte ondan yararlanan kiracı, kira sözleşmesi kapsamında teslim aldığı kiralananı kiraya verene geri verme borcu altındadır. Kiracının kiralananı geri verme borcu, her bir kira sözleşmesi bakımından önem taşıyan ve bünyesinde pek çok güncel sorunu barındıran, dolayısıyla üzerinde özellikle durulması gereken bir konudur.

Kiracının kiralananı geri verme borcunun ayrıntılı olarak incelenmesi, kira sözleşmesinin uygulamada en çok karşılaşılan sözleşme türlerinden biri olduğu göz önüne alındığında, sadece teoriye değil uygulamaya yönelik de sağlar. Zira kiracının kiralananı geri verme borcu, kira sözleşmesinin her iki tarafını da yakından ilgilendirmektedir. Gerçekten de, kiralananın geri verilmesi meselesi, bir yandan kira sözleşmesinin kiraya verene nazaran zayıf yönünü oluşturan kiracının, kiralananı geri verme borcunu gereği gibi yerine getirmemesi hâlinde, tazminat ödeme tehlikesiyle karşı karşıya kalmasına neden olmaktadır. Diğer yandan ise, söz konusu mesele, kiralananı ileride geri almak üzere (ya da umuduyla) kiracının ellerine teslim eden kiraya vereni kiralananı gereği gibi geri alamama ve bu nedenle zarara uğrama tehlikesiyle karşı karşıya bırakmaktadır.

Bu çalışmada, esas olarak kiraya verenin kiralananın yalnız kullanma hakkını belirli ya da belirsiz bir süre için kiracıya devrettiği adi kira sözleşmesinde kiracının kiralananı geri verme borcu incelenmiştir. Kiraya verenin kiralananın kullanma hakkıyla birlikte ondan yararlanma hakkını da kiracıya devrettiği ürün kirası sözleşmesinde kiracının kiralananı geri verme borcuna ise kural olarak değinilmemiştir. Esasen kanun koyucu da ürün kirası sözleşmesinde kiracının kiralananı geri verme borcunu, ürün kirasının özelliklerini de gözetmek suretiyle ayrı olarak düzenlenmiştir.

I. GERİ VERME KAVRAMI VE KİRALANANIN GERİ VERİLMESİ ZORUNLULUĞU

A. Geri Verme Kavramı

Geri verme kavramı, bir şeyin iadesini ifade eder. Gerçekten de çoğu kez geri verme yerine iade kavramı da kullanılmaktadır. Bir şeyin geri verilmesinden yahut iade edilmesinden söz edilebilmesi için, öncelikle o şeyin alınmış olması gerekir. Henüz alınmamış bir şeyin geri verilmesi, mümkün değildir.

Kira sözleşmesi bağlamında kiralananın geri verilmesi, kira sözleşmesi dolayısıyla elde edilmiş olan kira konusu şeyin iadesini ifade eder. Ancak söz konusu iade herhangi bir iade değil “*gerçek anlamda*” iadedir. Kiralananın gerçek anlamda iadesinden kasıt, kiracının kiralanan üzerindeki kullanma yetkisini tam anlamıyla kiraya verene geçirmesidir¹. Aslına bakılırsa, geri verme kavramı, içerik bakımından kiracı lehine yapılan teslim işleminin tersine çev-

¹ SVIT-Komm, (*Das schweizerische Mietrecht Kommentar*, 3. Auflage, Zürich 2008) OR Art. 267, N. 3a.

rilmesinden ibarettir. Diğer bir deyişle, kiralananın geri verilmesi suretiyle, bir anlamda, kiranın başlangıcı ile sona ermesi arasındaki zaman diliminde gerçekleştirilen, kiralananın kiracıya teslim edilmesi işlemi tersine çevrilmektedir². Kiralananın kira sözleşmesi kapsamında kiracıya teslim edilmesiyle, kiralanan üzerindeki hâkimiyet kiraya verenden kiracıya geçirilir. Buna karşılık, kiralananın geri verilmesi kiralanan üzerindeki hâkimiyetin kiracıdan kiraya verene geçirilmesini sağlar.

Kiracının, kiraya verenin kira sözleşmesinin kurulmasından önce sahip olduğu hukukî statüye geri dönmelerini sağlamaya yönelik olarak gerçekleştirdiği her fiil, kiralananın geri verilmesi kapsamındadır. Bununla birlikte, somut olayda kiralananın geri verilmesi sonrasında, kiraya verenin, kiralananın kiracıya teslim edilmesinden önceki hukukî statüsüne aynen dönmüş olması da zorunlu değildir. Yeter ki, söz konusu durum kiracıdan değil; kiraya verenden kaynaklansın³.

B. Kiralananın Geri Verilmesi Zorunluluğu

Kira sözleşmesiyle, kiracı, kiraya verenden kiralananın mülkiyetini değil; kiralananı bir süreliğine kullanma hakkını elde ettiğinden, kural olarak kira sözleşmesinin sonunda kiralananı geri vermekle yükümlüdür⁴. Gerçekten de, Türk Borçlar Kanunu'nun⁵ 299. maddesinde, kira sözleşmesinde, kiraya verenin asıl borcunun, bir şeyin kullanılmasını veya kullanmayla birlikte ondan yararlanılmasını kiracıya bırakmak olduğu düzenlenmiş; Kanun'da kira sözleşmesiyle kiralananın mülkiyetinin kiracıya devredilmesinden söz edilmemiştir. Bu nedenle, kira sözleşmesiyle kiralananı kullanma hakkını elde eden kiracının, kira sözleşmesinin sonunda onu geri vermekle yükümlü ol-

² Higi, P.: **Zürcher Kommentar, Band/Nr. V/2b, Die Miete, Zweite Lieferung, Art. 266-268b OR Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR)**, 4. Auflage, Zürich 1995, Art. 267, N. 10.

³ Higi-ZK OR Art. 267, N. 11.

⁴ Schmid, J./Stöckli, H.: **Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil**, Zürich-Basel 2010, §10, N. 1050; Yavuz, C./Acar, F./Özen, B.: **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 10. Bası, İstanbul 2014, s. 526; Gümüş, M. A.: **Yeni 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi (TBK m. 299-356)**, 2. Bası, İstanbul 2012, s. 234; İnceoğlu, M. M.: **Kira Hukuku**, Cilt II, İstanbul 2014, s. 490; Doğan, M.: "Âdi Kirada Kiracının Kiralananı Geri Verme Borcu", **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt VIII, Sayı 1-2, 2004, s. 444; Higi-ZK OR Art. 267, N. 20.

⁵ R.G. 4. 2. 2011, S. 27836.

ması, kira sözleşmesinin mahiyeti gereğidir⁶. Dolayısıyla, kiralananın geri verilmesinin, istisnasız bütün kira ilişkileri bakımından zorunlu olduğu söylenebilir⁷. Tarafların, sözleşmede kiracının kiralananı geri verme yükümlülüğünü ortadan kaldırmaları durumunda, söz konusu sözleşmenin kira sözleşmesi olma niteliği bundan etkilenir⁸.

Kiralananın geri verilmesi zorunluluğundan söz edilebilmesi için, kira sözleşmesinin uygulanmaya başlanmış olması gerekir. Dolayısıyla, kiracının kiralananı geri verme yükümlülüğü kiralananın kiracıya hâlihazırda teslim edilmiş olması hâlinde gündeme gelir. Söz konusu teslimin, kira sözleşmesinin kurulmasından önce ya da sonra gerçekleştirilmiş olması önemli değildir. Ancak kira sözleşmesinin sona ermesinden önce kiralananın kiracıya teslim edilmiş olması zorunludur⁹.

II. GERİ VERME BORCUNUN YASAL DAYANAĞI, KONUSU, BORÇLUSU VE ALACAKLISI

A. Geri Verme Borcunun Yasal Dayanağı

Kiracının kiralananı geri verme borcunun yasal dayanağını TBK m. 334 oluşturmaktadır. Bu hükme göre, “Kiracı kiralananı ne durumda teslim almışsa, kira sözleşmesinin bitiminde o durumda geri vermekle yükümlüdür. Ancak, kiracı sözleşmeye uygun kullanma dolayısıyla kiralanda meydana gelen eskimelerden ve bozulmalardan sorumlu değildir (f. 1). Kiracının, sözleşmenin sona ermesi hâlinde, sözleşmeye aykırı kullanımdan doğacak zararları giderme dışında, başkaca bir tazminat ödeyeceğini önceden taahhüt etmesine ilişkin anlaşmalar geçersizdir (f. 2).”

Türk Borçlar Kanunu m. 334’ün düzenlenmesinde, kaynak İsviçre Borçlar Kanunu’nun 267. maddesi göz önünde tutulmuştur¹⁰. Gerçekten de, İBK

⁶ Feyzioğlu, F. N.: **Borçlar Hukuku İkinci Kısım Akdin Muhtelif Nevileri (Özel Borç İlişkileri)**, Cilt I, 4. Bası, İstanbul 1980, s. 594; Arpacı, A. (Hatemi, H./Serozan, R.): **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, 6. Bası, İstanbul 1992, s. 204; Yavuz/Acar/Özen, s. 526; Doğan, s. 444.

⁷ Permann, R.: **Orell Füssli Kommentar, OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht**, 2. überarbeitete und erweiterte Auflage, Zürich 2009, Art. 267, N. 1; Higi-ZK OR Art. 267, N. 3.

⁸ Doğan, s. 444-445; Gümüş, s. 235; Yavuz/Acar/Özen, s. 526. Örneğin, tarafların, kira süresinin bitiminde kiracının kiralananın mülkiyet hakkını kazanacağını kararlaştırmaları, taksitle satış sözleşmesinin (TBK m. 253) varlığına işaret edebilir (Doğan, s. 445, dipnot 6).

⁹ Higi-ZK OR Art. 267, N. 10.

¹⁰ Türk Borçlar Kanunu Gerekçesi, TBMM Yasama Dönemi 23, Yasama Yılı 3, Sıra Sayısı 321, s. 149.

m. 267/1’de, kiracının (kiralanan) şeyi, sözleşmeye uygun kullanımın sonucunda ortaya çıkan durumda geri vermekle yükümlü olduğu; m. 267/2’de ise kiracının, kira sözleşmesinin bitiminde, meydana gelebilecek zararların karşılanmasını içerenler dışında, bir tazminat ödemeyi önceden yüklediği anlaşmaların geçersiz olduğu düzenlemiştir.

Türk Borçlar Kanunu’nun 334. maddesinin uygulanmasında, kira sözleşmesinin hangi nedenle ya da ne zaman sona erdirildiği önem taşımaz. Hükümün uygulanması bakımından önemli olan, kira sözleşmesinin sona ermesidir. Bu nedenle, kiralananın sözleşmenin bitiminden önce geri verilmesi (TBK m. 325), belirli süreli sözleşmelerde sürenin geçmesi (TBK. 327), sözleşmenin olağan (TBK 328 vd.) ya da olağanüstü feshi (TBK m. 330 vd.) ve benzeri sona erme durumlarında, TBK m. 334’ün uygulanması gündeme gelir¹¹.

Türk Borçlar Kanunu’nun 334. maddesi, kira sözleşmesinin genel hükümleri arasında düzenlendiği için, sadece genel nitelikli kira sözleşmeleri bakımından değil; aynı zamanda konut ve çatılı işyeri kiralaları (TBK m. 339 vd.) bakımından da uygulama alanı bulur¹². Ayrıca kiralananın taşınır ya da taşınmaz olması, Kanun’un 334. maddesinin uygulanması bakımından önem taşımamaktadır¹³. Ancak, kanun koyucu, kiralananın geri verilmesi konusunu ürün kiralaları bakımından, Kanun’un 372. maddesi ve devamında özel olarak düzenlemiş bulunmaktadır. Böylece, ürün kirası sözleşmesinin sona ermesi hâlinde, kiralananın geri verilmesi konusunda Kanun’un 372 ve devamı maddeleri öncelikli olarak uygulanır. Bununla beraber, TBK m. 358 uyarınca, ürün kirasına ilişkin özel hüküm bulunmadığı takdirde, ürün kirası sözleşmesi de kira sözleşmesine ilişkin genel hükümlere tâbi olur. Böylece, kiralananın geri verilmesi konusunda ürün kirasına ilişkin özel hüküm bulunmadığı takdirde, kira sözleşmesinde kiralananın geri verilmesi konusunda genel hüküm niteliği taşıyan Kanun’un 334. maddesi ürün kirası bakımından da uygulama alanı bulur¹⁴.

Türk Borçlar Kanunu’nun 334. maddesinin 1. fıkrası nisbî emredici bir hükümdür. Bu nedenle tarafların söz konusu hükümün aksini kiracı aleyhine

¹¹ Higi-ZK OR Art. 267, N. 6; Yavuz/Acar/Özen, s. 527-528.

¹² Ural Çınar, N.: **Türk Borçlar Kanunu’nda Düzenlenen Kira Sözleşmelerinde Kira Bedelinin Ödenmemesi ve Hukuki Sonuçları**, İstanbul 2014, s. 368; Gümüş, s. 235; Yavuz/Acar/Özen, s. 527.

¹³ SVIT-Komm, OR Art. 267, N. 3a.

¹⁴ Ural Çınar, s. 368.

olacak şekilde kararlaştırmaları mümkün değildir¹⁵. Aksi hâlde kanun koyucu tarafından kiracıya sağlanan “*en az korumanın*” dahi ortadan kaldırılması söz konusu olur¹⁶. Buna karşılık, kiracının kiralananı teslim aldığı durumda iade etmekle yükümlü olmadığına; kiralananı sözleşmeye uygun olarak kullanmаса bile tazminat ödeme yükümlülüğü olmaksızın kiralananın kiraya veren tarafından kabul edileceğine dair sözleşme hükümleri geçerlidir¹⁷.

Kiracının, sözleşmenin sona ermesi durumunda, kiralananı sözleşmeye aykırı kullanmasından doğabilecek zararları giderme dışında başka bir tazminat ödeyeceğini önceden taahhüt etmesine dair anlaşmaların geçersiz olduğuna ilişkin TBK m. 334/II ise mutlak emredici bir hükümdür¹⁸. Bu nedenle, tarafların TBK m. 334/II’nin aksini düzenleme konusunda irade serbestisi bulunmamaktadır¹⁹.

Kiracının kiralananı geri verme borcunun karşısında, kiraya verenin kiralananın geri verilmesini isteme hakkı bulunmaktadır. Kiraya verenin, kira sözleşmesinin sonunda kiracıdan kiralananın geri verilmesine yönelik talep hakkı, taraflar arasında kurulan kira sözleşmesinden kaynaklanan bir haktır²⁰. Gerçekten de, kiraya veren, teslim yükümlülüğü çerçevesinde (TBK m. 299) kiracıya teslim ettiği kiralananın, kira sözleşmesinin TBK m. 327 ve devamında düzenlenen sözleşmenin süresinin dolması ya da fesih bildirimine dayalı

¹⁵ Heinrich, P.: **Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 1: Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe Art. 184-318 OR**, 2. Auflage, Zürich 2012, Art. 267-267a, N. 1; SVIT-Komm, OR Art. 267, N. 1; Higi-ZK OR Art. 267, N. 8; Gümüş, s. 239.

¹⁶ SVIT-Komm, OR Art. 267, N. 1.

¹⁷ Higi-ZK OR Art. 267, N. 8. Öğretide *Yavuz/Acar/Özen*, TBK m. 334/I’in nisbî emredici nitelikte bir hüküm olduğunun belirtilmesinin faydasız olduğunu; bunun kiraya veren lehine anlaşma yapılabilmesi anlamına geldiğini belirtmektedir. Zira sözleşmeye uygun kullanıma bağlı eskime ve bozulmalardan zaten kiraya veren sorumludur ve bunun aksine bir anlaşma yapılmasıyla yapılmaması arasında bir fark bulunmamaktadır. Ayrıca, kiracının sözleşmeye aykırı kullanıma bağlı istisnalardan sorumlu olacağına dair bir anlaşma yapılabilecek olması, kanuni düzenlemenin tekrarından ibaret olur (*Yavuz/Acar/Özen*, s. 527).

¹⁸ Heinrich-CHK OR Art. 267-267a, N. 1; SVIT-Komm, OR Art. 267, N. 1; Higi-ZK OR Art. 267, N. 9; Yargıtay 6. H.D., 16.05. 2016 tarihli, E. 2015/9315, K. 2016/3924 sayılı kararı (www.kazanci.com).

¹⁹ SVIT-Komm, OR Art. 267, N. 1; Higi-ZK OR Art. 267, N. 9.

²⁰ Kunz, T./Wytenbach, M.: “Die Rückgabe der Mietsache”, **Mietrechtspraxis/mp**, **Die Zeitschrift für schweizerisches Mietrecht**, 3/2016, s. 190; Burcuoğlu, H.: **Yargıtay Kararları Işığında 6570 Sayılı Yasaya Göre Kiracının Tahliye Edilmesi**, İstanbul 1993, s. 29; Schmid/Stöckli, §10, N. 1050; Higi-ZK OR Art. 267, N. 14.

olarak sona erdirilmesi gibi nedenlerle sona ermesi durumunda, geri verilmesini isteme hakkına sahiptir²¹.

Kiracının kiralananı geri verme borcu ya da kiraya verenin kiralananın geri verilmesini talep hakkı kira sözleşmesinin sona ermesiyle gündeme gelir; ancak bu durum söz konusu hakkın kira sözleşmesinden doğan bir talep hakkı olma niteliğini değiştirmez. Nitekim sona ermeyle birlikte, kira sözleşmesi tasfiye sürecine girmekte, kiralananın geri verilmesi de bu tasfiye ilişkisi çerçevesinde yerine getirilmektedir²². Dolayısıyla kiraya veren, kira sözleşmesinin sona ermesi durumunda, mahkemeden taraflar arasındaki kira sözleşmesine dayanarak kiralananın kendisine verilmesini talep edebilir.

Kiracının kiralananı geri verme borcu bir yönüyle borçlar hukukunu; diğer yönüyle eşya hukukunu ilgilendirmektedir. Zira kiraya verenin aynı zamanda kiralananın maliki olması durumunda, kira sözleşmesinin sona ermesinde kiraya verenin mülkiyet hakkına dayanan aynı istihkak talebi (TMK m. 683/II), kira sözleşmesine dayanan kiralananın geri verilmesini talep hakkıyla (TBK m. 334) yarıdır²³. Kira sözleşmesinin sona ermesi hâlinde, kiraya veren malik kiralananın geri verilmesi istemini ister mülkiyet hakkına, isterse de kiracının sözleşmeden doğan iade yükümlülüğüne dayandırabilir. Bu konudaki seçim hakkı kiraya veren malike aittir²⁴. Buna karşılık, kiraya veren kiralananın geri verilmesi konusunda TMK m. 981 ve devamında düzenlenen zilyetliğin korunmasına ilişkin hükümlere başvuramaz. Zira kiraya veren, TBK m. 301 gereğince, kiralananın zilyetliğini kiracıya kendi rızasıyla devretmiştir, bu itibarla herhangi bir zilyetlik gaspı söz konusu değildir²⁵.

²¹ Kunz/Wytenbach, s. 190.

²² Eren, F.: **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 2. Bası, Ankara 2015, s. 389; Yavuz/Acar/Özen, s. 528; İnceoğlu, s. 490.

²³ Honsell, H./Vogt, N. P./Wiegand, W.: **Basler Kommentar, Obligationenrecht I: Art. 1-529 OR**, 5. Auflage, Basel 2011, Art. 267, N. 1; Koller, A.: **Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Band I, Die einzelnen Vertragsverhältnisse Art. 184-318 OR**, Bern 2012, s. 241; Tandoğan, H.: **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Cilt I/2, 4. Tıpkı Bası, İstanbul 2008, s. 183; Aydoğdu, M./Kahveci, N.: **Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Sözleşmeler Hukuku**, 3. Bası, Ankara 2017, s. 557; Heinrich-CHK OR Art. 267-267a, N. 4; SVIT-Komm, OR Art. 267, N. 14; Higi-ZK OR Art. 267, N. 15; Yavuz, s. 528; Burcuoğlu, s. 27; Gümüş, s. 235; İnceoğlu, s. 491.

²⁴ Higi-ZK OR Art. 267, N. 15; Aydoğdu/Kahveci, s. 557.

²⁵ Honsell/Vogt/Wiegand-BK Art. 267, N. 1; SVIT-Komm, OR Art. 267, N. 14; Higi-ZK OR Art. 267, N. 17; Yavuz/Acar/Özen, s. 528; Gümüş, s. 235; İnceoğlu, s. 491.

B. Geri Verme Borcunun Konusu

Kiracının geri verme borcunun konusunu öncelikle kiralananın kendisi oluşturur. Kiracı kira sözleşmesinin bitiminde, kira sözleşmesi dolayısıyla teslim almış olduğu kiralanan ne ise, onu geri vermekle yükümlüdür. Kiracının kira sözleşmesinin bitiminde kiralananı değil de başka bir şeyi vermesi (*aliud*) durumunda, kiracının geri verme borcunu ifa ettiğinden söz edilemez²⁶. Bu durumda, TBK m. 112 ve devamında düzenlenen borca aykırılığa ilişkin hükümlerin uygulanması gündeme gelir. Kaldı ki, kiraya verenin de kendisine geri verme borcunun ifası amacıyla verilmek istenen “*kiralananın başka bir şeyi*” kabul etme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Buna karşılık, kiraya verenin kiralananın geri verilmesi kapsamında, kiralananın başka bir şeyi, hiçbir çekince ileri sürmeksizin kabul etmesi durumunda, kural olarak kiracının ifa yerine edimde bulunmak suretiyle geri verme borcunu yerine getirdiği kabul edilmelidir²⁷.

Kira sözleşmesinde kiraya veren, kural olarak taraflarca bireysel özellikleriyle özel ve somut olarak belirlenmiş, diğer mallardan tam olarak ayırt edilmiş nitelikteki bir malın kullanımını kiracıya bırakmayı borçlanır²⁸. Bununla birlikte, istisnaî olarak, kira sözleşmesiyle kiraya veren salt tür özellikleriyle, miktarıyla ya da genel nitelikleriyle soyut bir biçimde belirlenen bir malın, örneğin herhangi bir masanın, kullanılmasını kiracıya bırakmayı borçlandıysa çeşit kirasından (*Gattungsmiete*) söz edilir²⁹. Böyle bir durumda, tarafların anlaşması koşuluyla, kiralanan eşya yerine aynı nitelikteki başka bir eşyanın da geri verilmesi mümkündür³⁰.

²⁶ Higi-ZK OR Art. 267, N. 21; Yavuz/Acar/Özen, s. 529.

²⁷ Higi-ZK OR Art. 267, N. 21.

²⁸ Gümüş, s. 32-33.

²⁹ Bu konuda bkz. Furrer, A./Wey, R.: **Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht-Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR**, 3. Auflage, Zürich 2016, Art. 97, N. 30; Emmerich, V.: **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB Band 2: Schuldrecht Allgemeiner Teil §§ 241-432**, 7. Auflage, München 2015, Art. 243, N. 2; Higi-ZK OR Art. 253, N. 16; çeşit kirasının karma sözleşme niteliğinde olduğu görüşünde bkz. Becker, H.: **Berner Kommentar Band/Nr. VI/1, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht**, 2. Auflage, Bern 1945, Art. 19, N. 4. Buna karşılık, tarafların sözleşmenin bitiminde aynı nitelikteki herhangi bir eşyanın geri verilmesini kararlaştırmaları durumunda, kira sözleşmesinden değil; tüketim ödünç sözleşmesinden (TBK m. 386) söz edilir (Higi-ZK OR Art. 267, N. 24; Gümüş, s. 33).

³⁰ Higi-ZK OR Art. 267, N. 23.

Kiracı, kira sözleşmesiyle bağlantılı olarak kendisine bırakılmış olan tüm eşyayı kira sözleşmesinin sonunda iade etmekle yükümlüdür. İade yükümlülüğü kira sözleşmesiyle kiracıya bırakılan eklentileri (TMK m. 686) de kapsar³¹. Bu bağlamda, kira sözleşmesinde kiralananla birlikte başka hangi eşyaların kiracıya bırakıldığı açıkça belirtilmiş olsun³² ya da olmasın³³, kiracı kira sözleşmesinin bitiminde, kiralananla birlikte kendisine bırakılmış olan tüm eşyayı (döşemeli kira ilişkisinde, konut ile birlikte teslim edilen buzdolabı, fırın, koltuk takımı, duvardan duvara halı gibi) kiraya verene geri vermeye mecburdur. Kira sözleşmesinin taraflarının, bölünemez bir bütün niteliği taşıyan birden fazla kira sözleşmesi akdetmeleri durumunda ise (örneğin, bir konuta ve park yerine ilişkin ayrı ayrı kira sözleşmeleri), geri verme borcu iki kira sözleşmesi bakımından birlikte yerine getirilmelidir. Bu bağlamda kiracı, her iki kira sözleşmesi dolayısıyla aldığı bütün eşyaları iade etmedikçe geri verme borcunu yerine getirmiş olmaz³⁴.

³¹ Koller, s. 309.

³² Uygulamada genellikle taraflar kira sözleşmesinde, kiralananla birlikte kiracıya devredilen demirbaş eşyaları açıkça kira sözleşmesinde belirtmekte ve bu demirbaşların ve teslim edilen diğer eşyaların kira sözleşmesi bitiminde kiraya verene aynen geri verileceğini kararlaştırmaktadır. Örnek olarak bkz. Yargıtay 6. H. D., 21.06. 2016 tarihli, E. 2016/2720, K. 2016/4858 sayılı kararı; Yargıtay 6. H. D., 02.06. 2016 tarihli, E. 2015/8742, K. 2016/4355 sayılı kararı; Yargıtay 6. H. D., 16.05. 2016 tarihli, E. 2015/9315, K. 2016/3924 sayılı kararı (www.kazanci.com).

³³ Kira sözleşmesinde kiralananla birlikte hangi eşyaların kiracıya bırakıldığının açıkça belirtilmiş olması ya da ek bir demirbaş listesinin hazırlanması, kiraya veren bakımından ispat kolaylığı sağlamaktadır. Nitekim söz konusu eşyanın geri verilmemesi nedeniyle mahkemeye başvuran kiraya veren, taraflar arasında düzenlenen ve kiracıya teslim edilen demirbaşların yer aldığı kira sözleşmesini ya da kira sözleşmesine ek demirbaş listesini mahkemeye ibraz etmekle ispat yükünden kurtulmaktadır. Bu durumda Türk Borçlar Kanunu'nun 344. maddesi gereğince, söz konusu eşyayı geri vermekle yükümlü olan ve eşyaları eksiksiz olarak geri verdiğini iddia eden kiracı, eşyaların geri verildiğini ispat etmekle yükümlüdür. Nitekim Yargıtay bir kararında aynen şöyle demektedir: "... taraflar arasındaki uyuşmazlık, 01/01/2008 başlangıç tarihli kira sözleşmesinin başlangıcından itibaren 10 aylık kira bedelinin ödenip ödenmediği ile davalı kiracıya imzası ile teslim edilen ve sözleşmenin sona ermesiyle davacıya iade edilmesi gereken, davacının ihtarnamesinde belirttiği eşyaların teslim edilip edilmediği noktasındadır. Kira bedelinin ödendiğinin ve demirbaş eşyaların teslim edildiğinin kanıt yükü davalıya aittir." Yargıtay 6. H. D., 02.04. 2014 tarihli, E. 2013/12395, K. 2014/4158 sayılı kararı (www.kazanci.com). Yine başka bir kararında Yargıtay, "Davalı, davacı kiracıya teslim edilen demirbaşlara ait listeyi mahkemeye ibraz etmiştir. Anılan demirbaşların eksiksiz ve hasarsız olarak kiraya verene teslim edildiğini ispat yükü davacı kiracıya aittir. Davacı kiracı demirbaşların eksiksiz ve hasarsız olarak teslim edildiğini ispatlayamamıştır." (Yargıtay 6. H. D., 15.06. 2015 tarihli, E. 2015/2505, K. 2015/5933 sayılı kararı (www.kazanci.com) demek suretiyle, demirbaş listesindeki eşyaların iade edildiğine ilişkin ispat yükünü kiracıya yüklemiştir.

³⁴ Kunz/Wyttenbach, s. 191.

Kiracı, kiralananla ilişkin “*bütün anahtarları*” da geri vermekle yükümlüdür. Kiracının kiralananı kiraya verene maddi olarak teslim etmiş olmasına rağmen, elinde bulunan bütün anahtarları iade etmemesi durumunda, kiralananın geri verilmesi borcunun yerine getirildiğinden söz edilemez³⁵. Zira kiracı, kiralananı kullanmaya yarayan anahtarlardan birini bile elinde bulundursa, kiralananı girebilir ya da onu alıkoyabilir. Buna karşılık, kiralanan taşınmazla ilişkin bütün anahtarların teslimi, kiracının kiralananı sadece kullanmaktan vazgeçtiğini değil; kiralananı kullanma yetkisinden vazgeçtiğini, böylece kiralananı geri verdiğini gösterir³⁶. Kiracı kira sözleşmesiyle sadece kiraya veren tarafından kendisine bırakılmış olan anahtarları değil; “*yedeklenmiş anahtarlar dâhil bütün anahtarları*” geri vermekle yükümlüdür³⁷. Ayrıca kiracı iade ettiği yedek anahtarlar sebebiyle kira verenden herhangi bir tazminat talebinde de bulunamaz³⁸. Kiracı yedeklenmiş anahtarlar dâhil bütün anahtarlarla birlikte ya da bunlardan ayrı olarak, kiralananı girmeye yetkisi veren kart, yapışkanlı etiket gibi tanıtıcı araçları da iade etmekle yükümlüdür³⁹.

³⁵ SVIT-Komm, OR Art. 267, N. 3b; Higi-ZK OR Art. 267, N. 13; Kunz/Wyttenbach, s. 191; Koller, s. 259; Permann-OFK OR Art. 267, N. 3. İsviçre Federal Mahkemesi de bir kararında, geri vermenin gerçekleştiğinden söz edilebilmesi için öncelikle kiraya verene “*bütün anahtarların*” teslim edilmiş olması gerektiğine hükmetmiştir (BGE 4A_220/2008, 7.8. 2008, MP 1/09 s. 21).

³⁶ Higi-ZK OR Art. 267, N. 13; Kunz/Wyttenbach, s. 191. Nitekim Yargıtay’a göre de, çatılı taşınmaz, otomobil, kilitli dolaplar gibi şeylerin anahtarlarının teslimi ile birlikte kiralanan üzerindeki tasarruf hakkı teslim alana (kiraya verene) geçer (Yargıtay 6. H. D., 21.10. 2015 tarihli, E. 2014/9367, K. 2015/8763 sayılı kararı; Yargıtay 6. H.D., 21.10. 2015 tarihli, E. 2015/9616, K. 2015/8762 sayılı kararı (emsa.yargitay.gov.tr). Buna karşılık, “*Kural olarak anahtar teslim edilmediği sürece kiralananın kiracının kullanımında olduğunun kabulü gerekir.*” Yargıtay 6. H.D., 15.04. 2014 tarihli, E. 2013/14236, K. 2014/4953 sayılı kararı (www.kazanci.com).

³⁷ SVIT-Komm, OR Art. 267, N. 13; Higi-ZK OR Art. 267, N. 13; Permann-OFK OR Art. 267, N. 3. Öğretide Koller ise, konut kiralalarında kiracının sadece “*kendisine teslim edilmiş olan*” anahtarları iade etmekle yükümlü olduğunu; buna karşılık kendisinin yedeklemiş olduğu anahtarları iade etmekle yükümlü olmadığı; ancak kiraya verenin söz konusu anahtarın imhasını talep edebileceği ifade etmektedir (Koller, s. 259). Yine aynı yönde Tandoğan da, kiracının fazla anahtar yaptırmış olması ve bu anahtarları iade etmek istememesi durumunda, söz konusu anahtarları kullanılmaz hâle getirmekle yükümlü olduğunu kabul etmektedir (Tandoğan, s. 184). Buna karşılık, Yargıtay da yedek anahtar dâhil bütün anahtarların iade edilmesi gerektiğine hükmetmiştir (Yargıtay 6. H. D., 21.10. 2015 tarihli, E. 2014/9367, K. 2015/8763 sayılı kararı; Yargıtay 6. H.D., 21.10. 2015 tarihli, E. 2015/9616, K. 2015/8762 sayılı kararı (www.kazanci.com).

³⁸ SVIT-Komm, OR Art. 267, N. 13.

³⁹ SVIT-Komm, OR Art. 267, N. 13. Kiracının kiralananla ilişkin bütün anahtarları ya da kiralananı girmeyi sağlayan diğer araçları iade etmemesi durumunda, kiraya veren kilit sisteminin veya elektronik tanıma sisteminin değiştirilmesi yahut tamiri için yapılan

Kiralananın kiracı tarafından kiraya verene geri verilmesinde, kiralananın konut gibi tek bir bütünden oluşması ya da döşenmiş bir oda gibi eşya birliğinden meydana gelmesi önem taşımaz. Kiracının kiralananı geri vermesi, maddi yönden bölünemez bir edimi oluşturur. Bu nedenle, kiralananın sadece kısmen geri verilmesi⁴⁰, kural olarak geri verme borcunun yerine getirilmesi anlamına gelir ve TBK m. 112 ve devamı uyarınca kiracının tazminat sorumluluğunu doğurur⁴¹. Buna karşılık, kiraya veren, uğradığı zararı en aza indirme gerekçesiyle bile olsa, kiralananın kısmen geri verilmesine ilişkin talebi kural olarak reddetmekle yükümlüdür⁴². Kiraya verenin çekince koymaksızın kısmen geri verilen kiralanayı kabul etmesi, başka bir deyişle geri alması durumunda, kiracı geri verilen kısım bakımından geri verme borcundan kurtulur⁴³.

Kiralananın, geri verilmeden önce, taraflara yüklenemeyen sebeplerle tamamen ortadan kalkması, diğer bir deyişle geri vermenin sonradan objektif olarak imkânsızlaşması durumunda, TBK m. 136 uyarınca, kiracının geri verme borcu sona erer. Bu durum, beklenmeyen hâlden (örneğin, kiralananın elektrik kontağından çıkan bir yangın sonucu yanması ya da hırsız tarafından çalınması) yahut mücbir sebepten (örneğin, kiralananın meydana gelen depremde yıkılması veya selde sürüklenip gitmesi) kaynaklanabilir. Buna karşılık, kiralananın, geri verilmeden önce kiracının sorumlu tutulabileceği sebeplerle tamamen ortadan kalkması durumunda, kiracının borcu sona ermez. Kiralananın ortadan kalkmasına neden olan kiracı, kiraya verene karşı TBK

masrafların kiracı tarafından giderilmesini talep edebilir. Aynı çözüm kira sözleşmesi boyunca kaybedilen anahtarlar için de geçerlidir (SVIT-Komm, OR Art. 267, N. 13).

⁴⁰ Kiralananın kısmen geri verilmesi, ayıplı olarak geri verilmesinden farklı bir kavramdır. Nitekim kısmen geri verme, geri verme borcunun niceliğine ilişkin olup, niteliğine ilişkin değildir. Bununla birlikte bazı durumlarda niceliğe ilişkin yetersizlik, nitelikteki eksiklik olarak da etkisini gösterebilir. Ne var ki, somut olayda nicelik bakımından bir yetersizlik mi yoksa nitelikteki bir eksikliğin mi olduğu konusu şüpheliyse, nitelikteki bir eksikliğin (ayıbın) varlığı yönünde yorum yapmak gerekir. Zira kiraya verenin eksik ifayı kabul etmek yükümlülüğü bulunmamaktayken; ayıplı ifayı kabul etme yükümlülüğü bulunmaktadır (Higi-ZK OR Art. 267, N. 27-28).

⁴¹ Higi-ZK OR Art. 267, N. 25-26. İsviçre Federal Mahkemesi, bir kararında alt kiracının, alt kira sözleşmesiyle hangi eşyaları teslim aldıysa, alt kira sözleşmesinin bitiminde onları teslim etmekle yükümlü olduğunu; aksi hâlde kiraya verenin alt kiraya verenden (kiracıdan) sözleşmenin kısmen yerine getirilmemesi nedeniyle tazminat talep edebileceğine hükmetmiştir (BGE 139 III 353 E. 2.1. 2; Huguenin, C.: **Obligationenrecht-Allgemeiner und Besonderer Teils**, 2. Auflage, Zürich-Basel 2014, s. 882).

⁴² Higi-ZK OR Art. 267, N. 26; Kunz/Wyttenbach, s. 191-192.

⁴³ Higi-ZK OR Art. 267, N. 36.

112 ve devamında düzenlenen borca aykırılığa ilişkin hükümler uyarınca tazminat ödemekle yükümlü olur⁴⁴.

C. Geri Verme Borcunun Borçlusu

Kira sözleşmesinde geri verme borcunun borçlusu, kira sözleşmesi kapsamında, ifa edeceği kira bedeli karşılığında bir şeyin kullanılması veya kullanmayla birlikte ondan yararlanılması kendisine bırakılan kiracıdır. Nitekim TBK m. 334'te “*kiracının*” kiralananı geri vermekle yükümlü olduğu açıkça belirtilmiştir.

Kiralananın geri verilmesi, maddi yönden bölünemez bir edimi oluşturduğundan⁴⁵, birden çok kiracının ve dolayısıyla geri verme borcunun birden çok borçlusunun bulunması durumunda, borçlulardan her biri geri verme borcundan tek başına sorumludur (TBK m. 85/II). Bu nedenle, kiraya veren, kiracıların tamamından ya da içlerinden birinden kiralananın geri verilmesini talep edebilir⁴⁶. Bu imkân özellikle, kiracılardan birinin ya da birkaçının kiralananı ispat edilebilir biçimde tahliye etmiş olması durumunda, tahliye davasının sadece kiralananı henüz tahliye etmemiş bulunan kiracılara karşı açılabilmesi bakımından önem taşımaktadır⁴⁷.

⁴⁴ Higi-ZK OR Art. 267, N. 39.

⁴⁵ Higi-ZK OR Art. 267, N. 25; Aydoğdu/Kahveci, s. 557; Doğan, s. 446.

⁴⁶ SVIT-Komm, OR Art. 267, N. 17. Buna karşılık, öğretide *Aydoğdu/Kahveci*, kiralananı geri verme borcu bölünemediğinden, birden fazla kiracının aynı anda geri verme borcunu yerine getirmesi gerektiğini belirtmektedir. Nitekim iade borcu bakımından birden fazla kiracının müteselsil sorumluluğu taşınırılar bakımından kabul edilebilirse de taşınmazlar bakımından kabul edilemez. Zira müteselsil sorumlulukta borçlulardan birinin borcu yerine getirmesi borcu sona erdirir. Oysa birden fazla kiracıdan sadece birinin kiralananı geri vermesi yeterli değildir (Aydoğdu/Kahveci, s. 557). Bununla birlikte, bölünemeyen borçların ifasında, borçlulardan birinin ifasıyla borcun sona ermesinden söz edilebilmesi için, ifayı gerçekleştiren borçlunun borcun tamamını yerine getirmesi gerekir. İfayı gerçekleştiren borçlunun sadece kendi üzerine düşen edimleri yerine getirmesi, borcun sona ermesi bakımından yeterli değildir. Bu nedenle, kiralanan taşınmazın geri verilmesinde, kiracının sadece kendi üzerine düşen edimleri yerine getirmesi (örneğin, kiralanan dairedeki odasını boşaltması) geri verme borcunu sona erdirmemektedir. Bu nedenle, kiraya veren, kiracıların tamamından ya da birinden kiralanan taşınmazın tamamının tahliye edilmesini talep edebilmelidir.

⁴⁷ SVIT-Komm, OR Art. 267, N. 17. Borçlar hukuku bakımından, her ne kadar bölünemeyen bir borcun birden fazla borçlusunun bulunması durumunda, borcun ifasının borçlulardan herhangi birinden talep edilebileceği kabul edilse de; medenî usûl hukuku bakımından, söz konusu borcun dava konusu yapılması hâlinde, dava edilen birden fazla kişiye karşı hep birlikte hareket edilmesi zorunlu görülmektedir. Bu bağlamda, bölünemeyen bir borcun birden fazla kişiye karşı dava konusu yapılması durumunda, birden fazla kişinin birlikte husumeti gerekmemekte ve birden fazla kişi arasında mecburi dava arkadaşlığı söz konusu

Kiracının, kiraya veren sıfatıyla kiralananın kısmen ya da tamamen kullanılmasını kira bedeli karşılığında alt kiracıya bıraktığı durumlarda⁴⁸ (TBK m. 322), alt kiracı kiralananı alt kiraya verene geri vermekle; alt kiraya veren kiracı da kiralananı asıl kiraya verene iade etmekle yükümlüdür⁴⁹. Dolayısıyla alt kira sözleşmesi bakımından geri verme borçlusu alt kiracı iken; asıl kira sözleşmesi bakımından geri verme borçlusu kiracıdır. Kiraya veren ile alt kiracı arasında doğrudan bir ilişki bulunmadığından ve kira sözleşmesinden doğan alacak hakkı nisbî nitelik taşıdığından, kural olarak kiraya verenin doğrudan doğruya alt kiracıya başvurarak kiralananın geri verilmesini talep etmesi mümkün değildir⁵⁰. Bununla birlikte, TBK m. 322/III'te, alt kiracı, kiralananı kiracıya tanınandan başka biçimde kullandığı takdirde kiraya verenin, kiracısına karşı sahip olduğu hakları alt kiracıya veya kullanım hakkını devralana karşı da kullanabileceği düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeden hareketle, kiracının kendi süresinden fazla bir süre için kiralananı alt kiracıya bırakması ve benzeri durumlarda, kiraya veren ile alt kiraya veren kiracı arasındaki kira sözleşmesinin sonunda, kiraya verenin kiralananın geri verilmesini TBK m. 322/III uyarınca doğrudan alt kiracıdan talep edebileceği kabul edilmektedir⁵¹. Kiraya verenin TBK m. 322/III'ün uygulanma koşulları doğmaksızın doğrudan alt kiracıya başvurması ise; ancak kiraya verenin aynı zamanda kiralananın maliki olması durumunda gündeme gelir. Örneğin, asıl kira sözleşmesinin sona ermesine rağmen alt kiracının kiralananı geri vermekten kaçınması⁵², alt kiracının kira ilişkisini reddederek kiralananı geri vermekten kaçınması yahut hâlihazırda alt kiracının fiilen kiralananı terk etmesi gibi durumlarda kiraya veren, mülkiyet hakkına dayanarak kiralananın kendisine verilmesini doğrudan alt kiracıdan talep edebilir⁵³.

olmaktadır (Ulukapı, Ö.: **Medeni Usul Hukukunda Dava Arkadaşlığı**, Konya 1991, s. 63). Nitekim Yargıtay da, kira sözleşmesinde birden fazla kiracının olması durumunda, tahliye (kiralananın geri verilmesi) istemi bölünemeyeceğinden, kiracılar arasında zorunlu dava arkadaşlığı bulunduğunu ve tahliye isteminin tüm kiracılara birlikte yöneltilmesi gerektiğini kabul etmektedir (Yargıtay 6. H.D., 1.10. 2014 tarihli, E. 2014/9557, K. 2014/10773 sayılı kararı; Yargıtay 6. H.D., 11.3. 2015 tarihli, E. 2015/1618, K. 2015/2439 sayılı kararı; Yargıtay 6. H.D., 27.5. 2015 tarihli, E. 2015/3288, K. 2015/5161 sayılı kararı; Yargıtay 6. H.D., 28.9. 2015 tarihli, E. 2015/5568, K. 2015/7611 sayılı kararı (www.kazanci.com)).

⁴⁸ Gümüş, s. 214; Yavuz/Acar/Özen, s. 459.

⁴⁹ Higi-ZK OR Art. 267, N. 10.

⁵⁰ Higi-ZK OR Art. 262, N. 27; Tandoğan, s. 159; Doğan, s. 447. Krş. Honsell/Vogt/Wiegand-BK Art. 267, N. 1; Yavuz/Acar/Özen, s. 528; Gümüş, s. 235.

⁵¹ Doğan, s. 448.

⁵² Higi-ZK OR Art. 262, N. 27.

⁵³ Higi-ZK OR Art. 267, N. 16.

Kiracının, kira sözleşmesinden doğan kullanım hakkını, TBK m. 322 hükmüne göre devrettiği hâllerde, devralan kişi, kiralananı kullanım hakkını kendisine devredene geri vermekle yükümlüdür⁵⁴. Kiraya verenin, kullanım hakkını devralana doğrudan başvurması konusunda, alt kirada geçerli olan hususlar uygulama alanı bulur⁵⁵.

Kira ilişkisinin devri hâlinde (TBK m. 323), devralan kişi, kanun gereği kiracının yerini almakta ve kira ilişkisinden ya da kanundan doğan bütün haklara ve yükümlülüklerle sahip olmaktadır⁵⁶. Dolayısıyla, devralan yeni kiracı kiralananı geri verme borcunu normal kira ilişkisinde olduğu gibi kiraya verene karşı yerine getirmekle yükümlüdür⁵⁷. TBK m. 323/II uyarınca, kiraya verenin yazılı rızasıyla kira ilişkisi kendisine devredilen kişi, kira sözleşmesinde kiracının yerine geçeceğinden ve devreden kiracı, kiraya verene karşı borçlarından kurtulacağından, kiralananın geri verilmesi borcundan da kurtulur. TBK m. 323/II’te, işyeri kiralarında devreden kiracının, kira sözleşmesinin bitimine kadar ve en fazla iki yıl süreyle devralanla birlikte müteselsilen sorumlu olacağı düzenlenmiştir. İşyeri kiralarında devreden kiracının müteselsil sorumluluğu, sadece kira bedeline ilişkin değil; kira sözleşmesinden veya kanundan doğan ve şahsa bağlı olmayan bütün borçlara ilişkindir⁵⁸. Bu nedenle, işyeri kiralarında devreden kişi, kiralananın geri verilmesi konusunda, devralan kiracıyla birlikte kira sözleşmesinin bitimine kadar ve en fazla iki yıl süreyle müteselsilen sorumludur. Kiralananın geri verilmesi borcu, kira sözleşmesinden doğan bir borç olduğundan, TBK m. 323/III’te yer alan “*kira sözleşmesinin bitimine kadar*” ifadesi, devreden kiracının kiralananın geri verilmesinden sorumlu olmasını engellemez.

D. Geri Verme Borcunun Alacaklısı

Kira sözleşmesinde geri verme borcunun alacaklısı, kiraya verendir. Kiraya veren, kiralananı kira sözleşmesi kapsamında kiracıya teslim ettiğinden, kiracı kural olarak kiralananı kiraya verene ya da onun haleflerine geri vermekle yükümlüdür. Kiraya verenin kiralanan üzerinde mülkiyet hakkının bulunmaması, onun kira sözleşmesinde geri verme borcunun alacaklısı olmasına engel değildir. Bu bağlamda, kiraya veren kiralananı malik olmasa bile, kiracı

⁵⁴ Arpacı(Hatemi/Serozan), s. 207; Gümüş, s. 219.

⁵⁵ Krş. Doğan, s. 448.

⁵⁶ Higi-ZK OR Art. 266, N. 44; Yavuz/Acar/Özen, s. 477; Gümüş, s. 231.

⁵⁷ Yavuz/Acar/Özen, s. 529.

⁵⁸ SVIT-Komm, OR Art. 263, N. 30; Yavuz/Acar/Özen, s. 477, dipnot 183.

kiralananı kural olarak kiralananın malikine değil; taraflar arasında kurulan kira sözleşmesinin tarafı niteliğindeki kiraya verene geri vermekle yükümlüdür. Dolayısıyla kiracı, kiralananı, onun maliki olmasa bile, kiraya verene geri vermekle, geri verme borcundan kurtulur⁵⁹.

Kiraya verenin aynı zamanda kiralananın maliki olması durumunda, kiraya veren kiralananın geri verilmesini ister şahsî talep hakkına (TBK m. 334); isterse de mülkiyet hakkına dayandırmış olsun, kiralanan aynı kişiye geri verilir⁶⁰.

Malik olmayan kiraya verenin kiralananın geri verilmesi talebinin tek kaynağı kira sözleşmesidir. Buna karşılık, kira sözleşmesinin tarafı olmayan; ancak kiralananın maliki olan kişinin kiralananın geri verilmesine ilişkin aynî istihkak talebi de söz konusu olabilir. Kiraya verenin şahsî talebiyle, malikin aynî istihkak talebi aynı olayda ileri sürülmüşse, genel saklama sözleşmesinde üçüncü kişilerin iddialarını düzenleyen TBK m. 568 hükmü kıyasen uygulanır⁶¹. Dolayısıyla, bir üçüncü kişinin kiralanan üzerinde aynî hak iddiasında bulunması durumunda, kiralanan hakkında bir ihtiyatî tedbir kararı alınmadıkça veya doğrudan doğruya kiracıya karşı istihkak davası açılmadıkça kiracı, onu sadece kiraya verene geri vermekle yükümlüdür⁶².

Kiracının kiralananı geri vermesi, maddi yönden bölünmez bir edimi oluşturduğundan⁶³, geri verme borcunun birden çok alacaklısının, diğer bir deyişle birden fazla kiraya verenin bulunması durumunda, kiracı geri verme borcunu tüm alacaklılara karşı yerine getirmekle yükümlüdür (TBK m. 85)⁶⁴. Buna karşılık, her bir kiraya veren de, tek başına, geri verme borcunun tüm alacaklılara karşı yerine getirilmesini isteyebilir (TBK m. 85)⁶⁵. Bununla bir-

⁵⁹ Yavuz/Acar/Özen, s. 529.

⁶⁰ Yavuz/Acar/Özen, s. 529.

⁶¹ Tandoğan, s. 183; Yavuz/Acar/Özen, s. 529; Gümüş, s. 235; Doğan, s. 446; İnceoğlu, s. 495.

⁶² Tandoğan, s. 183; Yavuz/Acar/Özen, s. 529.

⁶³ Higi-ZK OR Art. 267, N. 25; Aydoğdu/Kahveci, s. 557; Doğan, s. 446.

⁶⁴ Serozan, R. (Kocayusufoğlu, N./Hatemi, H./Arpacı, A.): **Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Üçüncü Cilt, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, İstanbul 2014, § 9, N. 2; Oğuzman, M. K./Öz, M. T.: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I**, 12. Baskı, İstanbul 2014, s. 297; Doğan, s. 446.

⁶⁵ Schmid, J.: “Die gemeinsame Miete–Ausgewählte Fragen”, **Aktuelle Juristische Praxis**, 01/2016, s. 39; Schmid, H.: “Der gemeinsame Mietvertrag”, **Schweizerische Juristen-Zeitung**, 87/1991, s. 355. Nitekim Zürich Yüksek Mahkemesi de bir kararında, İsviçre Borçlar Kanunu’nun bölünemeyen borçların ifasını düzenleyen (ve TBK m. 85’in mehzazı

likte, müteselsil alacaklılıktan (TBK m. 169) farklı olarak, kiracı kiralananı tek bir kiraya verene iade etmekle geri verme borcundan kurtulamaz. Ancak kiracının kiralananı geri vermesi kendiliğinden tüm alacaklıların yararına olacağından, bu konuya ilişkin uyuşmazlığın doğması pek mümkün olmaz⁶⁶.

Alt kirada (TBK m. 322), alt kiracı, sözleşmenin başında teslim almış olduğu kiralananı, alt kiraya verene geri vermekle yükümlüdür. Alt kiracıdan kiralananı geri alan alt kiraya veren ise, söz konusu kiralananı asıl kiraya verene ya da onun haleflerine iade eder⁶⁷. Buna karşılık, kiracının kendi kira süresinden fazla bir süre için kiralananı alt kiracıya vermesi durumunda, asıl kiraya veren TBK m. 322/III gereğince, alt kiracıdan kiralananın kendisine geri verilmesini isteyebilir⁶⁸. Bu durumda geri verme borcunun alacaklısı, alt kiraya veren kiracı değil; asıl kiraya veren olmaktadır. Kiracı, kiralananı kira sözleşmesine uygun olarak alt kira sözleşmesine konu etmişse, kiralananın maliki olan asıl kiraya veren, kiralananın geri verilmesine ilişkin aynî istihkak talebinde bulunmuş olsa bile, alt kiracı kiralananı alt kiraya verene geri vermekle yükümlüdür. Bununla birlikte, kiralanan hakkında bir ihtiyatî tedbir kararı alınmışsa ya da doğrudan doğruya alt kiracıya karşı bir istihkak

olan) 70. maddesinin 1. fıkrasından hareketle, istisnâ olarak kiralananın geri verilmesi konusunda, kiraya verenlerden “her birinin” kiralananın geri verilmesini talep edebileceğini kabul etmiştir (Zürich, Obergericht, 27.06. 2014, Geschäfts-Nr.: PD140006-O/U). Türk hukukunda ise, her ne kadar borçlar hukuku bakımından, alacaklılardan her birinin, tek başına, geri verme borcunun tüm alacaklılara ifasını isteyebileceği kabul edilse de, söz konusu alacağın dava konusu yapılması durumunda, medenî usûl hukuku bakımından, alacağı dava eden birden fazla kişinin hep birlikte hareket etmesi zorunlu görülmektedir. Dolayısıyla, bölünemeyen bir borcun birden fazla kişi tarafından dava konusu yapılması hâlinde, birden fazla kişinin birlikte husumeti gerekmemekte ve birden fazla kişi arasında mecburi dava arkadaşlığı söz konusu olmaktadır (Ulukapı, s. 63). Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında aynen, “*Bu açıklamalar ışığında eldeki davanın konusunu oluşturan tahliye istemi ele alındığında, bu talep bölünemez bir eda içermesi nedeniyle kira sözleşmesinin tüm tarafları açısından sonuç doğuracak nitelikte olduğundan, birden fazla kiralayanın bulunduğu hallerde tüm hak sahiplerinin katılımı olmaksızın diğerlerinin de haklarını etkileyecek şekilde bir kısım kiralayan tarafından tahliye talep edilemeyeceği açıktır.*” demiş bulunmaktadır. Dolayısıyla Yargıtay, kira sözleşmesinde birden fazla kiraya verenin bulunması durumunda, tahliye (kiralananın geri verilmesi) istemi bölünemeyeceğinden, kiraya verenler arasında zorunlu dava arkadaşlığı bulunduğunu ve tahliye isteminin tüm kiraca verenler tarafından birlikte yöneltilmesi gerektiğini kabul etmektedir (Yargıtay 6. H. D., 1.3. 2011 tarihli, E. 2010/11504, K. 2011/2241 sayılı kararı; Yargıtay 6. H. D., 12.3. 2015 tarihli, E. 2015/1469, K. 2015/243 sayılı kararı (www.kazanci.com)).

⁶⁶ Schmid, H., s. 355.

⁶⁷ SVIT-Komm, OR Art. 267, N. 16; Higi-ZK OR Art. 267, N. 10; Doğan, s. 447.

⁶⁸ Tunçomağ, K.: **Borçlar Hukuku, Cilt II, Özel Borç İlişkileri**, 2. Bası, İstanbul 1974, s. 289; Doğan, s. 447-448.

davası açılmışsa alt kiracı, kiralananı malik olan kiraya verene geri vermekle yükümlüdür⁶⁹.

Kiracının, kira sözleşmesinden doğan kullanım hakkını devretmesi hâlinde⁷⁰ (TBK m. 322) alt kirada olduğu gibi, kullanım hakkını devralan kişi, kiralananı, kullanım hakkını kendisine devredene geri vermekle yükümlüdür⁷¹.

Kira ilişkisinin devri hâlinde (TBK m. 323), kira ilişkisini devralan kişi, kiralananı geri verme borcunu yine “*kiraya verene karşı*” yerine getirmekle yükümlüdür⁷².

III. GERİ VERME BORCUNUN YERİNE GETİRİLMESİ

A. Geri Verme Borcunun Yerine Getirilme Biçimi

Geri verme borcunun nasıl yerine getirileceği Türk Borçlar Kanunu’nda açıkça düzenlenmemiştir. Buna karşılık, yürürlükten kalkan 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun kiralananın geri verilmesine ilişkin 266. maddesinin 1. fıkrasında “*Kiracı kiralananı...mahalli âdete tevfikân geri vermekle mükelleftir.*” ifadesi yer almaktaydı. Bu hükümden hareketle öğretilen⁷³ ve yargı kararlarında⁷⁴ kiralananın geri verilmesi bakımından o yöredeki geleneklerin gözetilmesi gerektiği ifade edilmekteydi. Türk Borçlar Kanunu’nun kiralananın geri verilmesini düzenleyen 334. maddesinde ise yerel geleneklerden söz edilmemiştir.

Türk Borçlar Kanunu döneminde, taraflar geri verme borcunun yerine getirilme biçimi konusunda aralarında anlaşabilir. Bu durumda, kiralananın geri verilmesi bu anlaşmaya göre gerçekleştirilir. Buna karşılık, bu konuda bir anlaşma yoksa kiralananın geri verilmesi kural olarak, kiralananın kiraya verene yahut onun haleflerine fiilî olarak teslim edilmesi ya da kiralanan üzerindeki hâkimiyetin kiraya verene ya da onun haleflerine sağlanması suretiyle olur⁷⁵. Böylece kiracı, kendisinden kiralananı kullanma yetkisini elde

⁶⁹ SVIT-Komm, OR Art. 267, N. 16.

⁷⁰ Gümtüş, s. 217 vd., Yavuz/Acar/Özen, s. 469.

⁷¹ Arpacı(Hatemi/Serozan), s. 207; Yavuz/Acar/Özen, s. 529.

⁷² Yavuz/Acar/Özen, s. 529.

⁷³ Arpacı(Hatemi/Serozan), s. 204-205; Feyzioğlu, s. 597.

⁷⁴ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 21.02.1973 tarihli, K. 4-444/92 sayılı kararı (Feyzioğlu, s. 597, dipnot 267a).

⁷⁵ Higi-ZK OR Art. 267, N. 12; Yavuz/Acar/Özen, s. 530.

ettiği kişi yararına, söz konusu kullanma yetkisinden kesin olarak vazgeçmiş olmaktadır⁷⁶. Nitekim kiracının kiralanan üzerinde sınırlı da olsa kullanma yetkisine sahip olması durumunda, kiralananın gerçek anlamda geri verildiğinden söz edilemez⁷⁷.

Kiracının kiralananı salt kullanmaktan vazgeçmesi ya da onu alıkoymayı bırakması, kiralananın geri verilmesi borcunun yerine getirilebilmesi için yeterli değildir⁷⁸. Nitekim Yargıtay da, konusu taşınmaz olan kira sözleşmeleri bakımından kiracının kiralanan taşınmazı fiilen boşaltmasını kiralananın geri verilmesi bakımından tek başına yeterli görmemekte; kiracının kiralananı boşalttıktan sonra anahtarı da teslim etmesi gerektiğini kabul etmektedir⁷⁹. Zira Yargıtay’a göre, kiralananın tesliminden anlaşılması gereken yasal teslimdir⁸⁰. Çatılı taşınmazlar bakımından yasal teslim, anahtarın bizzat kiraya verene verilmesi ya da notere teslim edilmesi yahut anahtarın bırakılacağı bir tevdi yerinin tayini suretiyle gerçekleştirilir⁸¹.

Anahtarın bizzat kiraya verene ya da yasal temsilcisine⁸² tesliminde, teslim ancak anahtarın “*maddi olarak*” kiraya verene ya da yasal temsilcisine

⁷⁶ Higi-ZK OR Art. 267, N. 12.

⁷⁷ SVIT-Komm, OR Art. 267, N. 3a.

⁷⁸ Higi-ZK OR Art. 267, N. 12 vd; Tandoğan, s. 184.

⁷⁹ Yargıtay 6. H. D., 05.05. 2016 tarihli, E. 2015/9203, K. 2016/3701 sayılı kararı; Yargıtay 6. H. D., 19.02. 2015 tarihli, E. 2015/203, K. 2015/1634 sayılı kararı; Yargıtay 6. H. D., 25.04. 2016 tarihli, E. 2015/7730, K. 2016/3349 sayılı kararı; Yargıtay 6. H. D., 06.06. 2016 tarihli, E. 2016/4904, K. 2016/4387 sayılı kararı (emsal.yargitay.gov.tr).

⁸⁰ Yargıtay 6. H. D., 19.01. 2016 tarihli, E. 2015/10884, K. 2016/117 sayılı kararı; Yargıtay 6. H. D., 6.06. 2016 tarihli, E. 2016/5039, K. 2016/4386 sayılı kararı; Yargıtay 6. H. D., 1.12. 2016 tarihli, E. 2016/8966, K. 2016/5870 sayılı kararı (www.kazanci.com).

⁸¹ Yargıtay 6. H. D., 21.10. 2015 tarihli, E. 2014/9367, K. 2015/8763 sayılı kararı; Yargıtay 6. H. D., 21.10. 2015 tarihli, E. 2015/9616, K. 2015/8762 sayılı kararı (www.kazanci.com).

⁸² Yargıtay da, kira sözleşmesini kiraya veren adına yapıp imzalayan kişinin, kiralananın geri verilmesinde kiralananı teslim almaya yetkili olduğunun kabul etmektedir (Yargıtay 13. H. D., 4.7. 2005 tarihli, E. 2005/6810, K. 2005/11463 sayılı kararı; Yargıtay 6. H. D., 15.1. 2013 tarihli, E. 2012/11086, K. 2013/195 sayılı kararı (www.kazanci.com)). Buna karşılık, kiraya veren tarafından anahtarın komşu, apartman görevlisi, yönetici, emlakçı ya da benzeri kişiler tarafından teslim alınması konusunda yetki verilmediği sürece, anahtarın söz konusu kişilere teslimi, geri verme borcunun yerine getirilmesi bakımından geçerli değildir (Yargıtay 6. H. D., 03.10. 2000 tarihli, E. 2000/8032, K. 2000/4146 sayılı kararı; Yargıtay 6. H. D., 03.03. 2011 tarihli, E. 2010/11653, K. 2011/2491 sayılı kararı; Yargıtay 6. H. D., 07.07. 2011 tarihli, E. 2010/11148, K. 2011/2491 sayılı kararı; Yargıtay 6. H. D., 9.11. 2015 tarihli, E. 2014/13460, K. 2015/9625 sayılı kararı; Yargıtay 6. H. D., 13.6. 2012 tarihli, E. 2012/7070, K. 2012/8861 sayılı kararı; Yargıtay 6. H. D., 2.3. 2016 tarihli, E. 2015/12318, K. 2016/1566 sayılı kararı (www.kazanci.com)).

verilmesiyle gerçekleşir. Dolayısıyla kiracı tarafından kiraya verene anahtarın belirli bir günde verileceğine ilişkin bir bildirimin gönderilmesi hâlinde, söz konusu bildirimin kiraya verene ulaşmasıyla teslimin gerçekleştiğinden söz edilemez⁸³. Buna karşılık, anahtarın notere ya da tayin edilen tevdi yerine teslim edilmesi durumunda, teslim, anahtarın kiraya veren tarafından maddi olarak alınmasıyla değil; notere teslim hâlinde durumun⁸⁴; tevdi yerine teslim hâlinde ise teslim ile ilişkin tutanağın kiraya verene tebliğ edilmesiyle gerçekleşir⁸⁵.

Türk Borçlar Kanunu m. 83 hükmüne uygun olarak, kiralananın geri verilmesi borcunun kiracının bizzat kendisi tarafından yerine getirilmesi zorunlu değildir. Kiralananın geri verilmesi borcu, üçüncü bir kişi tarafından da yerine getirilebilir. Örneğin, kiralananın alt kira sözleşmesine konu olması durumunda, kiralanan kiraya verene (ifa yardımcısı niteliğindeki) alt kiracı tarafından da geri verilebilir. Bununla birlikte, kiralananın ifa yardımcısı tarafından geri verilmesi durumunda, geri verme borcunun yerine getirilmesi dolayısıyla doğan zararlardan kiracı sorumludur (TBK 116)⁸⁶.

B. Geri Verme Borcunun Yerine Getirileceği Yer

Geri verme borcunun yerine getirileceği yeri taraflar aralarında serbestçe kararlaştırabilir⁸⁷. Taraflar arasında kiralananın geri verileceği yere ilişkin olarak yapılan anlaşma açık ya da örtülü olabilir⁸⁸ ve kira sözleşmesi henüz sona ermeden önce veya kira sözleşmesinin sona ermesinden sonra yapılabilir⁸⁹. Taşınmaz kiralalarında, taraflar arasında, geri verme borcunun kiralanan taşınmazın bulunduğu yerde yerine getirileceği konusunda örtülü bir anlaşmanın

⁸³ Yargıtay 6. H. D., 30.11. 2015 tarihli, E. 2015/933, K. 2015/10562 sayılı kararı (www.kazanci.com).

⁸⁴ Yargıtay 6. H. D., 15.03. 2011 tarihli, E. 2010/12730, K. 2011/3054 sayılı kararı; Yargıtay 6. H. D., 19.01. 2016 tarihli, E. 2015/10884, K. 2016/117 sayılı kararı; Yargıtay 6. H. D., 06.06. 2016 tarihli, E. 2016/5039, K. 2016/4386 sayılı kararı (www.kazanci.com).

⁸⁵ Yargıtay 6. H. D., 17.01. 2011 tarihli, E. 2010/8929, K. 2011/134 sayılı kararı; Yargıtay 6. H. D., 28.01. 2014 tarihli, E. 2013/6201, K. 2014/983 sayılı kararı (www.kazanci.com).

⁸⁶ SVIT-Komm, OR Art. 267, N. 5a.

⁸⁷ Honsell/Vogt/Wiegand-BK Art. 267, N. 2; Heinrich-CHK OR Art. 267-267a, N. 2; SVIT-Komm, OR Art. 267, N. 4; Higi-ZK OR Art. 267, N. 42; Kunz/Wytenbach, s. 190; Koller, s. 259.

⁸⁸ Higi-ZK OR Art. 267, N. 42-43; Kunz/Wytenbach, s. 190; Yavuz/Acar/Özen, s. 530.

⁸⁹ Higi-ZK OR Art. 267, N. 43.

varlığı kabul edilir⁹⁰. Bu nedenle, kiracı, çatılı taşınmaz kiralalarında kiralananın anahtarını taşınmazın bulunduğu yerde kiraya verene teslim etmekle ya da taşınmazın bulunduğu yerdeki bir notere teslim ederek kiraya verene bildirim de bulunmakla yükümlüdür.

Taraflar arasında kiralananın geri verileceği yere ilişkin açık ya da örtülü bir anlaşmanın bulunmaması durumunda, Türk Borçlar Kanunu'nun yedek hüküm niteliğindeki 89. maddesi uygulanır. TBK m. 89/T'in 2. bendi uyarınca kiralanan, kira sözleşmesinin kurulduğu sırada kiralanan şey nerede bulunuyorsa orada geri verilmelidir⁹¹. Sözleşmenin kurulduğu sırada, kiralananın nerde olduğu kiracı ve/veya kiraya veren tarafından bilinmiyorsa yahut henüz kiralanan mal mevcut değilse, taraflar arasında kiralananın kiracıya teslim edildiği yerde geri verileceğine ilişkin örtülü bir anlaşmanın var olduğu kabul edilir⁹².

C. Geri Verme Borcunun Yerine Getirileceği Zaman

1. Genel Olarak

Geri verme borcunun yerine getirileceği zamanı taraflar aralarında serbestçe belirleyebilir⁹³. Söz konusu belirleme, belirli bir tarihin kararlaştırılması şeklinde olabileceği gibi, belirli bir sürenin kararlaştırılması biçiminde de olabilir. Hatta taraflar kiralananın kademeli olarak iade edilmesi konusunda da anlaşabilir ve söz konusu iadenin gerçekleştirileceği tarihleri düzenleyebilir⁹⁴.

Taraflar arasında, geri verme borcunun yerine getirileceği zamana ilişkin bir anlaşmanın bulunmaması durumunda, geri verme borcu, kira sözleşmesinin sona ermesiyle muaccel olur⁹⁵. Bu nedenle, geri verme borcunun yerine

⁹⁰ Higi-ZK OR Art. 267, N. 45; Yavuz/Acar/Özen, s. 530.

⁹¹ Honsell/Vogt/Wiegand-BK Art. 267, N. 2; SVIT-Komm, OR Art. 267, N. 4; Higi-ZK OR Art. 267, N. 46; Koller, s. 259; Heinrich-CHK OR Art. 267-267a, N. 2.

⁹² Higi-ZK OR Art. 267, N. 47.

⁹³ Honsell/Vogt/Wiegand-BK Art. 267, N. 2a; SVIT-Komm, OR Art. 267, N. 5; Higi-ZK OR Art. 267, N. 49; Kunz/Wyttenbach, s. 190; Heinrich-CHK OR Art. 267-267a, N. 2; Koller, s. 259.

⁹⁴ Higi-ZK OR Art. 267, N. 47.

⁹⁵ Aydemir, E.: **Yeni Türk Borçlar Yasasına Göre Kira Hukuku**, Ankara 2012, s. 93; Higi-ZK OR Art. 267, N. 48; Heinrich-CHK OR Art. 267-267a, N. 2; Permann-OFK OR Art. 267, N. 2; Arpacı(Hatemi/Serozan), s. 204; Tandoğan, s. 184; Yavuz/Acar/Özen, s. 530; Gümüş, s. 240; İnceoğlu, s. 492. Nitekim Yargıtay da kira sözleşmesi sona ermeden geri verme borcunun doğmayacağını kabul etmektedir (Yargıtay 6. H. D., 2.3. 2010 tarihli, E. 2009/1339, K. 2010/2166 sayılı kararı; Yargıtay 6. H. D., 16.3. 2010 tarihli, E. 2009/12826,

getirileceği zamanın belirlenebilmesi için kira sözleşmesinin sona erdiği tarihin tespit edilmesi önem taşımaktadır. Kira sözleşmesinin sona erme tarihi ise kira sözleşmesinin türüne (belirli süreli kira sözleşmesi-TBK m. 327; belirsiz süreli kira sözleşmesi-TBK m. 328-330) ve taraflarca belirlenen ya da kanun tarafından düzenlenen sona erdirmeye şekline (fesih bildirimi yoluyla sona erdirmeye-TBK m. 329-330; fesih hakkının kullanılması yoluyla sona erdirmeye-TBK m. 332 vb.) yahut sona erdirmeye türüne (ikale sözleşmesiyle sona erdirmeye vb.) bağlıdır⁹⁶.

Öğretide geri verme borcunun kira sözleşmesinin son gününde mi yoksa kira sözleşmesinin bitim tarihinin ertesi gününde mi yerine getirileceği konusunda görüş birliği bulunmamaktadır. Öğretide bir görüş⁹⁷, geri vermenin kira sözleşmesinin bitim tarihinin ertesi günü yerine getirilmesi gerektiğini kabul etmekteyken; diğer bir görüş⁹⁸, geri vermenin kira sözleşmesinin son gününde iş saatleri içinde yerine getirilmesi gerektiğini kabul etmektedir. Gerçekten de, belirtildiği üzere kiralananı geri verme borcu, kira sözleşmesinin sona ermesiyle muaccel olmaktadır. Dolayısıyla kira sözleşmesinin sona erdiği gün, geri verme borcunun da muaccel olduğu gündür⁹⁹. Geri verme borcu kira sözleşmesinin son günü muaccel olduğundan, aynı gün yerine getirilmelidir. Örneğin, belirli süreli bir kira sözleşmesinde, kira sözleşmesinin süresi son günün gelmesiyle ya da son saatin dolmasıyla sona ermektedir¹⁰⁰. Bu nedenle, geri verme borcu, son günün bitmesinden önce ya da son saatin dolmasından önce yerine getirilmek zorundadır. Aksi hâlde kiracı kiralananı kendisine tanıyan süreden fazla elinde bulundurmuş olur. Bunun yanında, kiralananın kira sözleşmesinin son günü iade edilmesinin kabul edilmesi durumunda, kiraya veren kiralananı kira sözleşmesinin bitiminde geri alma ve hemen ertesi gün yeniden kiralama imkânını elde etmektedir. Söz konusu imkân tanınmazsa, kiraya verenin en az bir günlük kira kaybı söz konusu olur ki, bu durum aylık olarak kiraya verilen bir daire bakımından yılda on iki günlük kira kaybına yol

K. 2010/2853 sayılı kararı; Yargıtay 6. H. D., 27.10. 2011 tarihli, E. 2011/11704, K. 2011/11794 sayılı kararı (www.kazanci.com).

⁹⁶ Higi-ZK OR Art. 267, N. 50.

⁹⁷ Gümüş, s. 240; Yavuz/Acar/Özen, s. 530; Aydoğdu/Kahveci, s. 566.

⁹⁸ Honsell/Vogt/Wiegand-BK Art. 267, N. 2a; SVIT-Komm, OR Art. 267, N. 5; Higi-ZK OR Art. 267, N. 54; Permann-OFK OR Art. 267, N. 3; Kunz/Wyttenbach, s. 190; Heinrich-CHK OR Art. 267-267a, N. 2; Koller, s. 259; Tandoğan, s. 184; Eren, s. 390; İnceoğlu, s. 492.

⁹⁹ Higi-ZK OR Art. 267, N. 48.

¹⁰⁰ Higi-ZK OR Art. 267, N. 51.

açabilir. Ayrıca taşıt kiralarda olduğu gibi kısa süreli kira sözleşmelerinde, kiralananın kira sözleşmesinin son gününü izleyen günde geri verilmesi işin niteliğine aykırıdır. Dolayısıyla üç günlük bir otomobil kirasında, otomobilin dördüncü günde değil, üçüncü günün sonunda iade edilmesi, geri verme borcunun zamanında yerine getirildiğinden söz edilebilmesi bakımından önemlidir.

2. Kiralananın Erken Geri Verilmesi

Kiralananın erken geri verilmesi, kiralananın kira sözleşmesinin sona ermesinden önce, diğer bir deyişle kira sözleşmesinin son gününden önceki bir tarihte, geri verilmesini ifade eder. TBK m. 96 uyarınca, sözleşmenin hükümlerinden veya özelliğinden ya da durumun gereğinden tarafların aksini kastettikleri anlaşılmadıkça borçlu, edimini sürenin sona ermesinden önce ifa edebilir. Bu nedenle, kiraya veren kural olarak, kira sözleşmesinin bitiminden önce, kendisine kuralına uygun olarak (örneğin, borcun ifa yerinde ve alışıl-gelmiş zamanda) sunulan kiralananı almaktan kaçınmaz¹⁰¹.

Taraflar aksine anlaşmadıkça ya da durumun gereğinden anlaşılmadıkça kiracının kiralananı kullanma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bununla birlikte, kiracının kiralananı kullanma yükümlülüğünün bulunması durumunda, kiracının kiralananı erken geri vermesi, kira sözleşmesine aykırılık oluşturur ve kiracının sözleşmeye aykırılık nedeniyle sorumlu olması sonucunu doğurabilir. Ancak kiracının TBK md. 325 gereğince, kiraya verenden kabul etmesi beklenebilecek, ödeme gücüne sahip ve kira ilişkisini devralmaya hazır yeni bir kiracı bulması durumunda, kiracı kiralananı erken geri vermiş olsa bile, kiraya verene karşı borçlarından kurtulur. Kiracının kiralananı kullanma yükümlülüğünün bulunmadığı kira sözleşmelerinde ise, kiracı, yerine başka birini bulmaksızın kiralananı geri verebilir¹⁰². Bu durumda, TBK m. 325 uyarınca, kiracının kira sözleşmesinden doğan borçları kiralananın benzer koşullarla kiraya verilebileceği makul bir süre için devam eder. Kiracının makul sürenin geçmesinden önce kiraya verenden kabul etmesi beklenebilecek, ödeme gücüne sahip ve kira ilişkisini devralmaya hazır yeni bir kiracı bulması hâlinde ise, kiracının kira sözleşmesinden doğan borçları sona erer.

¹⁰¹ Hıgi-ZK OR Art. 267, N. 68. Luzern Yüksek Mahkemesi de bir kararında, kiraya verenin erken geri verme teklifini reddedemeyeceğine hükmetmiştir (LU 12.12. 2011, MP, 4/2012, s. 279).

¹⁰² Kunz/Wyttenbach, s. 194.

3. Kiralananın Geç Geri Verilmesi

Kiracının kiralananı, tam zamanında geri vermemesi durumunda, kiralananın geç geri verilmesinden söz edilir¹⁰³. TBK m. 117/I uyarınca, muaccel borcun borçlusu ancak alacaklının ihtarıyla temerrüde düşer. Ancak kiracının kiralananı geri verme borcunda temerrüde düşmesi için kiraya verenin ihtarına gerek yoktur. Zira TBK m. 117/II uyarınca, borcun ifa edileceği günün birlikte belirlenmesi veya sözleşmede saklı tutulan bir hakka dayanarak taraflardan birince usûlüne uygun bir bildirimde bulunmak suretiyle tespit edilmesi durumunda, bu günün geçmesiyle borçlu kendiliğinden temerrüde düşmüş olur. Kira sözleşmesinde, kiracının kiralananı geri verme borcunu yerine getireceği gün ya taraflar arasında geri verme zamanına ilişkin olarak yapılan bir anlaşmayla ya da kira sözleşmesinin feshi kapsamında belirlendiğinden, kiracının temerrüdü için kiraya verenin ihtarına gerek bulunmamaktadır¹⁰⁴.

Kiralananı geri verme borcunun zamanında yerine getirilmemesi, diğer bir deyişle kiralananın geç geri verilmesi, kira sözleşmesine aykırılık oluşturur. Bu nedenle, kusuruyla kiralananı geç geri veren kiracı, kiraya verenin zararını gidermekle yükümlüdür (TBK m. 118)¹⁰⁵. Kiraya verenin tazmin edilecek zararının kapsamında her şeyden önce, kiralananın geri verilmesi gereken zaman ile gecikmiş geri verme zamanı arasındaki dönem için önceki kira bedeli esas alınarak hesaplanan miktar yer alır¹⁰⁶. Bunun dışında kiracı, TBK m. 118 uyarınca kiraya verenin kiralananın geç geri verilmesi nedeniyle uğradığı diğer bütün zararları da gidermekle yükümlüdür¹⁰⁷. Bu zararların başında kiraya verenin kiralananın geç geri verilmesi nedeniyle yapmış olduğu mas-

¹⁰³ SVIT-Komm, OR Art. 267, N. 6; Higi-ZK OR Art. 267, N. 58.

¹⁰⁴ Higi-ZK OR Art. 267, N. 59; İnceoğlu, s. 493.

¹⁰⁵ Öğretide, önceki kiracının kiralananı geç geri vermesi nedeniyle ayrıca doğrudan doğruya sonraki kiracıya karşı haksız fiilden kaynaklanan tazminat sorumluluğunun bulunduğu ilişkin görüşler de bulunmaktadır (Kunz/Wyttenbach, s. 193).

¹⁰⁶ Honsell/Vogt/Wiegand-BK Art. 267, N. 2a; SVIT-Komm, OR Art. 267, N. 6; Higi-ZK OR Art. 267, N. 58; Heinrich-CHK OR Art. 267-267a, N. 2; Kunz/Wyttenbach, s. 192; Eren, s. 391. Krş. Gümüş, s. 237; Yavuz/Acar/Özen, s. 530. Yargıtay da, kiralananın geç geri verilmesi hâlinde, kiraya verenin zararının hesaplanmasında kiralananın geri verilmesi gereken zaman ile geri verilme zamanı arasındaki süreçte kiraya verenin yoksun kaldığı kira gelirini esas almaktadır (Yargıtay 6. H. D., 3.6. 2014 tarihli, E. 2014/2794, K. 2014/7241sayılı kararı (www.kazanci.com)).

¹⁰⁷ Honsell/Vogt/Wiegand-BK Art. 267, N. 2a; SVIT-Komm, OR Art. 267, N. 6; Higi-ZK OR Art. 267, N. 58; Tandoğan, s. 184; Gümüş, s. 237; Yavuz/Acar/Özen, s. 530.

raflar¹⁰⁸ ve kiraya verenin kiralananı başkasına kiralamasına rağmen kiralananı ona teslim edememesi nedeniyle ödemek zorunda kaldığı tazminat¹⁰⁹ gelir. Ayrıca kiraya veren kiralananı başkasına önceki kira bedelinden daha yüksek bir bedelle kiralamışsa ya da daha yüksek bedelle kiralayabilecek olduğunu ispat edebiliyorsa, söz konusu kira bedelleri arasındaki farkı, kiralananı zamanında iade etmeyen kiracıdan talep edebilir¹¹⁰. TBK m. 112 gereğince, kiracı söz konusu tazminat yükümlülüğünden ancak kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmek suretiyle kurtulabilir. Kiralananı zamanında iade etmeyerek temerrüde düşen kiracı, kiralananın büyük bir yangında yanarak zarar görmesi gibi beklenmedik hâllerden de sorumlu olur (TBK m. 119/I)¹¹¹. Kiracı, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını veya borcunu zamanında ifa etmiş olsaydı bile beklenmedik hâlin ifa konusu şeye zarar vereceğini ispat ederek bu sorumluluktan kurtulabilir (TBK m. 119/II)¹¹².

Türk Borçlar Kanunu m. 327/I uyarınca, belirli süreli kira sözleşmelerinde kira sözleşmesi, belirlenen sürenin sonunda kendiliğinden sona erer. Bu durumda kiracının kiralananı geri verme borcu muaccel olur. Ancak buna rağmen kiracı kiralananı kullanmaya devam ederse ve kiraya veren de kiralananın geri verilmesini talep etmezse TBK m. 327/II uyarınca tarafların açık bir anlaşma olmaksızın kira ilişkisini sürdürmesi söz konusu olur ve kira sözleşmesi belirsiz süreli kira sözleşmesine dönüşür. Böyle bir durumda kiracının tazminat ödeme yükümlülüğü bulunmadığı gibi, kiralananı geri verme yükümlülüğü de ancak taraflar arasındaki belirsiz süreli kira sözleşmesinin bitiminde doğar.

Kiralananın aynı kira sözleşmesiyle birden fazla kiracıya kiralınması durumunda kural olarak kiracıların tamamı kiralananın zamanında geri verilmemesi nedeniyle müteselsilen sorumludur. Dolayısıyla kiraya veren TBK m. 163 uyarınca, kiralananın geç geri verilmesinden doğan zararının giderilmesini kiracıların tamamından ya da bir kısmından isteyebilir¹¹³.

¹⁰⁸ Higi-ZK OR Art. 267, N. 58; Kunz/Wytenbach, s. 193.

¹⁰⁹ SVIT-Komm, OR Art. 267, N. 6; Higi-ZK OR Art. 267, N. 58; Kunz/Wytenbach, s. 193; Yavuz/Acar/Özen, s. 531.

¹¹⁰ SVIT-Komm, OR Art. 267, N. 6; Kunz/Wytenbach, s. 193; Yavuz/Acar/Özen, s. 531.

¹¹¹ SVIT-Komm, OR Art. 267, N. 6; Higi-ZK OR Art. 267, N. 58.

¹¹² SVIT-Komm, OR Art. 267, N. 6; Kunz/Wytenbach, s. 193.

¹¹³ Schmid, J., s. 35; Schmid, H., s. 356.

IV. GERİ VERMEDE KİRAYA VERENİN YÜKLERİ

A. Kiraya Verenin Kiralananı Geri Alma Yükü

Kira sözleşmesinin bitiminde kiraya verenin kiralananı geri alması gerekir. Kiraya verenin kendisine teklif edilen kiralananı haklı bir neden olmaksızın reddetmesi durumunda TBK m. 106 ve devamında düzenlenen alacaklının temerrüdü hükümleri uygulanır¹¹⁴. Bunun için, kiralananın kiraya verene usûlüne uygun bir biçimde önerilmesi zorunludur. Dolayısıyla, kiracının geri verme ediminin ifasını sözleşmede kararlaştırılan biçimde, ifa yerinde ve zamanında önermiş olması gerekmektedir¹¹⁵. Kiraya veren erken geri verilmek istendiği gerekçesiyle kiralananı teslim almaktan kaçınmaz. Kiraya verenin, kendisine teklif edilen kiralananı ayıplı olduğu gerekçesiyle teslim almaktan kaçınması da alacaklının temerrüdüne düşmesine yol açabilir¹¹⁶.

Taşınmaz kiralarda kiraya verenin alacaklının temerrüdüne düşmesinden söz edilebilmesi için aksine anlaşma olmadıkça kiracının kiraya vereni sözlü olarak almaya çağırması yeterlidir. Buna karşılık, götürülecek borçlarda kiracının kiralananı kiraya verenin yerleşim yerine kadar götürerek burada geri vermeyi fiilî olarak teklif etmesi gerekir¹¹⁷.

Kiraya verenin, geri verme işleminin gerçekleştirilebilmesi için kendisi tarafından yerine getirilmesi gereken işlemleri yapmaması ya da işlemlerin yapılmasına katılmaması da, alacaklı temerrüdüne düşmesine neden olur¹¹⁸.

Alacaklının temerrüdü nedeniyle kiracının kiralananı zamanında geri verememesi durumunda, kiraya veren kiralananın geç geri verilmesi nedeniyle sahip olduğu tazminat hakkını yitirir¹¹⁹. Bununla birlikte, kiraya verenin alacaklının temerrüdüne düşmesi, kiracının kiralananı kullanabileceği anlamına gelmez. Nitekim kiracının geri verme borcu henüz sona ermiş değildir. Kiracı geri verme borcundan ancak TBK m. 107/I uyarınca, hasar ve giderleri kiraya verene ait olmak üzere, kiralananı tevdi ederek kurtulabilir. TBK m. 107/I uya-

¹¹⁴ Higi-ZK OR Art. 267, N. 62; Koller, s. 264; Kunz/Wyttenbach, s. 196.

¹¹⁵ Higi-ZK OR Art. 267, N. 62.

¹¹⁶ Honsell/Vogt/Wiegand-BK Art. 267, N. 3a; SVIT-Komm, OR Art. 267, N. 8; Higi-ZK OR Art. 267, N. 63; Kunz/Wyttenbach, s. 196.

¹¹⁷ Higi-ZK OR Art. 267, N. 62.

¹¹⁸ Higi-ZK OR Art. 267, N. 65.

¹¹⁹ SVIT-Komm, OR Art. 267, N. 8; Higi-ZK OR Art. 267, N. 61; Kunz/Wyttenbach, s. 196; Yavuz/Acar/Özen, s. 531.

rınca, tevdi yerini, kiralananın geri verileceği yerdeki hâkim belirler. Ayrıca, kiralanan ticarî mal niteliğindeyse, kiracı hâkim kararı olmadan da kiralananı bir ardiyeye tevdi edilebilir. Bunun dışında, kiraya verenin anahtarı almaktan kaçınması durumunda kiracı anahtarı notere teslim edebilir¹²⁰ ya da iadeli taahhütlü mektupla kiraya verene yollayabilir¹²¹. Kiracı bu nedenle yapmış olduğu masrafların ödenmesini kiraya verenden talep edebilir.

Kiracının, kiraya verenin alacaklı temerrüdüne düşmesinden sonra kiralananı kullanmaya devam etmesi, haksız zenginleşmesine neden olur. Bu nedenle, kiraya veren haksız zenginleşme hükümlerine dayanarak (TBK m. 77 vd.) kiracıdan söz konusu kullanımın karşılığında kendisine bir bedel ödenmesini talep edebilir¹²². Ayrıca kiracı geri verme borcunu yerine getirmediği sürece kiralananı, masrafları kiraya verene yükletilmek üzere, korumakla da yükümlüdür¹²³.

Belirli süreli kira sözleşmelerinde kira süresinin dolması sonucunda kiracının kiralananı geri verme borcu muaccel olur da kiracı kiralananı kullanmaya devam ederse ve kiraya veren de kiralananın geri verilmesini talep etmezse, TBK m. 327/II uyarınca kira sözleşmesi belirsiz süreli kira sözleşmesine dönüşür. Bu durumda, kiracının haksız zenginleşmesinden söz edilemez; ancak kiracının kira bedelini ödeme borcu başta olmak üzere kira sözleşmesinden doğan tüm borçlarını yerine getirmesi gerekir.

B. Kiraya Verenin Kiralananı Gözden Geçirme ve İhbar Yükü

1. Genel Olarak

Kanun koyucu, TBK m. 335'te kiraya verene kiralananın geri verilmesinde kiralananı gözden geçirme ve kiracıya ayıpları ihbar etme yükü yüklemiştir. Bu hüküm uyarınca, kiraya verenin, kiralananın geri verilmesi sırasında onun durumunu gözden geçirmesi ve kiracının sorumlu olduğu ayıpları ona hemen yazılı olarak bildirmesi gerekir. Bu bildirim yapılmadığı takdirde, kiracı her türlü sorumluluktan kurtulur. Bununla birlikte, teslim alma sırasında

¹²⁰ Yargıtay 6. H. D., 16.4. 2015 tarihli, E. 2015/2916, K. 2015/3833 sayılı kararı; Yargıtay 6. H. D., 26.11. 2015 tarihli, E. 2015/7726, K. 2015/10472 sayılı kararı; Yargıtay 6. H. D., 28.1. 2016 tarihli, E. 2015/2812, K. 2016/569 sayılı kararı (www.kazanci.com).

¹²¹ Kunz/Wyttenbach, s. 196. Yargıtay da bir kararında anahtarın iadeli taahhütlü mektupla gönderilmesini geçerli saymıştır (Yargıtay 6. H. D., 29.3. 2011 tarihli, E. 2010/13197, K. 2011/3850 sayılı kararı (www.kazanci.com)).

¹²² Higi-ZK OR Art. 267, N. 61; Kunz/Wyttenbach, s. 197; Yavuz/Acar/Özen, s. 531.

¹²³ Koller, s. 264.

olağan inceleme ile belirlenemeyecek olan ayıpların varlığı hâlinde, kiracının sorumluluğu devam eder. Kiraya verenin, bu tür ayıplar sonradan ortaya çıkarsa bunları da kiracıya hemen yazılı olarak bildirmesi gerekir.

Kanun koyucu TBK m. 335'te kiralayana iki ayrı yük getirmiştir. Bu yüklerden ilki kiralananın geri verilmesinde kiralananı gözden geçirme yükü, diğeri ise söz konusu gözden geçirme sırasında belirlediği ya da sonradan ortaya çıkan ayıpları gecikmeksizin kiracıya bildirme yüküdür. Her ne kadar TBK m. 335'te "*Kiraya veren... kiralananın durumunu gözden geçirmek ve... ayıpları ona hemen yazılı olarak bildirmek zorundadır.*" ve "*Kiraya veren, bu tür eksiklikleri ve ayıpları belirlediğinde, kiracıya hemen yazılı olarak bildirmek zorundadır.*" ifadeleri kullanılmış olsa da, kiraya verenin kiralananın geri verilmesinde onu gözden geçirmesi ve varsa ayıpları ihbar etmesi bir borç değil; yükür¹²⁴. Dolayısıyla, kiraya verenin söz konusu yüklerini yerine getirmemesi kiracıya karşı sorumlu olması sonucunu doğurmaz; bir tazminat istemine yol açmaz. Aksine kiraya verenin yerine getirmesi gereken yükü yerine getirmemesi, onun bazı haklarını kaybetmesine neden olur. Nitekim kanun koyucu, kiraya veren tarafından söz konusu bildirim yapılmazsa kiracı her türlü sorumluluktan kurtulur, demek suretiyle bu durumu açıkça ortaya koymuştur.

Kiraya verenin kiralananı gözden geçirme ve ihbar yükünü düzenleyen TBK m. 335, bütün kira ilişkilerine uygulanabilir bir hüküm niteliğindedir¹²⁵. Ayrıca TBK m. 335'in uygulanması, kiralananın geri verilmesinde kiracının kendisinin yarattığı sakatlıklardan bağımsızdır. Bu bağlamda, TBK m. 335'in uygulanabilmesi için geri vermenin erken veya geç; tam ya da kısmî olması önem taşımaz¹²⁶. Önemli olan kiralananın geri verilmesi ve kiraya veren tarafından geri alınmasıdır.

Türk Borçlar Kanunu'nun 335. maddesi nisbî emredici nitelikte bir hükümdür. Dolayısıyla tarafların söz konusu hükmün aksini kiracı aleyhine olacak şekilde kararlaştırmaları mümkün değildir¹²⁷.

¹²⁴ Honsell/Vogt/Wiegand-BK Art. 267a, N. 5; Heinrich-CHK OR Art. 267-267a, N. 9; SVIT-Komm, OR Art. 267, N. 1; Higi-ZK OR Art. 267a, N. 7; Gümüş, s. 241; Yavuz/Acar/Özen, s. 534; Aydoğdu/Kahveci, s. 568.

¹²⁵ SVIT-Komm, OR Art. 267, N. 3; Higi-ZK OR Art. 267a, N. 3; Permann-OFK OR Art. 267a, N. 1; Yavuz/Acar/Özen, s. 534.

¹²⁶ Higi-ZK OR Art. 267a, N. 4.

¹²⁷ Heinrich-CHK OR Art. 267-267a, N. 1; SVIT-Komm, OR Art. 267, N. 1; Higi-ZK OR Art. 267a, N. 5; Gümüş, s. 241; Yavuz/Acar/Özen, s. 534. Krş. Honsell/Vogt/Wiegand-BK Art. 267a, N. 1.

2. Kiraya Verenin Kiralananı Gözden Geçirme Yükü

Türk Borçlar Kanunu m. 335 uyarınca, kiraya verenin kiralananı “*kiralananın geri verilmesi sırasında*” gözden geçirmesi gerekir. Dolayısıyla kiralanın henüz kiraya verenin hâkimiyetine girmemişse, kiraya verenin kiralananı gözden geçirme yükünden söz edilemez. Kiraya veren, kiralananı gözden geçirme işlemini, kiralanın fiilen geri verildiği anda ya da geri vermenin hemen ardından gerçekleştirmelidir¹²⁸. İhtilâf konusu olması durumunda, gözden geçirmenin geri vermenin hemen ardından gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğini hâkim somut olayın özelliklerine göre takdir etmelidir.

Kiraya verenin kiralananı teslim alır almaz derhâl gözden geçirmesi gerekliliği bakımından, kira sözleşmesinin ne zaman sona erdiği yahut kiralananın erken veya geç teslim edilmiş olması önem taşımaz¹²⁹. Önemli olan kiralananın gerçek anlamda teslim edilmiş olmasıdır. Kiralananın anahtarlarının notere veya tayin edilen tevdi yerine bırakılması yahut iadeli taahhütlü mektupla yollanması durumunda, kiralananın geri verildiği tarih, anahtarın bırakıldığına ilişkin bildirimin kiraya verene ulaştığı tarih olduğundan, kural olarak kiraya veren gözden geçirme işlemini bildirimini alır almaz gerçekleştirmelidir. Bununla birlikte, kiraya veren söz konusu bildirimini henüz almadan kiralanayı fiilen teslim almışsa, gözden geçirme işlemini yine derhâl yerine getirmelidir¹³⁰.

Kiraya verenin kiralananı gözden geçirmesi, kiralananın olağan bir biçimde incelenmesini ifade eder. Gerçekten de, TBK m. 335’in 3. cümlesinde teslim alma sırasında “*olağan incelemeyle*” belirlenemeyecek olan ayıplardan söz edilmektedir. Dolayısıyla kiraya veren tarafından yapılacak olan inceleme olağan bir incelemedir ve kiraya verenin söz konusu incelemeyi yüksek

¹²⁸ Honsell/Vogt/Wiegand-BK Art. 267a, N. 3; Higi-ZK OR Art. 267a, N. 14; Gümüş, s. 242. Yargıtay da, kiraya verenin kiralananı gözden geçirme yükü gerçekleştirmesi bakımından kiralananın geri verildiği, diğer bir deyişle yasal teslimin gerçekleştiği tarihi esas almaktadır (Yargıtay 6. H. D., 3.11. 2015 tarihli, E. 2014/12389, K. 2015/9340 sayılı kararı; Yargıtay 6. H. D., 1.12. 2016 tarihli, E. 2016/8966, K. 2016/5870 sayılı kararı (www.kazanci.com)).

¹²⁹ Higi-ZK OR Art. 267a, N. 14.

¹³⁰ Yargıtay da bir kararında, “...*kiralanayı tahliye ederek, kiralanana ait anahtarları... tarihli emanet tutanağı ile notere teslim etmiştir. Emanet tutanağının davacıya hangi tarihte tebliğ edildiği dosya kapsamından anlaşılamamaktadır ancak davacı... tarihinde kiralananda tespit yaptırmış olup bu durumda kiralananın anahtarlarının en geç bu tarihte davacıya teslim edildiğinin kabulü gerekir.*” Yargıtay 6. H. D., 4.12. 2016 tarihli, E. 2015/9403, K. 2016/5635 sayılı kararı (www.kazanci.com).

derecede dikkat ve özenle detaylı bir biçimde yapması beklenmemektedir¹³¹. Kiraya verenin kiralananın incelenmesinde göstereceği özenin ölçüsü, satış sözleşmesinde alıcıdan beklenen özenin ölçüsünden (TBK 223) daha hafiftir¹³². Bu nedenle, kiraya verenin somut olayın koşullarına göre dürüst bir kiraya verenden beklenebilen özeni göstermesi yeterlidir. Kural olarak kiraya verenin gözle yaptığı genel bir inceleme yeterlidir. Ancak somut olayın özelliğine göre kiraya verenin teknik araçlarla kiralananın işlevini yerine getirip getirmediğini kontrol etmesi de kendisinden beklenebilir¹³³.

Kiraya veren kendisine geri verilen kiralananın tamamını gözden geçirmelidir¹³⁴. Kiralananın bir kısmı geri verildiyse, kiraya verenin kiralananı gözden geçirme yükü sadece kendisine verilen kısım ile sınırlıdır¹³⁵.

Kiraya veren kiralananı bizzat gözden geçirmek zorunda değildir¹³⁶. Bu bağlamda kiraya veren, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu¹³⁷ m. 400 ve devamında düzenlenen delil tespitine ilişkin hükümler gereğince mahkemeye başvurabilir ya da 1512 sayılı Noterlik Kanunu¹³⁸ m. 61 uyarınca noterden, geri verilen kiralananın durumunun tespitini isteyebilir.

Kiraya verenin kiralananın geri verilmesi sırasında yapacağı olağan inceleme kiralananındaki “*ayıpların*” bulunmasına yöneliktir¹³⁹. Bu bağlamda,

¹³¹ Higi-ZK OR Art. 267a, N. 14.

¹³² Honsell/Vogt/Wiegand-BK Art. 267a, N. 3; Gümüş, s. 242; Aydoğdu/Kahveci, s. 569.

¹³³ Higi-ZK OR Art. 267a, N. 10.

¹³⁴ SVIT-Komm, OR Art. 267, N. 35; Higi-ZK OR Art. 267a, N. 8.

¹³⁵ Higi-ZK OR Art. 267a, N. 8.

¹³⁶ Higi-ZK OR Art. 267a, N. 9.

¹³⁷ RG. 4. 2. 2011, S. 27836.

¹³⁸ RG. 5. 2. 1972, S. 14090.

¹³⁹ Türk Borçlar Kanunu m. 335'te kanun koyucu her ne kadar “*eksiklikler ve ayıplardan*” söz etmiş olsa da, mehzaz kanunda (İBK m. 267a) sadece ayıplardan söz edilmiş; maddede eksiklik kavramına ise yer verilmemiştir. TBK m. 335'te yer alan eksiklik kavramı niceliğe ilişkin bir yetersizliği çağrıştırdığından, kiralananın kısmen geri verilmesiyle karıştırılmaya müsaittir. Kuşkusuz ki kiralananın kısmen geri verilmesi ayıplı olarak geri verilmesinden oldukça farklıdır. Kiralananın eksik ya da diğer bir deyişle kısmen geri verilmesi durumunda kural olarak geri verme borcunun yerine getirilmemesi söz konusudur. Oysa kiralananın ayıplı olarak geri verilmesi durumunda, kiracı geri verme borcunu yerine getirmekte; ancak kiralananı sözleşmeye aykırı olarak kullanarak onda birtakım eskime ve bozulmaların ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Kiralananın kısmen geri verilmesiyle ayıplı olarak geri verilmesine bağlanan hukuki sonuçlar da farklıdır. Nitekim kiraya verenin kısmen geri vermeyi kabullenmesi, kural olarak onun alacaklının temerrüdüne düşmesine neden olmazken; kiralananın ayıplı olduğu gerekçesiyle kabullenmesi onun alacaklının

kiraya veren, kiralananın kiracıya teslim edilmesiyle geri verilmesi arasındaki dönemde, kiralananın sözleşmeye uygun kullanılmasına dayalı eskime ve bozulmalar dışında kalan olumsuz yöndeki değişiklikleri belirlemeye çalışır¹⁴⁰. TBK m. 335 uyarınca, kiraya veren bu tür ayıpları belirler belirlemez kiracıya durumu bildirmelidir. Bununla birlikte, eskimenin ya da bozukluğun olağan bir incelemeyle tespit edilmesi mümkün olmayabilir. Örneğin, kiralanan otomobilde çizik meydana getirilmesi; ancak bu çiziklerin kapaticıyla kapatılması ya da kiralanan dairenin elektrik sisteminde gözle görülemeyen, sadece elektrikli bir aletin çalıştırılmasıyla ortaya çıkan bir bozukluğun meydana getirilmesi durumunda ayıbın olağan bir incelemeyle belirlenmesi çoğu kez mümkün değildir. İşte olağan bir incelemeyle belirlenemeyen ayıpların varlığı durumunda, gizli ayıptan söz edilir. TBK m. 335 uyarınca, kiraya veren, sonradan ortaya çıkan gizli ayıpları da kiracıya hemen bildirmelidir; aksi hâlde kiracı söz konusu gizli ayıplara ilişkin sorumluluktan kurtulur.

Kiralananın geri verilmesinde, kiracının kiralananı teslim almasında olduğu gibi, kiralananın durumunu belirten, var olan ayıpları içeren bir anlaşma yapma konusunda taraflar serbesttir. Taraflarca kiralananındaki ayıplara ilişkin olarak yapılan anlaşma, kiracı bakımından kiralananındaki ayıplara ilişkin borcun tanınması niteliğindedir¹⁴¹. Böyle bir anlaşma, ayıpların varlığı ve miktarı konusunda tarafların her ikisini de bağlar¹⁴². Bununla birlikte, söz konusu anlaşmanın sadece olağan incelemeyle tespit edilebilecek ayıplara ilişkin olduğu ve gizli ayıpların bu anlaşmanın kapsamında olmadığı kabul edilir¹⁴³. İhtilaf hâlinde taraflar arasında ayıplara ilişkin yapılan anlaşma sadece ispat fonksiyonu taşır¹⁴⁴.

temerrüdüne düşmesine neden olur. Ayrıca TBK m. 335'te yer alan eksiklik ifadesinin nicelikteki bir eksiklik olarak anlaşılması, kiralananın kısmen geri verilmesini hâlinde de kiraya verene gözden geçirme ve ihbar yükü yüklenmesi anlamında gelir ki; bu tür bir yorum maddenin konulma amacına ve hatta malikin mülkiyet hakkına aykırı olur. Zira kiraya verenin söz konusu "eksiklikleri" bildirmemesi durumunda kiracı "her türlü" sorumluluktan kurtulur. Dolayısıyla TBK m. 335'te yer alan "eksiklikler ve ayıplar" kavramından sadece teknik anlamdaki "ayıplar" anlaşılmalıdır.

¹⁴⁰ Gümüş, s. 241.

¹⁴¹ SVIT-Komm, OR Art. 267, N. 37; Higi-ZK OR Art. 267a, N. 20; Kunz/Wytenbach, s. 197.

¹⁴² SVIT-Komm, OR Art. 267, N. 37; Kunz/Wytenbach, s. 197.

¹⁴³ Kunz/Wytenbach, s. 197.

¹⁴⁴ SVIT-Komm, OR Art. 267, N. 37; Higi-ZK OR Art. 267a, N. 20; Kunz/Wytenbach, s. 197.

3. Kiraya Verenin Ayıpları İhbar Yükü

Türk Borçlar Kanunu m. 335 uyarınca, kiraya verenin, geri verme sırasında kiralananın durumunu gözden geçirmesi ve kiracının sorumlu olduğu ayıpları ona “*derhâl*” yazılı olarak bildirmesi gerekir. Bu durumda, kiraya veren kiralanda olağan incelemeyle belirlemiş olduğu ayıpları derhâl kiracıya yazılı olarak bildirmelidir. Bildirimin derhâl yapıldığından söz edilebilmesi için kaç gün içinde yapılması gerektiği konusunda öğretide fikir birliği bulunmamaktadır. Öğretide bir görüş¹⁴⁵, ayıp ihbarının kiralananın geri verilmesinden itibaren kural olarak iki ya da üç iş günü içinde yapılması gerektiğini kabul etmekte iken; diğer bir görüş¹⁴⁶ ayıp ihbarının kiralananın geri verilmesinden itibaren bir hafta içinde yapılması gerektiğini kabul etmektedir. Başka bir görüş ise, kiraya verene tanınacak olan ihbar süresinin belirlenmesinde somut olayın özelliklerinin dikkate alınması gerektiğini kabul etmektedir¹⁴⁷. Gerçekten de, ihbarın derhâl yapılıp yapılmadığını, hâkim somut olayın özelliklerine göre takdir eder.

Kiracının, kiraya verene yeni adresini vermemesi gibi davranışlarla ihbarın derhâl yapılmasını engellemesi durumunda, ihbarın yapılabileceği süre uzar¹⁴⁸. Kiraya verenin kiracının sorumluluğuna¹⁴⁹ gidebilmesi için olağan incelemeyle belirlediği ayıpları derhâl, sonradan ortaya çıkan gizli ayıpları da ortaya çıkar çıkmaz bildirmesi gerekir.

Ayıp ihbarının zamanında yapılmasından söz edilebilmesi için söz konusu ihbara ilişkin bildirimin kiraya veren tarafından zamanında gönderilmiş olması yeterli değildir. Ayrıca bildirimin kiracıya zamanında varmış olması da gerekir. Bu bağlamda, kiraya verenin ayıp ihbarının kiracıya derhâl ulaşmasını sağlaması gerekmektedir. Dolayısıyla ayıp ihbarının zamanında, diğer bir deyişle hemen yapılmasında ihbara ilişkin bildirimin kiracıya varma anı esas alınmalıdır. İhbarın yapılmasında gecikmeye neden olan taraf söz konusu gecikmenin sonuçlarına da katlanır¹⁵⁰.

¹⁴⁵ Higi-ZK OR Art. 267a, N. 33. Benzer olarak, Heinrich-CHK OR Art. 267-267a, N. 9.

¹⁴⁶ SVIT-Komm, OR Art. 267, N. 35.

¹⁴⁷ Honsell/Vogt/Wiegand-BK Art. 267a, N. 3; İnceoğlu, s. 518.

¹⁴⁸ Heinrich-CHK OR Art. 267-267a, N. 9.

¹⁴⁹ Türk Borçlar Kanunu m. 335 uyarınca kiraya veren tarafından ayıplara ilişkin bildirim yapılmazsa, kiracı geri verme borcunun ihlâlinden doğan sorumluluktan kurtulur. Her ne kadar söz konusu bildirim “ayıba ilişkin” bir bildirim ise de, kiralananın geri verilmesinde kiracının ayıba karşı tekeffül sorumluluğu bulunmamaktadır (Yavuz/Acar/Özen, s. 535; Aydoğdu/Kahveci, s. 568-569).

¹⁵⁰ Higi-ZK OR Art. 267a, N. 34-35.

Mehaz kanundan (İBK m. 267a) farklı olarak, TBK m. 335'te ayıbın bildirilmesi bakımından yazılı şekil koşulu öngörülmüştür. TBK m. 14 uyarınca, kiraya veren ayıp ihbarını imzalı bir mektup, imzalı telgraf, teyit edilmiş olmak kaydıyla faks veya buna benzer iletişim araçları ya da güvenli elektronik imza ile gönderilip saklanabilen metinler yoluyla da yapabilir. Ayrıca, kiraya veren ayıp ihbarını noter aracılığıyla da gerçekleştirebilir. Öğretideki bir görüşe göre, ayıbın bildirilmesinde yazılı şeklin konut ve çatılı işyeri kiralari bakımından geçerlilik şekli; diğer kira ilişkilerinde ise ispat şekli olarak kabul edilmesi gerekir¹⁵¹. Öğretide ağır basan bir diğer görüşe göre ise, Kanun'da öngörülen yazılı şekil koşulu, geçerlilik şekli değil ispat şekli olarak kabul edilmelidir¹⁵². Gerçekten de, ayıp ihbarına ilişkin şeklin ispat şekli olarak kabul edilmesi durumunda, söz konusu ihbar ikrar ya da yemin gibi yollarla da ispat olunabilir. Böylece kiraya veren sadece ihbarı yazılı olarak yapmadığı gerekçesiyle kiracının sorumluluğuna gidebilme imkânından mahrum bırakılmamış olur.

Kiraya veren tarafından yapılan ihbarın ayıpları belgeleyici nitelikte olması gerekir. Bu bağlamda kiraya veren, kiracının sorumlu olduğu ayıpları ayrı ayrı, fark edilebilir ya da ayırt edilebilir bir biçimde listelemelidir. Ayrıca kiraya veren tarafından yapılan ayıplara ilişkin ihbarda, kiracıya belirtilen ayıplar yönünden bir başvuruda bulunulacağı, ortalama bir kiracı tarafından anlaşılabilir şekilde ortaya konulmalıdır. Bununla birlikte, gönderilen ihbarda söz konusu ayıplar için talep edilecek olan tazminat miktarının açıkça belirtilmesi zorunlu değildir¹⁵³.

Kiralananın geri verilmesi kapsamında, taraflar aralarında kiralananadaki ayıplara ilişkin olarak bir anlaşma yapmışsa ya da kiracı, kiraya veren tarafından kiralananın geri verilmesi sırasında tutulan ayıba ilişkin tutanağı imzalamışsa, kiraya verenin ayıpları ihbar yükü ortadan kalkar¹⁵⁴.

Ayıp ihbarını zamanında ve usûlüne uygun olarak yapan kiraya veren, Kanun'un kendisine yüklemiş olduğu yükü yerine getirmiş olur ve böylece ihbarda yer alan ayıplar bakımından kiracının tazminat talep edebilir. İhtilâf hâlinde ayıp ihbarının zamanında ve usûlüne uygun olarak yapıldığını ispat

¹⁵¹ Yavuz/Acar/Özen, s. 536

¹⁵² Gümüş, s. 243-244; Aydoğdu/Kahveci, s. 570.

¹⁵³ Higi-ZK OR Art. 267a, N. 26; Kunz/Wyttenbach, s. 199.

¹⁵⁴ Higi-ZK OR Art. 267a, N. 28; Kunz/Wyttenbach, s. 198; Yavuz/Acar/Özen, s. 536, dipnot 472.

yükü kiraya verene aittir. Ancak bundan sonra kiracı, söz konusu ihbarın zamanında veya usûlüne uygun olarak yapılmadığını yahut kiralananın ayıplı olarak geri verilmediğini iddia ve ispat edebilir¹⁵⁵. Söz konusu tazminat sorumluluğu bakımından zamanaşımı, olağan incelemeyle belirlenebilecek ayıplar bakımından ayıp ihbarının yapılmasından; gizli ayıplar bakımından ise ayıbın ortaya çıkmasından ve kiracıya başvurma imkânının doğmasından itibaren 10 yıldır¹⁵⁶.

Ayıp ihbarının zamanında veya usûlüne uygun olarak yapılmaması, diğer bir deyişle ihbarın yapılmasının tamamen ya da kısmen ihmâl edilmesi durumunda, TBK m. 335 uyarınca kiracı her türlü sorumluluktan kurtulur ve dolayısıyla kiraya veren kiralananın geri verilmesindeki ayıplar nedeniyle kiracıdan tazminat talep etme hakkını yitirir¹⁵⁷. Buna karşılık, kiraya verenin kiralananın geri verilmemesi yahut geç geri verilmesi nedeniyle sahip olduğu tazminat hakkı, ayıp ihbarının yapılmamasından etkilenmez¹⁵⁸.

V. KIRACININ KİRALANANI ALDIĞI HÂLİYLE GERİ VERME BORCU VE BU BORCUN YERİNE GETİRİLMEMESİNDEN DOĞAN SORUMLULUĞU

A. Kiracının Kiralananı Aldığı Hâliyle Geri Verme Borcu

TBK m. 334/I'de kiralananın iadesinde kiracının kiralananı hangi durumunda geri vermesi gerektiği düzenlenmiştir. Buna göre, kiracı kiralananı ne durumda teslim almışsa, kira sözleşmesinin bitiminde o durumda geri vermekle yükümlüdür. Ancak, kiracı sözleşmeye uygun kullanım dolayısıyla kiralanda meydana gelen eskimelerden ve bozulmalardan sorumlu değildir.

Kira sözleşmesiyle, kiraya veren kiralananın kullanılmasını veya kullanmayla birlikte ondan yararlanılmasını kiracıya bırakmakta, kiracı da söz konusu kullanım karşılığında kira bedelini kiraya verene ödemektedir. Kira sözleşmesiyle kiralananı kullanma hakkı elde eden kiracının, kiralananı olağan bir biçimde kullanmasının kiralananın eskimesine ya da bozulmasına yol açması doğaldır. Nitekim kiracı kullanım hakkı karşılığında kiraya verene bir bedel ödemektedir. İşte kiracının, kiralananın olağan bir biçimde kullanılması sonucunda ortaya çıkan eskimelerden ve bozulmalardan sorumlu olmama-

¹⁵⁵ Higi-ZK OR Art. 267a, N. 37; Yavuz/Acar/Özen, s. 536.

¹⁵⁶ Higi-ZK OR Art. 267a, N. 37.

¹⁵⁷ Honsell/Vogt/Wiegand-BK Art. 267a, N. 5; Higi-ZK OR Art. 267a, N. 37.

¹⁵⁸ Higi-ZK OR Art. 267a, N. 38.

sı, kiralananın kullanılması karşılığında bir bedel ödenmesinin gereğidir¹⁵⁹. Kiralananın olağan bir biçimde kullanılması sonucunda kiralanda bir değer kaybı meydana gelmiş olsa bile söz konusu kayıp kira bedeli ödenmek suretiyle karşılanmaktadır¹⁶⁰. Dolayısıyla kiraya verenin olağan bir kullanım sonucunda kiralananın değer kaybetmesi durumunda bir zarara uğraması söz konusu değildir¹⁶¹.

Kiracının kiralananı aldığı hâliyle geri vermesi, kiracının kiralananı sözleşmeye uygun olarak kullanılmış ve “*gereken hâllerde*” temizlenmiş bir biçimde geri vermesini ifade eder¹⁶².

Kiracının kiralananı sözleşmeye uygun olarak kullanılmış bir biçimde geri vermesinden söz edilebilmesi için, kiracının sözleşme süresince kiralananı sözleşmede öngörülen biçimde ve olağan bir şekilde kullanmış olması gerekir¹⁶³. Kiralananın sözleşmede öngörülen bir biçimde ve olağan bir şekilde kullanılıp kullanılmadığı, sözleşmede yer alan taraf iradelerinin yorumlanması yoluyla belirlenir¹⁶⁴. Örneğin, taraflar sözleşmede açıkça kiralananın büro, aile konutu ya da fırın olarak kullanılacağını kararlaştırmışlarsa, sözleşmeye uygun bir kullanımdan söz edilebilmesi için, kiralananın büro, aile konutu ya da fırın olarak kullanılması gerekir. Eğer taraflar sözleşmede açıkça kiralananın kullanım amacını kararlaştırmamışlarsa, kiralananın kullanım amacı, sözleşmenin kurulması sırasındaki tüm koşullar dikkate alınarak tarafların iradelerine göre belirlenir ve kiracının kiralananı bu amaca uygun olarak kullanıp kullanmadığı tespit edilir¹⁶⁵.

¹⁵⁹ Honsell/Vogt/Wiegand-BK Art. 267, N. 4; Heinrich-CHK OR Art. 267-267a, N. 5; Higi-ZK OR Art. 267, N. 79; Yavuz/Acar/Özen, s. 532.

¹⁶⁰ SVIT-Komm, OR Art. 267, N. 18; Kunz/Wyttenbach, s. 200; İnceoğlu, s. 509.

¹⁶¹ Kunz/Wyttenbach, s. 200.

¹⁶² Koller, s. 261. Krş. Yavuz/Acar/Özen, s. 533-534.

¹⁶³ Higi-ZK OR Art. 267, N. 85; Kunz/Wyttenbach, s. 200. Yargıtay da TBK m. 334/I uyarınca, kiracının olağan kullanım sonucu meydana gelen yıpranmadan (Yargıtay 6. H. D., 28.4. 2016 tarihli, E. 2016/3982, K. 2016/3516 sayılı kararı; Yargıtay 6. H. D., 3.12. 2016 tarihli, E. 2015/10242, K. 2016/5593 sayılı kararı (www.kazanci.com) ve sözleşme sınırları içinde kiralananın yararlanılması sonucu meydana gelen yıpranma ve bozulmalardan (Yargıtay 6. H. D., 12.4. 2016 tarihli, E. 2015/6352, K. 2016/2969 sayılı kararı; Yargıtay 6. H. D., 9. 2. 2016 tarihli, E. 2015/10190, K. 2016/710 sayılı kararı (www.kazanci.com) sorumlu olmadığını kabul etmektedir.

¹⁶⁴ SVIT-Komm, OR Art. 267, N. 10; Yavuz/Acar/Özen, s. 532.

¹⁶⁵ Kunz/Wyttenbach, s. 200. Yargıtay da olağan kullanımın belirlenmesinde kiralananın kullanım amacının önem taşıdığını kabul etmektedir (Yargıtay 6. H. D., 4.11. 2015 tarihli, E. 2014/12604, K. 2015/9398 sayılı kararı; Yargıtay 6. H. D., 23.10. 2014 tarihli, E. 2014/8978,

Kiralananın sözleşmede öngörülen biçimde ve olağan bir şekilde kullanılıp kullanılmadığının tespitinde kira süresi de önemli bir rol oynar. Özellikle kiralananda meydana gelen eskimenin sözleşmeye uygun kullanımın sonucunda oluşup oluşmadığının belirlenmesinde, kira süresi dikkate alınır. Bu bakımdan, kısa süreli kiralarda (örneğin, iki haftalık bir tatil için bir villanın ya da iki günlük bir gezi için bir motosikletin kiralanmasında) kiralananda meydana gelen eskime kural olarak olağan bir kullanımın sonucu değildir¹⁶⁶.

Kiracının sorumlu tutulamayacağı olağan kullanımdan kaynaklanan eskime ve bozulmalar, kira sözleşmesine, kiralananın kullanım amacına, kira süresine ve somut olayın özelliğine göre belirlenmelidir. Örneğin, kiralanın taşınmaz eski bir daire ise olağan kullanımdan kaynaklanan eskime payı yeni bir daireye nazaran daha fazla olur¹⁶⁷.

Kiracının kiralananı aldığı hâliyle geri verme borcu kapsamında, taraflar arasında kiralananın hangi durumda geri verileceğine ilişkin yapılan anlaşmalar, TBK m. 334'ün nisbî emrediciliği karşısında kiracının aleyhine olmamak koşuluyla, geçerlidir¹⁶⁸. Buna karşılık, taraflar arasında kiralananın hangi durumda geri verileceğine ilişkin yapılan anlaşma, kiracının sözleşmeye uygun kullanıma bağlı eskime ve bozulmalardan sorumlu olması sonucunu doğuruyorsa ya da kiracıya kiralananı kendisine teslim edildiğinden daha iyi bir durumda geri verme borcu yüklüyorsa geçersizdir¹⁶⁹. Bunun dışında, taraflar kiralananın kiracıya ne durumda (örneğin, boş ve temiz olarak) teslim edildiğini aralarında kararlaştırmak suretiyle, bir anlamda kira sözleşmesinin bitiminde kiralananın hangi durumda (örnekte, boş ve temiz olarak) geri verileceğini de kararlaştırmış olmaktadır. Zira TBK m. 334/I'nin 1. cümlesi uyarınca, kiracı kiralananı aldığı hâliyle geri vermekle yükümlüdür¹⁷⁰. Buna karşılık, tarafla-

K. 2014/1170 sayılı kararı (www.kazanci.com).

¹⁶⁶ Higi-ZK OR Art. 267, N. 86. Yargıtay da olağan kullanımın belirlenmesinde kira (kullanım) süresinin önem taşıdığını kabul etmektedir (Yargıtay 6. H. D., 4.11. 2015 tarihli, E. 2014/12604, K. 2015/9398 sayılı kararı; Yargıtay 6. H. D., 23.10. 2014 tarihli, E. 2014/8978, K. 2014/1170 sayılı kararı (www.kazanci.com)).

¹⁶⁷ Yargıtay 6. H. D., 1.12. 2016 tarihli, E. 2015/10311, K. 2016/5843 sayılı kararı (www.kazanci.com).

¹⁶⁸ Honsell/Vogt/Wiegand-BK Art. 267, N. 4; Higi-ZK OR Art. 267, N. 87; Yavuz/Acar/Özen, s. 534.

¹⁶⁹ Gümüş, s. 239; Yavuz/Acar/Özen, s. 534.

¹⁷⁰ Yargıtay 6. H. D., 25.4. 2011 tarihli, E. 2011/909, K. 2011/5235 sayılı kararı; Yargıtay 6. H. D., 15.12. 2014 tarihli, E. 2014/3650, K. 2014/13960 sayılı kararı; Yargıtay 6. H. D., 15.12. 2014 tarihli, E. 2014/4098, K. 2014/13895 sayılı kararı (www.kazanci.com).

rın kiralananın kiracıya ne durumda teslim edildiğini kararlaştırmak suretiyle, kiralananın geri verilmesinde TBK m. 334/I'in 2. cümlesi uyarınca kiracının olağan kullanım nedeniyle meydana gelen eskime ve bozulmalardan sorumlu olmayacağı kuralını değiştirmeleri mümkün değildir. Nitekim belirtildiği üzere TBK m. 334/I'in 2. cümlesi nisbî emredici bir hükümdür. Dolayısıyla kiralanan kiracıya boyalı, noksansız ve benzeri durumlarda teslim edilmiş (ve bu husus sözleşmede yer almış) olsa bile, kiracının olağan kullanım nedeniyle meydana gelen eskime ve bozulmalardan (örneğin kalorifer peteğinin neden olduğu duvardaki renk değişiminden, halının yıpranmasından, su borusunun paslanmasından) sorumlu olmayacağı kuralı gereğince, kiracı kiralananı badana ederek veya yıpranan eşyayı onararak yahut değiştirerek geri vermekle yükümlü değildir¹⁷¹.

Yürürlükten kalkan 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 266. maddesinin 1. fıkrasında da kiracının kiralananı hangi durumda teslim aldıysa o durumda iade etmekle yükümlü olduğu düzenlenmişti. Buna karşılık, Kanun'un 266. maddesinin 3. fıkrasında, kiracının kiralananı iyi bir durumda teslim almış olduğu karinesi yer almaktaydı¹⁷². Dolayısıyla yürürlükten kalkan Kanun döneminde, kiracının kira sözleşmesinin bitiminde kiralananı iyi bir durumda geri verme borcunun bulunduğu kabul edilmekteydi¹⁷³. Türk Borçlar Kanunu'nun kiralananın geri verilmesini düzenleyen 334. maddesinde kiracının kiralananı iyi bir durumda teslim almış olduğuna dair bir karineye yer verilmemiştir. Bu

¹⁷¹ Honsell/Vogt/Wiegand-BK Art. 267, N. 4; Gümüş, s. 239; Yavuz/Acar/Özen, s. 534. Yargıtay da kiralananın kiracıya boyalı olarak teslim edildiği durumlarda, kiracının olağan kullanım sonucunda kiralananın boyasında meydana gelen eskime (yıpranma) ve bozulmalardan sorumlu tutulamayacağını kabul etmektedir (Yargıtay 6. H. D., 3.12. 2016 tarihli, E. 2015/10242, K. 2016/5593 sayılı kararı; Yargıtay 6. H. D., 12. 2. 2016 tarihli, E. 2015/3577, K. 2016/1106 sayılı kararı; Yargıtay 6. H. D., 9. 2. 2016 tarihli, E. 2015/10190, K. 2016/710 sayılı kararı (www.kazanci.com); Yargıtay 6. H. D., 22. 2. 2016 tarihli, E. 2015/5366, K. 2016/1144 (emsal.yargitay.gov.tr). Buna karşılık, Yargıtay bazı kararlarında kiralananın kiracıya boyalı olarak teslim edildiği durumlarda, kiracının olağan kullanım sonucunda meydana gelen eskime ve bozulmalardan sorumlu olmayacağı kuralını ve söz konusu kuralın kiracı aleyhine değiştirilmesinin geçersiz olduğunu göz ardı ederek, kiracının kiralananı boyalı olarak iade etmesi gerektiğine, iade etmemesi hâlinde ise boya badana bedelinden sorumlu olacağına hükmetmiş bulunmaktadır (Yargıtay 6. H. D., 25.4. 2011 tarihli, E. 2011/909, K. 2011/5235 sayılı kararı; Yargıtay 6. H. D., 30.9. 2014 tarihli, E. 2015/933, K. 2015/10562 sayılı kararı; Yargıtay 6. H. D., 25.6. 2015 tarihli, E. 2014/9251, K. 2015/6483 sayılı kararı (www.kazanci.com); Yargıtay 6. H. D., 16.3. 2016 tarihli, E. 2015/6097, K. 2016/2049 (emsal.yargitay.gov.tr).

¹⁷² Tandoğan, s. 186; Arpacı(Hatemi/Serozan), s. 204.

¹⁷³ Tandoğan, s. 185; Arpacı(Hatemi/Serozan), s. 204.

nedenle, Türk Borçlar Kanunu döneminde kiracının kiralananı iyi bir durumda geri verme borcunun bulunduğu söz edilemez¹⁷⁴.

Kiracı kiralananı boş bir biçimde teslim almışsa, yine boş bir biçimde geri vermekle yükümlüdür. Bu bakımdan kiralananı geri veren kiracının kiralananda mobilya, kablo, karton kutu¹⁷⁵, çiçek, tablo ve benzeri eşyalarını bırakması kiralananı teslim aldığı durumda geri verme borcuna aykırılık oluşturur¹⁷⁶.

Kiralanan kiracıya temizlenmiş bir biçimde teslim edildiyse, kira sözleşmesinin bitiminde kiracı tarafından temizlenmiş olarak geri verilmelidir¹⁷⁷. Ayrıca kiralananın temizlenmesi kira sözleşmesine uygun kullanımın bir gereği ise, kiracı kiralananı yine temiz bir biçimde geri vermekle yükümlüdür. Bununla birlikte, kiracının kiralananı temizlemesi gereken durumlarda, kiralananı ya da kiralananın parçalarını aşırı bir özenle temizlemesi zorunlu değildir¹⁷⁸. Kiracının kiralananın geri verilmesi kapsamında kiralananın temizlenmesi borcunu dürüstlük kurallarına uygun olarak yerine getirmesi yeterlidir.

Kiracı, kiralananda olağan kullanımın dışında kalan bozulma, kırılma ve benzeri durumlar ortaya çıkmışsa söz konusu durumu geri verme borcunun muaccel olduğu anda eski hâline getirmekle yükümlüdür¹⁷⁹.

B. Kiracının Kiralananı Aldığı Hâliyle Geri Verme Borcunu Yerine Getirmemesinden Doğan Sorumluluğu

1. Genel Olarak

TBK m. 334/I uyarınca kiracı kiralananı aldığı hâliyle geri vermekle yükümlüdür. Kiralananı aldığı hâliyle geri vermeyen kiracı, borcun ifa edilmesinden dolayı TBK m. 112 ve devamında yer alan düzenlemeler uyarınca kiraya verene karşı sorumlu olur.

¹⁷⁴ Yavuz/Acar/Özen, s. 532.

¹⁷⁵ İsviçre Federal Mahkemesi de bir kararında, kiralananı tahliye eden kiracının kiralananda kablo ve kartonlarını bırakmasını geri verme borcuna aykırı bulmuştur (BGE 4A_388/2013, 07.01. 2014, MP 2014 S. 143).

¹⁷⁶ Heinrich-CHK OR Art. 267-267a, N. 6; Higi-ZK OR Art. 267, N. 89.

¹⁷⁷ Heinrich-CHK OR Art. 267-267a, N. 6; SVIT-Komm, OR Art. 267, N. 9; Kunz/Wyttenbach, s. 195. Yargıtay 6. H. D., 30.11. 2015 tarihli, E. 2015/933, K. 2015/10562 sayılı kararı; Yargıtay 6. H. D., 6.6. 2016 tarihli, E. 2016/5620, K. 2016/4390 sayılı kararı (www.kazanci.com).

¹⁷⁸ Higi-ZK OR Art. 267, N. 90.

¹⁷⁹ Yavuz/Acar/Özen, s. 533.

Kiralananın alındığı hâliyle geri verilmemesinden zarar gören kiraya veren, kusurlu olarak (TBK m. 114) kiralananı aldığı hâliyle geri verme borcunu yerine getirmeyen kiracıdan tazminat talep edebilir (TBK m. 112). Bu bağlamda kiraya veren, kiracıdan kiralananın alındığı hâliyle geri verilmemesi, diğer bir deyişle borcun gereği ifa edilmemesi nedeniyle uğramış olduğu müspet zararın (TBK m. 50 vd.) giderilmesini talep edebilir¹⁸⁰.

2. Sorumluluğun Koşulları

a) Kiralananın Fiilen Geri Verilmiş Olması

Kiraya verenin, kiracının kiralananı aldığı haliyle geri vermemesinden doğan sorumluluğuna gidilebilmesinin ön koşulu, kiralananın fiilen geri verilmiş olmasıdır. Diğer bir anlatımla, kiralanan henüz geri verilmeden önce kiraya verenin kiracının sorumluluğuna gidebilmesi mümkün değildir. Bu noktada, kiralananın erken ya da geç geri verilmiş olması ya da kiralananın geri verilmesinin sebebi önem taşımamaktadır¹⁸¹.

b) Kiracının Borca Aykırı Davranışı

Kiraya verenin TBK m. 112 vd. uyarınca, kiracıdan tazminat talep edebilmesi için kiracının kiralananı aldığı hâliyle geri verme borcunu yerine getirmemiş olması gerekir. Kiracının kiralananı aldığı hâliyle geri vermemesi, onun kiralananı sözleşmeye aykırı olarak ya da özensizce kullanılmış bir biçimde geri vermesi anlamına gelir. Zira TBK m. 316/I uyarınca, kiracı kiralananı sözleşmeye uygun olarak özenle kullanmakla yükümlüdür. Kiracının davranışı, kiralananın sözleşmeye aykırı olarak kullanılması sonucunu doğurmuş ve dolayısıyla kiracı kiralananı aldığı hâliyle geri vermemişse, kiraya verene karşı sorumlu olur. Özellikle kiralanda kiraya veren tarafından istenmeyen yenilikler ya da değişiklikler yapan kiracı, kiralananın sözleşmeye aykırı olarak kullanılması nedeniyle kiraya verene karşı sorumludur. Nitekim TBK m. 321/I uyarınca kiracı, ancak kiraya verenin yazılı rızasıyla kiralananı yenilik ve değişiklikler yapabilir.

Davranışları kiralananın özensizce kullanılması sonucunu doğuran ve bu nedenle kiralananı aldığı hâliyle geri vermeyen kiracı, kiraya verene karşı sorumlu olur. Kiracının kiralananı özensizce kullanmasından kasıt, onun kiralananı kullanırken gerekli özeni göstermemesi, özellikle kiralananı söz-

¹⁸⁰ Higi-ZK OR Art. 267, N. 101.

¹⁸¹ Higi-ZK OR Art. 267, N. 98.

leşmede öngörülen özen derecesine uymaksızın kullanmasıdır. Kiralananın temizliğinde ve bakımında gereken özeni göstermeyen kiracı, kiralananı özensizce kullanması nedeniyle kiraya verene karşı sorumlu olur. Zira TBK m. 317 uyarınca, kiracı kira süresi boyunca kiralananın olağan kullanımı için gerekli temizlik ve bakım giderlerini yapmakla yükümlüdür¹⁸².

Kiracının kiralananı aldığı hâliyle geri verme borcunu yerine getirdiğinden söz edilebilmesi için kira süresi boyunca kiralananı sözleşmeye uygun bir biçimde ve özenle kullanması, sözleşmenin bitiminde kiralananı “*ayıpsız*” olarak geri vermesi gerekir. Kiracı kiralananı teslim aldığı hâliyle geri vermekle yükümlü olduğundan, kiralanan kiracıya ayıplı olarak teslim edilmişse, kiralananın aynı ayıplarla geri verilmesinden dolayı kiracının sorumlu tutulamaz. Buna karşılık, kiralanan teslim edilirken ayıplı olmamakla birlikte sonradan ayıplı hâle geldiyse, TBK m. 305 ve devamı uyarınca kiralananın sonradan ayıplı hâle gelmesinden kiraya veren sorumlu olduğundan, kiralananın bu tür ayıplarla geri verilmesinden de kiracı sorumlu tutulamaz¹⁸³. Ayrıca belirtildiği üzere, TBK m. 344/I uyarınca, kiracı, sözleşmeye uygun kullanım dolayısıyla kiralanda meydana gelen eskimelerden ve bozulmalardan da sorumlu değildir. Nitekim kiracı ancak kiralananı “*hor kullanmasından*” dolayı sorumludur¹⁸⁴.

Kiracı kiraya verene karşı sadece kendi fiillerinden değil, kendisiyle birlikte yaşayan kişilerin, yardımcı kişilerin ve hatta misafirlerin fiillerinden de sorumludur. Bu bağlamda, kiracının kiralananı teslim aldığı gibi iade edememesi, gerek kiracının eşinden, çocuklarından, onunla birlikte yaşayan diğer kişilerden gerekse de misafirlerden kaynaklansın, kiracı kiraya verene karşı sorumludur¹⁸⁵. Kiracı ayrıca sahibi olduğu hayvanların fiillerinden de kiraya verene karşı sorumludur¹⁸⁶. Alt kirada ise alt kiraya veren asıl kiracı, alt kira-

¹⁸² Higi-ZK OR Art. 267, N. 93-96.

¹⁸³ Koller, s. 262.

¹⁸⁴ Yargıtay kiralananın olağan kullanımı dışında kalan kullanımını “*kötü*” ya da “*hor*” kullanım olarak nitelendirmekte ve kiracıyı söz konusu kullanım nedeniyle sorumlu tutmaktadır (Yargıtay 6. H. D., 28.4. 2016 tarihli, E. 2016/3982, K. 2016/3516 sayılı kararı; Yargıtay 6. H. D., 3.12. 2016 tarihli, E. 2015/10242, K. 2016/5593 sayılı kararı; Yargıtay 6. H. D., 4.10. 2016 tarihli, E. 2016/3260, K. 2016/5650 sayılı kararı; Yargıtay 6. H. D., 6.6. 2016 tarihli, E. 2015/8824, K. 2016/4393 sayılı kararı (www.kazanci.com)).

¹⁸⁵ SVIT-Komm, OR Art. 267, N. 19; Higi-ZK OR Art. 267, N. 93; Kunz/Wytenbach, s. 201. Yargıtay 6. H. D., 7.5. 2007 tarihli, E. 2007/3515, K. 2007/5502 sayılı kararı (www.kazanci.com).

¹⁸⁶ SVIT-Komm, OR Art. 267, N. 29; Kunz/Wytenbach, s. 201.

cının fiilleri nedeniyle kiraya verene karşı bizzat sorumludur. Nitekim TBK m. 322/III uyarınca, alt kiracı, kiralananı kiracıya tanınandan başka biçimde kullandığı takdirde alt kiraya veren asıl kiracı, kiraya verene karşı sorumlu olur. Kaldı ki, alt kiracı, kiraya veren ile kiracı arasındaki kira sözleşmesinin tarafı değildir¹⁸⁷.

c) Kiracının Kusuru

Kiracının kiralananın alındığı hâliyle geri verilmemesi nedeniyle sorumlu tutulabilmesi için TBK m. 112 uyarınca kusurlu olması gerekir. Nitekim TBK m. 112'ye göre, borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür.

Kiracı kiralananın alındığı hâliyle geri verilmemesine bilerek ve isteyerek neden olmuşsa veya bu sonucu göze alarak hareket etmişse yahut kiralananın alındığı hâliyle geri verilebilmesi için gereken özeni göstermemişse kusurludur ve kiraya verenin zararını gidermekle yükümlüdür.

TBK m. 112 uyarınca kiracı kusursuzluğunu ispat etmek suretiyle kiraya verenin zararını gidermekten kurtulabilir¹⁸⁸. Kiracının kusursuzluğunu ispat etmesi, kiralananın alındığı hâliyle geri verilememesinin kendi kusurundan değil de beklenmeyen hâlden ya da mücbir sebepten kaynaklandığını ispat etmesi suretiyle olur¹⁸⁹. Örneğin kiracı, kiralanan aracın kendisinin hiçbir kusurunun bulunmadığı bir kazada zarar gördüğünü yahut komşu binada çıkan yangının sıçrayarak kiralanan binanın çatısının yanmasına neden olduğunu ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir.

d) Kiraya Verenin Zararı

Kiraya verenin kiralananın alındığı hâliyle geri verilmemesinden dolayı kiracıdan tazminat talep edebilmesi için bir zarara uğramış olması da gerekir. Diğer bir anlatımla, kiralananın alındığı hâliyle geri verilmemesi nedeniyle herhangi bir zararı doğmamışsa kiraya veren kiracıdan tazminat talebinde bulunamaz.

¹⁸⁷ Higi-ZK OR Art. 267, N. 93.

¹⁸⁸ Burcuoğlu, s. 28. Yargıtay 6. H. D., 23.11. 2011 tarihli, E. 2011/8530, K. 2011/12734 sayılı kararı; Yargıtay 6. H. D., 25.6. 2013 tarihli, E. 2013/6474, K. 2013/11031 sayılı kararı; Yargıtay 6. H. D., 22.9. 2016 tarihli, E. 2015/10344, K. 2016/5370 sayılı kararı (www.kazanci.com).

¹⁸⁹ SVIT-Komm, OR Art. 267, N. 19; Higi-ZK OR Art. 267, N. 39; Kunz/Wytenbach, s. 201.

Kiraya verenin uğramış olduğu zarar, kiracının kiralananı aldığı hâliyle geri verme borcuna aykırılık oluşturan davranışlarıyla uygun nedensellik bağı içinde kalan zararlardır.

Kiraya verenin uğramış olduğu zararın niteliği müspet (olumlu) zarardır. Nitekim söz konusu zararın kaynağı kiracının borcunu kiraya verenin menfaatine aykırı bir biçimde yerine getirmesidir. Kiracının tazmin etmesi gereken zarar, kiralananın alındığı hâliyle geri verilmemesi nedeniyle kiraya verenin malvarlığında meydana gelen tüm ekonomik kayıplardır¹⁹⁰. Söz konusu kayıplar öncelikle, kiralananın eski hâle getirilmesi, diğer bir deyişle, onarılması ya da aybın ortadan kaldırılması için yapılan masraflardır. Kiralananın onarılması mümkün değilse, kiralananın (ya da parçasının) yerine yenisinin temin edilmesi için yapılan masraflar kiraya verenin malvarlığındaki kayıplar kapsamındadır¹⁹¹. Kiraya veren, fiilî zararının yanında yoksun kaldığı kârın da kendisine ödenmesini isteyebilir¹⁹². Örneğin, kiralanan aracın kiracının kusu-ruyla zarar görmesi durumunda, aracın tamir giderleri fiilî zarar kapsamında, aracın tamir süresince başkasına kiralanamamış olmasından doğan kayıp da yoksun kalınan kâr kapsamında değerlendirilebilir.

Kiraya verenin kiralananın alındığı hâliyle geri verilmemesinden doğan zararının hesaplanmasında, kural olarak zarar gören kiralananın yahut parçasının yeni değeri değil; kira bitiminde geri verilmesi gereken hâldeki değeri dikkate alınmalıdır¹⁹³. Örneğin, yedi yıllık bir taşınmaz kirasında, kiralanda bulunan halı, kiracının olağanı aşan kullanımı nedeniyle zarar görmüşse, bir halının bir evde ortalama kullanım süresinin 10 yıl olduğu dikkate alındığında, kiracının yeni bir halının fiyatının sadece yüzde 30'unu tazmin etmesi

¹⁹⁰ Higi-ZK OR Art. 267, N. 101.

¹⁹¹ Higi-ZK OR Art. 267, N. 103-105; Kunz/Wyttenbach, s. 204. Kiraya verenin zararının giderilmesini talep edebilmesi için kiralananın mutlaka onarılmış olması veya yerine yenisinin alınmış olması zorunlu değildir. Önemli olan kiralananın alındığı hâliyle verilmemesi nedeniyle kiraya verenin malvarlığında bir kaybın meydana gelmiş olmasıdır (Higi-ZK OR Art. 267, N. 107).

¹⁹² Honsell/Vogt/Wiegand-BK Art. 267, N. 4; Heinrich-CHK OR Art. 267-267a, N. 7; Higi-ZK OR Art. 267, N. 106.

¹⁹³ SVIT-Komm, OR Art. 267, N. 22; Higi-ZK OR Art. 267, N. 113; Koller, s. 265; Kunz/Wyttenbach, s. 203. Yargıtay da kiralananın alındığı hâliyle geri verilmemesinden doğan zararların hesaplanmasında, hor kullanım nedeniyle oluşan zarardan kullanım süresi ile orantılı olarak hesaplanan yıpranma payının düşüleceğini kabul etmektedir (Yargıtay 6. H. D., 10.12. 2015 tarihli, E. 2015/630, K. 2015/10576 sayılı kararı; Yargıtay 6. H. D., 6.6. 2016 tarihli, E. 2016/4582, K. 2016/4394 sayılı kararı; Yargıtay 6. H. D., 2.6. 2016 tarihli, E. 2015/8742, K. 2016/4355 sayılı kararı (www.kazanci.com)).

gerekir¹⁹⁴. Ayrıca kiraya verenin kiralananın alındığı hâliyle geri verilmemesinden doğan zararının hesaplanmasında, dava veya keşif tarihindeki rayiç değer değil; kiralananın geri verilmesi anındaki rayiç değer dikkate alınır¹⁹⁵.

Kiraya verenin kiralananın alındığı hâliyle geri verilmemesinden doğan zararının giderilmesi amacıyla kiracı tarafından ödenecek olan tazminatın belirlenmesi ve indirilmesi bakımından, TBK m. 114/II'nin yollaması karşısında, TBK m. 51 ve 52 uygulama alanı bulur. Dolayısıyla TBK m. 51/I uyarınca, hâkim, kiracının ödemekle yükümlü olduğu tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve kiracının kusurunun ağırlığını göz önüne alarak belirler. Bu bağlamda, tazminatın irat biçiminde ödenmesine hükmedilirse, TBK m. 51/II uyarınca kiracı güvence göstermekle yükümlüdür. TBK m. 52/I uyarınca, kiraya veren zararı doğuran davranışa razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuşsa yahut kiracının durumunu ağırlaştırmış ise hâkim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir¹⁹⁶. TBK m. 52/II uyarınca, kiracı zarara hafif kusuruyla sebep olmuşsa, hâkim kiracının tazminatı ödediğinde yoksulluğa düşecek olmasını ve hakkaniyeti gözetecek, kiracının ödeyeceği tazminatı indirebilir.

3. İspat Yükü

Kiralananın alındığı hâliyle geri verilmesi borcunun yerine getirilmemesinden doğan sorumlulukta ispat yükü bakımından 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun¹⁹⁷ 6. maddesinde ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun¹⁹⁸ 190. maddesinde düzenlenen genel ispat kuralı geçerlidir. TMK m. 6 uyarınca, kanunda aksine bir düzenleme bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandığı vakıaların varlığını ispat etmekle yükümlüdür. HMK m. 190/I uyarınca ise, ispat yükü, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakıaya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa aittir.

Kiralananın alındığı hâliyle geri verilmemesi nedeniyle kiracıdan tazminat talep eden kiraya veren, ihtilâf halinde söz konusu talebin dayandığı va-

¹⁹⁴ SVIT-Komm, OR Art. 267, N. 23; Koller, s. 265; Kunz/Wyttenbach, s. 203.

¹⁹⁵ Yargıtay 6. H. D., 24.9. 2013 tarihli, E. 2013/10083, K. 2013/12910 sayılı kararı; Yargıtay 6. H. D., 5.3. 2014 tarihli, E. 2013/9261, K. 2014/2459 sayılı kararı; Yargıtay 6. H. D., 9. 2. 2016 tarihli, E. 2015/10190, K. 2016/710 sayılı kararı (www.kazanci.com).

¹⁹⁶ Kunz/Wyttenbach, s. 206.

¹⁹⁷ RG. 8. 12. 2001, S. 24607.

¹⁹⁸ RG. 4. 2. 2011, S. 27836.

kıaları ispat etmelidir. Bu kapsamda kiraya veren, kiralananın alındığı hâliyle geri verilmediğini¹⁹⁹ (kiralananın ayıplı olarak geri verildiğini ve bu ayıpların olağan kullanımdan kaynaklanmadığını), kiralananın alındığı hâliyle geri verilmemesi nedeniyle bir zarara uğradığını ve uğramış olduğu zararın miktarını ispat etmelidir²⁰⁰. Kiraya veren söz konusu ispat yükünü, kiralananın kiracıya teslim edildiği andaki durumu ile kiralananın kiracı tarafından geri verildiği andaki durumu arasındaki farkı ispat etmek suretiyle yerine getirebilir²⁰¹.

Kiraya veren, kiralananın teslim alınma durumu ile geri verilme durumu arasındaki farkı, dolayısıyla meydana gelen zararın kapsamını, kiracının kiralananı ne durumda teslim aldığını ve taşınmazı ne durumda geri verdiğini açıklayan tutanaklar yardımıyla ispat edebilir²⁰².

Kiraya verenin, kiralananın ayıplı olarak geri verildiğini, bu ayıplar nedeniyle bir zarara uğramış olduğunu ve söz konusu zararın miktarını ispat etmesi durumunda, ispat yükü karşı tarafa, diğer bir deyişle kiracıya geçer (TMK m. 6, HMK m. 190). Bu durumda kiracı, kiralananın ayıpsız olarak geri verildiğini, kiraya verenin hiçbir zarara uğramadığını ya da kiraya verenin uğradığını iddia ettiği zarar miktarının iddia edilenden farklı olduğunu ispat etmelidir.

Kiraya verenin, uğramış olduğu zararın kiracının kusuru nedeniyle meydana geldiğini ispat etmesine ise gerek bulunmamaktadır. Nitekim kanun koyucu TMK m. 112’de borcunu ifa etmeyen borçlunun kusurlu olduğuna dair bir karineye yer vermiş bulunmaktadır. Bu durumda, kiracı kiralananın alındığı hâliyle geri verilmemesinde kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmelidir. Kiracı, zararın umulmayan bir hâlden, mücbir sebepten ya da

¹⁹⁹ Buna karşılık Kanun’un 266. maddesinin 3. fıkrasında, kiracının kiralananı iyi bir durumda teslim almış olduğu karinesi yer almaktaydı. Dolayısıyla yürürlükten kalkan Kanun döneminde kiracının kira sözleşmesinin bitiminde kiralananı iyi bir durumda geri verme borcunun bulunduğu kabul edilmekteydi. TBK m. 334 uyarınca, kiracı kiralananı ne durumda teslim almışsa, kira sözleşmesinin bitiminde o durumda geri vermekle yükümlü olduğundan, uyumsuzluk hâlinde, kiralananı ne durumda (genellikle iyi bir durumda) teslim ettiğini iddia eden kiraya verenin bu iddiasını ispat etmesi gerekir. Buna karşılık, geri verme borcunu yerine getiren kiracının da kiralananı kiraya verenin iddia ettiği durumda (yine genellikle iyi bir durumda) geri verdiğini ispat etmesi gerekmektedir (Yavuz/Acar/Özen, s. 532).

²⁰⁰ SVIT-Komm, OR Art. 267, N. 30; Higi-ZK OR Art. 267, N. 119; Kunz/Wytenbach, s. 207.

²⁰¹ Heinrich-CHK OR Art. 267-267a, N. 10.

²⁰² Honsell/Vogt/Wiegand-BK Art. 267, N. 5; Heinrich-CHK OR Art. 267-267a, N. 10; SVIT-Komm, OR Art. 267, N. 30; Kunz/Wytenbach, s. 206.

kendisinin sorumlu tutulamayacağı üçüncü bir kişinin davranışından vb. kaynaklandığını ispat etmek suretiyle sorumluluktan kurtulabilir²⁰³.

4. Zamanaşımı

Kiracının kiralananı aldığı hâliyle geri verme borcunu yerine getirmemesinden doğan sorumluluğunda, TBK m. 146'da düzenlenen on yıllık zamanaşımı süresi uygulanır. Kiracının kiralananı aldığı hâliyle geri verme borcu sözleşmesel bir borçtur. TBK m. 149 uyarınca, zamanaşımı geri verme borcunun muaccel olduğu andan itibaren işlemeye başlar. Zamanaşımı süresinin hesaplanması, zamanaşımının durması, kesilmesi ve benzeri konularda TBK m. 151 ve devamında yer alan düzenlemeler uygulama alanı bulur.

VI. KİRACININ ÖNCEDEN BAŞKACA BİR TAZMİNAT ÖDEYECEĞİNE İLİŞKİN ANLAŞMALAR VE BU ANLAŞMALARIN HÜKÜMSÜZLÜĞÜ

A. Kiracının Önceden Başkaca Bir Tazminat Ödeyeceğine İlişkin Anlaşmalar

Türk Borçlar Kanunu m. 334/2 uyarınca taraflar, kiralananın geri verilmesinden önce, kiracının sözleşmenin bitiminde kiralananın olağan kullanımı dışında kalan kullanımdan kaynaklanan zararları gidermesi haricinde başkaca bir tazminat ödeyeceğine ilişkin anlaşmalar yapamaz.

Kanun koyucu, TBK m. 334/II'de yer alan düzenlemeyle, kira sözleşmesinin kurulması sırasında veya kira sözleşmesi devam ederken yahut kira sözleşmesi sona erdikten sonra ancak kiralananın geri verilmesinden önce, kira sözleşmesinin zayıf tarafı konumundaki kiracıyı korumak istemiştir. Bu bağlamda, kanun koyucu kiracının kiralananın geri verilmesinden önce, düşüncesizce hareket ederek ya da zor durumda kalarak kendisine isnat edilebilen ayıplar dışında kalan olası tüm zararlar için tazminat ödemeyi ve/veya kendisine isnat edilebilen ayıplar dışında kalan ayıpları gidermeyi üstlenmesini engellemiştir²⁰⁴.

Türk Borçlar Kanunu m. 334/2'nin kapsamına giren ve yasaklanan anlaşmalar sadece, kiracının kiralananın olağan kullanımı dışında kalan kullanımdan kaynaklanan zararların giderilmesi dışında başkaca bir tazminat ödeyeceğine ilişkin anlaşmalardır. Bu nedenle, taraflar kiracının kiralananın

²⁰³ Honsell/Vogt/Wiegand-BK Art. 267, N. 5; SVIT-Komm, OR Art. 267, N. 31.

²⁰⁴ SVIT-Komm, OR Art. 267, N. 33; Higi-ZK OR Art. 267, N. 129.

olağan kullanımı için gerekli temizlik ve bakım giderlerini yerine getirmemesi (TBK m. 317) ya da kiralananı geç geri vermesi nedeniyle oluşan zararlardan ne ölçüde sorumlu olacağına ilişkin anlaşmalar (götürü bir tazminatı içermemesi koşuluyla) yapılabilir²⁰⁵. Ayrıca taraflar aralarında kiracının olağan dışı kullanımdan kaynaklanan tazmin yükümlülüğünün içeriğine ve kapsamına ilişkin anlaşmalar da yapılabilir²⁰⁶. Yine taraflar, kira sözleşmesinin sona ermesinden sonra, kiracıdan kaynaklanan nedenlerle ortaya çıkan zararların götürü bir tazminat ödenmek suretiyle giderileceğini²⁰⁷ ya da kiracının kiralandaki ayıpları bizzat kendisinin gidereceğini veya masrafları kendine ait olmak üzere üçüncü bir kişi tarafından giderilmesini sağlayacağını yahut kiraya verenin kiracı hesabına ayıpların üçüncü bir kişi tarafından giderilmesini sağlayacağını kararlaştırabilir.

B. Kiracının Önceden Başkaca Bir Tazminat Ödeyeceğine İlişkin Anlaşmaların Hükümsüzlüğü

Kira sözleşmesinin taraflarının, kiralananın geri verilmesinden önce, kiracının sözleşmenin bitiminde kiralananın olağan kullanımı dışında kalan kullanımdan kaynaklanan zararları gidermesi dışında başkaca bir tazminat ödeyeceğine ilişkin yaptığı anlaşmalar, TBK m. 334/II ve TBK m. 27 uyarınca kesin hükümsüzdür. Bununla birlikte, tarafların sözü edilen anlaşmayı kira sözleşmesinin bir hükmü olarak öngörmeleri hâlinde, TBK m. 27/II uyarınca, söz konusu hüküm olmaksızın kira sözleşmesinin yapılmayacağı açıkça anlaşılmadığı sürece, kira sözleşmesinin tamamı değil; kiracının başkaca bir tazminat ödeyeceğine ilişkin kısmı hükümsüz olur²⁰⁸.

Kira sözleşmesinin taraflarının, kiracının sigorta tazminatının hesabında ikame bedeli (yeni değeri) esas alan bir sorumluluk sigortası sözleşmesi akdetmeyi üstendiği bir anlaşma yapmaları hâlinde, söz konusu anlaşma da TBK m. 334/II ve TBK m. 27 uyarınca hükümsüz olur. Nitekim kiracının böyle bir sigorta sözleşmesi akdetmesi, onun sözleşmenin bitiminde kiralananın olağan kullanımı dışında kalan kullanımdan kaynaklanan zararları gidermek dışında başkaca bir zararı tazmin etmeyi üstlenmesi anlamına gelir²⁰⁹.

²⁰⁵ Higi-ZK OR Art. 267, N. 131.

²⁰⁶ Kunz/Wyttenbach, s. 207.

²⁰⁷ SVIT-Komm, OR Art. 267, N. 34; Higi-ZK OR Art. 267, N. 134.

²⁰⁸ Higi-ZK OR Art. 267, N. 132.

²⁰⁹ Kunz/Wyttenbach, s. 208.

TBK m. 334/II uyarınca, kiracının, sözleşmenin sona ermesi hâlinde, sözleşmeye aykırı kullanımdan doğacak zararları giderme dışında, başkaca bir tazminat ödeyeceğini “önceden” taahhüt etmesine ilişkin anlaşmalar hükümsüzdür. Dolayısıyla taraflar, kiralananın geri verilmesi sırasında ya da geri verilmesinden sonra, kiracının olağan kullanım dışında kalan kullanımdan kaynaklanan zararları gidermesi haricinde başkaca bir tazminat ödeyeceğine ilişkin anlaşma yapabilir. Nitekim kiralananın geri verilmesi anından itibaren kiracı esas olarak sözleşme ve/veya Kanun uyarınca ne için tazminat ödemekle yükümlü olduğunu ayırt edebilir hâle gelmektedir²¹⁰.

SONUÇ

Kiralananın geri verilmesi, kira sözleşmesi dolayısıyla elde edilmiş olan kira konusu şeyin iadesini ifade eder. Kira konusunun iadesi, kira konusu şeyin kiraya verene gerçek anlamda geri verilmesi yoluyla gerçekleştirilir. Nitekim kiracı kira sözleşmesiyle kiralananın mülkiyetini değil; kiralananı kullanma hakkını elde etmektedir. Bu nedenle, kiracı kira sözleşmesinin sonunda kiralananı gerçek anlamda geri vermekle yükümlüdür.

Kira sözleşmesinde kiracının kiralananı geri verme borcu; kiraya verenin ise kiralananın geri verilmesini isteme hakkı bulunmaktadır. Kiraya verenin kiralananın geri verilmesini isteme hakkı, taraflar arasında akdedilen kira sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. Bununla birlikte, kiraya verenin aynı zamanda kiralananın maliki olması durumunda, kiraya veren mülkiyet hakkına dayanan aynı istihkak talebinde de bulunabilir.

Kiracı, kira sözleşmesinin bitiminde, kira sözleşmesi dolayısıyla ne teslim almış ise onu geri vermekle yükümlüdür. Bu bağlamda, kiracının, kiralana ilişkin yedek anahtarlar da dâhil bütün anahtarları geri vermesi gerekir.

Kiracının geri verme borcunu nasıl yerine getireceği konusunda taraflar arasında bir anlaşma bulunmaktaysa, kiralananın geri verilmesi bu anlaşmaya göre gerçekleştirilir. Böyle bir anlaşmanın bulunmaması durumunda, kiralananın geri verilmesi kural olarak, kiralananın kiraya verene yahut onun haleflerine fiilî olarak teslim edilmesi ya da kiralanan üzerindeki hâkimiyetin kiraya verene ya da onun haleflerine sağlanması suretiyle gerçekleştirilir.

Kiracının geri verme borcunun nerede yerine getirileceğini taraflar aralarında serbestçe kararlaştırabilir. Taraflar arasında kiralananın geri verileceği

²¹⁰ Higi-ZK OR Art. 267, N. 134.

yere ilişkin açık ya da örtülü bir anlaşmanın bulunmaması durumunda kiralanana, kira sözleşmesinin kurulduğu sırada kiralananın bulunduğu yerde geri verilmelidir. Kiracının geri verme borcunu ne zaman yerine getireceğini de, taraflar aralarında serbestçe belirleyebilir. Ancak taraflar arasında, geri verme borcunun yerine getirileceği zamana ilişkin bir anlaşmanın bulunmaması durumunda, geri verme borcu, kira sözleşmesinin sona ermesiyle yerine getirilmelidir.

Kiracının kiralananı geri verme borcunu zamanında yerine getirmemesi, diğer bir deyişle kiralananı geç geri vermesi, kira sözleşmesine aykırılık oluşturur. Bu nedenle, kusuruyla kiralananı geç geri veren kiracı, kiraya verenin zararını gidermekle yükümlü olur. Buna karşılık, kiraya verenin kendisine teklif edilen kiralananı haklı bir neden olmaksızın reddetmesi durumunda alacaklının temerrüdü hükümlerinin uygulanması gündeme gelir. Kiraya verenin alacaklının temerrüdüne düşmesi nedeniyle kiracının kiralananı zamanında geri verememesi durumunda, kiraya veren kiralananın geç geri verilmesi nedeniyle sahip olduğu tazminat hakkını yitirir.

Kiralananın geri verilmesinde, kiraya verenin iki temel yükü bulunmaktadır. Bu yüklerden ilki kiralananı gözden geçirme yükü, diğeri ise gözden geçirme sırasında belirlediği ya da sonradan ortaya çıkan ayıpları gecikmeksizin kiracıya bildirme yüküdür. Kiraya verenin kiralananı gözden geçirmesi, kiralananı olağan bir biçimde incelemesi yoluyla olur. Kiraya veren, geri verme sırasında kiralananın durumunu gözden geçirmeli ve kiracının sorumlu olduğu ayıpları ona hemen yazılı olarak bildirmelidir. Ayıp ihbarının zamanında veya usûlüne uygun olarak yapılmaması durumunda, kiracı her türlü sorumluluktan kurtulur ve böylece kiraya veren kiralananın geri verilmesindeki ayıplar nedeniyle kiracıdan tazminat talep etme hakkını yitirir.

Kiralananın iadesinde, kiracının kiralananı teslim aldığı hâliyle geri vermesi gerekir. Bununla birlikte, kiracı sözleşmeye uygun; diğer bir deyişle olağan kullanım dolayısıyla kiralanda meydana gelen eskimelerden ve bozulmalardan sorumlu değildir. Kiracının sorumlu tutulamayacağı olağan kullanımdan kaynaklanan eskime ve bozulmalar ise kira sözleşmesine, kiralananın kullanım amacına, kira süresine ve somut olayın özelliğine göre belirlenir.

Kiralananı aldığı hâliyle geri vermeyen kiracı, borcun ifa edilmemesinden dolayı kiraya verene karşı sorumlu olur. Kiraya verenin kiracıdan borca aykırılık nedeniyle tazminat talep edebilmesi için kiralananın fiilen geri verilmiş olması ve kiracının kiralananı aldığı hâliyle geri verme borcunu yeri-

ne getirmemiş olması gerekir. Ayrıca kiraya verenin kiracıdan borca aykırılık nedeniyle tazminat talep edebilmesi için kiracının kusurlu olması ve kiraya verenin kiralananın alındığı hâliyle geri verilmemesinden dolayı bir zarara uğramış olması da aranır. Kiraya verenin uğramış olduğu zarar, kiracının kiralananı aldığı hâliyle geri verme borcuna aykırılık oluşturan davranışlarıyla uygun nedensellik bağı içinde kalan zararlardır.

Taraflar, kiralananın geri verilmesinden önce, kiracının sözleşmenin bitiminde kiralananın olağan kullanımı dışında kalan kullanımdan kaynaklanan zararları gidermesi haricinde başkaca bir tazminat ödeyeceğine ilişkin anlaşmalar yapamaz. Tarafların, kiracının başkaca zararları da ödeyeceğine ilişkin yaptığı anlaşmalar kesin hükümsüzdür. Kiracı ve kiraya verenin sözü edilen anlaşmayı kira sözleşmesinin bir hükmü olarak öngörmeleri hâlinde, söz konusu hüküm olmaksızın kira sözleşmesinin yapılmayacağı açıkça anlaşılmadığı sürece, kira sözleşmesinin tamamı değil kiracının başkaca bir tazminat ödeyeceğine ilişkin kısmı hükümsüz olur.

KAYNAKÇA

- ARPACI, Abdülkadir (HATEMİ, Hüseyin/SEROZAN, Rona): **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, İstanbul 1992.
- AYDEMİR, Efrail: **Yeni Türk Borçlar Yasasına Göre Kira Hukuku**, Ankara 2012.
- AYDOĞDU, Murat/KAHVECİ, Nalan: **Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Sözleşmeler Hukuku**, 3. Bası, Ankara 2017.
- BECKER, Hermann: **Berner Kommentar Band/Nr. VI/1, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht**, 2. Auflage, Bern 1945.
- BURCUOĞLU, Halûk: **Yargıtay Kararları Işığında 6570 Sayılı Yasaya Göre Kiracının Tahliye Edilmesi**, İstanbul 1993.
- DOĞAN, Murat: “Âdi Kirada Kiracının Kiralananı Geri Verme Borcu”, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt VIII, Sayı 1-2, 2004, s. 443-476.

- EMMERICH, Volker: **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB Band 2: Schuldrecht Allgemeiner Teil §§ 241-432**, 7. Auflage, München 2015.
- EREN, Fikret: **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 2. Bası, Ankara 2015.
- FEYZİOĞLU, F. Necmeddin: **Borçlar Hukuku İkinci Kısım Akdin Muhtelif Nevileri (Özel Borç İlişkileri)**, Cilt I, 4. Bası, İstanbul 1980.
- FURRER, Andreas/WEY, Rainer: **Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht-Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR**, 3. Auflage, Zürich 2016.
- GÜMÜŞ, M. Alper: **Yeni 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi (TBK m. 299-356)**, 2. Bası, İstanbul 2012.
- HEINRICH, Peter: **Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 1: Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe Art. 184-318 OR**, 2. Auflage, Zürich 2012.
- HIGI, Peter: **Zürcher Kommentar, Band/Nr. V/2b, Die Miete, Zweite Lieferung, Art. 266-268b OR Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR)**, 4. Auflage, Zürich 1995.
- HONSELL, Heinrich/VOGT, N. Peter/WIEGAND, Wolfgang: **Basler Kommentar, Obligationenrecht I: Art. 1-529 OR**, 5. Auflage, Basel 2011.
- HUGUENIN, Claire: **Obligationenrecht-Allgemeiner und Besonderer Teils**, 2. Auflage, Zürich-Basel 2014.
- İNCEOĞLU, M. Murat: **Kira Hukuku**, Cilt II, İstanbul 2014.
- KOLLER, Alfred: **Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Band I, Die einzelnen Vertragsverhältnisse Art. 184-318 OR**, Bern 2012.
- KUNZ, Tobias/WYTTEBACH, Markus: “Die Rückgabe der Mietsache”, **Mietrechtspraxis/mp, Die Zeitschrift für schweizerisches Mietrecht**, 3/2016, s. 187-208.
- OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I**, 12. Bası, İstanbul 2014.

- PERMANN, Richard: **Orell Füssli Kommentar, OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht**, 2. überarbeitete und erweiterte Auflage, Zürich 2009.
- SCHMID, Hans: “Der gemeinsame Mietvertrag”, **Schweizerische Juristen-Zeitung**, 87/1991, s. 349-357.
- SCHMID, Jörg/STÖCKLI, Hubert: **Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil**, Zürich-Basel 2010.
- SCHMID, Jörg: “Die gemeinsame Miete–Ausgewählte Fragen”, **Aktuelle Juristische Praxis**, 01/2016, s. 31-41.
- SEROZAN, Rona (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip/HATEMİ, Hüseyin/ ARPACI, Abdülkadir): **Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Üçüncü Cilt, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, 6. Bası, İstanbul 2014.
- SVIT-Kommentar, **Das schweizerische Mietrecht Kommentar**, 3. Auflage, Zürich 2008.
- TANDOĞAN, Halûk: **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Cilt I/2, 4. Tıpkı Bası, İstanbul 2008.
- TUNÇOMAĞ, Kenan: **Borçlar Hukuku, Cilt II, Özel Borç İlişkileri**, 2. Bası, İstanbul 1974.
- ULUKAPI, Ömer: **Medeni Usul Hukukunda Dava Arkadaşlığı**, Konya 1991.
- URAL ÇINAR, Nihal: **Türk Borçlar Kanunu’nda Düzenlenen Kira Sözleşmelerinde Kira Bedelinin Ödenmemesi ve Hukuki Sonuçları**, İstanbul 2014.
- YAVUZ, Cevdet/ACAR, Faruk/ÖZEN, Burak: **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 10. Bası, İstanbul 2014.

KAMU HUKUKU>>

BOŞ

FEDERAL ALMANYA ÖRNEĞİNDE ULUSAL VE AVRUPA MAHKEMELERİ ARASINDAKİ İŞBİRLİĞİ İLİŞKİSİ

A. Füsün ARSAVA*

ÖZET

İki Avrupa mahkemesi ve üye devletlerin ulusal mahkemeleri bireylerin temel hakları için çalışmaktadır. Bu mahkemelerin çalışmalarına esas olan dört temel hak metni, AİHK, Avrupa Temel Haklar Şartı, üye devletlerin anayasaları ve federal yapıli devletlerde eyalet anayasaları bireylere insan hakları bakımından yeterli ölçüde etkin koruma sağlama amacı gütmektedir. Etkin bir temel hak koruması sağlanmasında mahkemelerin yetki sınırlarının dikkate alınması önemlidir. Özellikle İnsan Hakları Konvansiyonu ve Avrupa Temel Haklar Şartı'nın 51.maddesi anlaşmalarda öngörülen mahkemelerin yetki sınırlarını belirlemektedir. Makale mahkemeler arasında sağlanan diyalogun ve mahkemelerin kendi yetki alanında yetkilerini kullanmasının temel hakların etkin korunmasındaki rolüne ışık tutmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Mahkemeler arası diyalog, mahkemelerin yetki sınırları, AİHM ve Anayasa mahkemeleri ilişkisi, AB Adalet Divanı ve Anayasa Mahkemeleri ilişkisi

(THE COOPERATION BETWEEN NATIONAL AND EUROPEAN COURTS TAKING INTO CONSIDERATION THE FEDERAL GERMAN MODEL)

ABSTRACT

Two European courts and national courts of member states are committed to the fundamental rights of individuals. Four texts regarding fundamental rights- ECHR, the EU Charter of Fundamental Rights, member states' constitutions and constituent states' constitutions in federal states- which are essential for these courts' decisions, are intended to provide sufficiently effective human rights protection. Taking into account the limits of the courts' jurisdiction in ensuring the effective protection of fundamental rights is important. In particular, the European Convention on Human Rights and article 51 of the EU Charter of Fundamental Rights define the scope of competences of the courts. The article aims to shed light on the role of dialog between courts and the exertion of courts' competences within the scope in an effective protection of fundamental rights.

Keywords: Dialog between the courts, limits of jurisdiction, relationship between the European Court of Human Rights and constitutional courts, relationship between the European Court of Justice and constitutional courts

* Prof. Dr., Atılım Üniv. Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi e-posta: fusun.arsava@atilim.edu.tr

Giriş

Son 20 yıldır tüm Avrupa devletlerinde bireylerin temel haklara sahip olduğu, devletlere karşı bireylerin temel haklarının korunması gerektiği konusunda bir anayasa hukuku bilinci oluşmuştur. Bu çerçevede aradan geçen zaman içinde genel olarak tanınan insan haklarının yanısıra, Avrupa düzeyinde ve ulusal düzeyde temel hakların tanınması konusunda da bir yaklaşımın oluştuğu görülmektedir. Temel hakların tanınmasına matuf olarak devletlerin birçoğunda Anayasa mahkemeleri bulunmaktadır. Bunun yanısıra 28 AB üyesi devlette Temel Haklar Şartı'nda yer alan hakların temini için görev yapan AB Adalet Divanı ve AİHK'nın 47 Avrupa Konseyi üyesi devlette riayetini sağlamakla görevli AİHM temel haklar alanında faaliyet gösteren mahkemeler olarak karşımıza çıkmaktadır. Federal yapılı devletlerde bu amaca hizmet için ayrıca federal seviyede ve eyaletler seviyesinde çok sayıda anayasa mahkemesi görev yapmaktadır (örneğin Federal Almanya'da anayasada (GG) yer alan temel hakları temin eden Federal Anayasa Mahkemesi yanısıra, 16 eyaletin her birinin eyalet anayasalarında yer alan temel hakları temin eden eyalet anayasa mahkemeleri bulunmaktadır).

Avrupa'da bireylerin temel hakları konusunda maksimum 4 mahkemenin çalıştığı ve 4 normlar bütünü'nün temel hakların korunması alanında karşımıza çıktığı görülmektedir. Dört temel hak kataloğunun benzer temel hak teminatları, farklı müdahale araçları ve özel, bölgesel teminatlar içermesi mümkündür. Benzer koruma amacına yönelik teminatlar özellikle mülkiyet¹ ve meslekle ilgili² temel haklar alanında görülmektedir. Bu çerçevede tüm normlar aynı amaca yöneliktir ve tüm bu mahkemeler de aynı teminatı sağlamak amacıyla çalışmaktadır. Problem, bu temel hakların temininden sorumlu dört yetkili mahkemenin somut bir durumda bireylere ne şekilde teminat sağlayacağı çerçevesinde ortaya çıkmaktadır. Dört ayrı mahkemenin temel hakların temini alanında görev yapması temel hakların her zaman etkin olarak korunması sonucunu vermemektedir. Farklı yargı organlarının aynı alanda yetki kullanması kaçınılmaz şekilde farklı içtihatlarla ve temel hakların teminine ilişkin aynı amaç için farklı yaklaşımların oluşmasına yol açabilmekte-

¹ GG (Alman anayasası) md.14, fık.1; AİHK ek Protokol I, md.1;

Avrupa Temel Haklar Şartı md.12, fık.1;

Hessen Eyalet Anayasası md.45

² GG md.12, fık.1; Avrupa Temel Haklar Şartı md.15, 16; Bavyera Anayasası md.151, fık.2, md.116; AİHK meslek sahibi olma konusunda bir teminat içermemektedir

dir³. Problemin çözümü aynı hukuki uyumsuzluk çerçevesinde iki yahut daha ziyade seviyede aynı amaca yönelik, ancak farklı düzenlemelere konu olan temel hakların uygulanması durumunda aciliyet özelliği taşımaktadır. Örneğin benzer temel hakları koruma konusu farklı öngörülebilir⁴. Benzer temel haklar için öngörülen farklı sınırlamalar daha da büyük problemlere yol açabilmektedir. Örneğin, meslek sahibi olma bağlamında getirilen sınırlamayı bir devlet kamu düzeni ve güvenliğine istinat ettirirken, diğeri ekonomik nedenlere istinat ettirmektedir.

Çok kutuplu temel hak ilişkilerinde hatta temel hakları koruma amaçlarının farklı olması ve bunun sonucu olarak da farklı sınırlama durumlarının ortaya çıkması mümkündür. Bir başka zorluk temel hakların farklı geçerlilik alanına sahip olması nedeniyle doğmaktadır. Almanya’da olduğu gibi temel haklar sadece bireyleri devlete karşı koruyan bir işleve sahip mütalâa edildiği takdirde, bireyler arasındaki özel hukuk ilişkilerinde temel hak korumasından söz edilmemektedir. Buna karşılık temel hakların geçerliliği bireyler arasındaki ilişkilere yansıtıldığı nispette, farklı bir içtihatın oluşması söz konusu olmaktadır. İki yahut daha ziyade seviyede aynı yahut benzer temel haklar geçerli olduğu takdirde yetkili mahkemelerin kararlarının çatışmasını önleyen bir mekanizmaya gerek duyulmaktadır. Bu çerçevede ya normların uygulanma alanlarının ve mahkemelerin yetki alanlarının birbirine karşı sınırlanması, ya da farklı seviyelerde alınan kararların birbiri ile uyumlaştırılması gerekmektedir. Mahkemelerin birbiri ile uyumlu olmayan kararlar vermesi temel hakları korumak yerine onlara zarar verebilir.

I –Mahkemelerin yetki alanlarının sınırlandırılması

Mahkemelerin kararları arasında bir çatışmaya engel olmanın en kolay şekli, mahkemelerin denetim yetkilerinin gri alanlar bırakmaksızın kesin şe-

³ krş.t.: “Caroline v. Hannover”: BVerfGE 97,125; 101,361; 120,180; AİHM’nin aynı davayla ilgili 24.06.2004 tarihli – 59320/00 sayılı kararı, bknz.: NJW 2004, s.2647; Görgülü davasında BVerfGE

111,307; AİHM’nin 26.2.2004-74969/01 sayılı kararı için bknz.: NJW 2004, s.3397, Rn.37,26

⁴ Mülkiyet hakkının korunmasında bir devlette sadece maddi varlıklar esas alınırken, bir diğerinde

maddi olmayan fikir, marka, patent hakları da mülkiyet hakkının korunması çerçevesinde mütalâa

edilebilir. Bknz.: Ferdinand Kirchhoff, Grundrechtsschutz durch europäische und nationale Gerichte, NJW 2011, s.3681 vd.

kilde birbirinden ayrılmasıdır. Bu yöntem federal yapılı devletlerde Federal ve Eyalet anayasa mahkemeleri arasındaki ilişkilerde prensip olarak Birlik temel haklarına ve Federal Anayasa Mahkemesi kararlarına öncelik verilerek uygulanmaktadır⁵. Ulusal anayasa normlarının çatışması ve birbirinden sapan içtihatların oluşması bu şekilde devlet yapısı içinde önlenmektedir. Buna karşılık ulusal anayasa mahkemelerinin, AB Adalet Divanı'nın ve AİHM'nin birbirine ters düşen içtihatları arasında uyum sağlanması zor gözükmemektedir. Mahkemelerin birbiri ile uyumlu olmayan içtihatlarının uyumlaştırılması kural olarak söz konusu temel hak komplekslerinin hiçbirini bütünüyle devre dışı bırakılmayan bir yaklaşımla gerçekleştirilmesi mümkündür. Mahkemelerin yetki alanlarına kesin sınırlama getiren, anayasaların üstünde yer alan ulusüstü bir hukuk düzenlemesi bulunmamaktadır. Ulusüstü mahkemelerin yetkileri üye devletlerin kendilerini efendisi olarak gördükleri anlaşmalara istinat etmektedir⁶.

II - AB Temel Haklar Şartı ve üye devletlerin anayasaları arasındaki ilişki

Avrupa Temel Haklar Şartı kendi uygulanma kuralları nedeniyle AB organları için geçeridir⁷. Yetkilerin sınırlanması yöntemi bu çerçevede tasarrufta bulunan Birlik organlarının yetkilerinin esas alınması ve bu şekilde ilgili mahkemeye açıkça işaret edilmesi suretiyle uygulanabilmektedir. Avrupa Temel Haklar Şartı'nın 51.maddesine göre AB temel hakları AB üyesi devletlerde genel olarak ve kapsamlı şekilde geçerli olmak durumunda değildir. AB temel hakları sadece AB hukukunun üye devletler tarafından icrası sırasında uygulanacaktır. Temel Haklar Şartı'nın 51.madde, 2.fıkrası hatta negatif bir yetki kuralı ile expressis verbis (açık şekilde), Temel Haklar Şartı'nın Birlik hukukunun geçerlilik alanını hiçbir şekilde genişletmeyeceğini ve Birlik lehine yeni yetkiler oluşturmayaacağını öngörmektedir. Birlik temel hakları sadece diğer AB hükümleri çerçevesinde üye devletlerin tasarruflarını etkileyebilir. AB Temel Haklar Şartı'nın üye devletler tarafından AB hukukunun icrası çerçevesinde dikkate alınacağı kavramı da tartışmalıdır. Åkerberg Fransson

⁵ BVerfGE 96, 345,365 vd.

⁶ AB anl. md.19; AİHK, md.19

⁷ Eckhard Pache, Kommentierung der Rechtsschutzbestimmungen Art.251-281, 340, Art.344

AEUV, bknz.: Christopf Vedder/Heintschel v.Heinegg (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 2012,

Art.19, Rn.8

davasında AB Adalet Divanı⁸ bu kavramla bağlantılı olarak yaptığı değerlendirmede somut bir olayda herhangi bir şekilde AB hukuku ile bağlantılı bir durumun ortaya çıkmasından, diğer bir ifadeyle bir üye devletin Birlik hukukunun uygulanma alanında tasarrufta bulunmasından hareket etmiştir. Böyle bir yaklaşım, AB hukukunun üye devletler tarafından icrası kavramının üye devletlerin bir yönetim görevi olarak AB hukukunu iç hukukta düzenlemek durumunda olmadığı, somut olayda AB hukukunun sadece değerlendirilme konusu yapıldığı hükümlerini de kapsamı gibi bir sonuç doğurur. Federal Alman Anayasa Mahkemesi Anti-Terror-Datei kanununla⁹ ilgili oybirliğiyle aldığı kararında açıkça bu yaklaşımın Temel Haklar Şartı'nın 51.maddesinin ne lâfzı, ne de ruhuyla uyuşmadığını, AB'nin 6.madde, 2.fıkrası ile de açıklanamayacağını ifade ederek, AB hukukunun somut olay bakımından bağlayıcı düzenlemeler öngörmesi diğer bir ifade ile, ilgili hukuki ilişkinin AB hukuku tarafından düzenlenmesi koşuluyla Temel Haklar Şartı'nın üye devletlerde uygulanması gerektiğini kabul etmiştir. AB temel haklarının ancak bu çerçevede geçerli olması mümkündür. Bu çerçevenin dışında AB temel haklarının üye devletlerde uygulanması mümkün değildir. Sonuç olarak Birlik hukuku tarafından bağlayıcı olarak düzenlenmeyen alanlar için AB Temel Haklar Şartı'nın geçerlilik iddiasının AB Adalet Divanı'nın yetkisini aşması nedeniyle kabul edilmesi mümkün değildir¹⁰.

1 - AB temel haklarının ve üye devletlerin temel haklarının aynı olayda geçerlilik iddiası

AB temel haklarının AB hukukunun üye devletler tarafından icrası esnasında uygulanması üye devletlerin yalnız kendi anayasalarının temel hak düzenlemelerini değil, AB temel Haklar Şartı'nın düzenlemelerini de dikkate almasını gerektirmektedir. Böyle bir durumda iki temel hak kompleksi birbiriyle çakışmaktadır. AB Temel Haklar Şartı'nın ve ulusal anayasanın ilgili temel hak için farklı hukuki sonuçlar öngörmesi durumunda ulusal temel hakların anayasalardaki hiyerarşisi ışığında AB hukukunun genel olarak uygulanma önceliği söz konusu olmamaktadır.

⁸ EuGH, Rs. C-617/10, 26.2.2013 tarihli karar

⁹ BVerfG, 24.4.2013, 1 BvR 1215/07, NJW 2013, s.1494

¹⁰ BVerfGE 89,155,188,209 vd., krş.: Attila Vincze, Das tschechische Verfassungsgericht stoppt den EuGH, EuR 2013, s.194

Ulusüstü nitelikli AB hukuku ancak temel haklar da dahil olmak üzere Avrupa çapında geçerli olmak iddiasındadır. Avrupa Temel Haklar Şartı'nın amacı ulusal temel haklarla aynı temel hakların oluşturulması yahut bu temel hakların Avrupa'da merkezi olarak geçerli kılınması değildir. Temel hakların çakıştığı durumlarda yetki sınırlaması yöntemi kullanılamamaktadır. İki temel hak kompleksini de tatmin edecek başka bir çözümün bulunması gerekmektedir. Bu çözüm Temel Haklar Şartı'nın 51.maddesinde öngörülmüştür. Söz konusu hükümde Birlik temel haklarının önceliğinden değil, unional (mütetecanis) geçerliliğinden hareket edildiği kabul edilmektedir. Temel Haklar Şartı Birlik temel hak kompleksinin uygulanma önceliği sorusunu cevaplandırmamıştır¹¹. Uygulanma önceliği doktrini de sadece AB Adalet Divanı'nın içtihadına istinat etmektedir. İkincil (sekunder) Birlik hukukundan farklı olarak Birlik temel hakları uygulanma önceliği talep etmemektedir. Zira, Birlik temel hakları ulusüstü hukuk düzeninin icrasını değil, optimal şekilde bireylerin temel hakların korunmasını hedeflemektedir. Effet utile yorum (yararlı yorum tekniği) burada temel hakların etkin korunması amacıyla yöneliktir. Kaynağına bakılmaksızın en geniş koruma sağlayan temel hak düzenlemesi önceliğe sahip olmaktadır. Implied Power doktrinine (zımnî yetki) istinaden Birlik temel haklarının öncelik iddiası anayasal sınırlarla karşılaşmaktadır¹². AB Adalet Divanı içtihatlarında AB hukukunun uygulanma önceliğine esas alınan dogmatik dayanak Birlik – ulusal temel hak uyumsuzluklarında kabul edilmemektedir. Her iki temel hak kompleksi de somut durumda yanyana geçerlidir. Etkin temel hak koruması sağlayan düzenleme ancak somut durumda geçerli olacaktır. Her iki temel hak kompleksinin bu nedenle diyalog içinde uyumlu hale getirilmesi gerekmektedir. Federal Alman Anayasa Mahkemesi mahkemeler arasında diyalog ile her iki temel hak kompleksinin etkilerini gösterebileceği bir uyum oluşturmaya çalışmaktadır. Bu uyum ancak ulusal anayasal kimliğin ve temel hakların özünün tehlikeye girmesi durumunda ulusal anayasaya öncelik verilerek sağlanacaktır. Bu istisnai durumlarda doğrudan halkın egemenliğine istinat eden anayasa, ulusüstü, sadece dolaylı demokratik meşruiyeti olan Birlik hukukuna nazaran önceliğe sahip olacaktır¹³.

¹¹ Dirk Ehlers (Hrsg.) Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 3.Aufl., 2009, § 14, Rn.51

¹² bkz.: GG 51.md, 2.fık.

¹³ BVerfGE 39, 155,169; 123,267,364 vd.

2 - Mahkemeler arasında işbirliği (kooperasyon) yöntemi

Temel hak korumasının etkin kılınması için mahkemeler arasında işbirliği yapılması gerekmektedir. Her iki temel hak kompleksinin gereksinimlerini karşılamak için işbirliği tekniği olarak yetki kullanmaktan kaçınma ve mahkemeler arasında diyalog yöntemi uygulanmaktadır. Yetki kullanmaktan kaçınma yöntemi, her iki mahkemenin kendi yetkisini özenli ve diğer mahkemeyi dikkate alacak şekilde kullanması anlamını taşımaktadır. Federal Alman Anayasa Mahkemesi örneğin Solange II kararında, AB Adalet Divanı'nın Alman Anayasasında öngörülen temel haklara içtihatlarında özünde saygı gösterdiği nispette, yargı yetkisini kullanmayacağını ifade ederek bu yöntemi kullanmıştır¹⁴. AB Temel Haklar Şartı ile birlikte, Birliğin ve üye devlet anayasalarının temel hakları koruma hakkı kural olarak birbirleriyle çalışmaktadır. Bu çerçevede AB Adalet Divanı'nın "tersine Solange" olarak nitelendirilen yeni kararı AB Adalet Divanının bu kez yetki kullanmaktan kaçınmasını sağlamaktadır. Söz konusu karara göre bir ulusal anayasa mahkemesinin AB Temel Haklar Şartı'nda yer alan temel haklara özünde saygı gösteren içtihadının bulunduğu durumlarda AB Adalet Divanı gri alanlarda AB Temel Haklar Şartı'nı esas alan bir karar vermekten kaçınacaktır.

Bu durum AB Adalet Divanı'nın tam olarak Birlik temel haklarının yorumundan ve icrasından vazgeçmesini gerektirmemektedir. Zira AB organlarına ve anayasa mahkemesi olmayan diğer üye devletlere karşı Divan yetkilerini kullanmaya devam edecektir. Ulusal anayasa mahkemesi de diğer taraftan AB Temel Haklar Şartı'nı değerlendirmelerinde kullanabilecektir. Yetki kullanmaktan kaçınma ile sağlanan işbirliği yönteminin bireylerin temel haklarını etkin olarak temin etmesi mümkündür. Yetki kullanmakta kaçınma yöntemi ile sağlanan işbirliği, Divanın yargılama yetkisini münhasıran temel hak konusuna yönlendirmesini önlemek suretiyle temel haklara etkin koruma sağlamaktadır. AB Adalet Divanı temel hakları korumakla görevli bir anayasa mahkemesi olarak tasarlanmamıştır. AB Adalet Divanı nezdinde anayasa şikâyeti davası açılmaz. Böyle bir dava AB Adalet Divanı'nın personel olanakları itibarıyla de aşmaktadır. Ana görevleri bireyleri devletin tasarruflarına karşı korumak olan anayasa mahkemeleri nezdinde oysa kimi AB üyesi devletlerde bireylerin anayasa şikâyeti davası açma olanağı vardır.

¹⁴ BVerfGE, 73,339

3 - Mahkemeler arasında diyalog

AB Adalet Divanı'nın "Tersine Solange" kararının mahkemeler arasında bir işbirliği yöntemi olan diyaloga yol açması mümkündür. Mahkemeler arasında diyalog yoluyla gerçekleşen işbirliği, diğer mahkemenin kararlarını, gerekçelerini öğrenmeyi, temel hakların etkin korunmasını sağlayacaktır. Temel hakların korunması bağlamında her iki mahkeme (AB Adalet Divanı ve ulusal anayasa mahkemesi) birbirlerinin görüşlerine saygı göstererek ortak bir temel hak dogmatığının oluşmasını sağlayacaktır. Diyalog yoluyla mahkemelerin arasındaki işbirliği yönteminin en güzel örneğini sözleşmenin 267.maddesine istinaden gerçekleştirilen önkarar başvuru prosedürü vermektedir. 267.madde üzerinden ulusal mahkemeye derdest bir dava esnasında AB Adalet Divanı'na başvurarak Avrupa temel hakları konusunda yorum alma olanağı verilmektedir. Bu tür bir olanak AİHM ve AB Adalet Divanı ilişkisi çerçevesinde de tartışılmaktadır¹⁵.

III - Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin anayasa mahkemeleri ile ilişkisi

AİHM'nin diğer mahkemelerle ilişkisi karmaşık bir yapıda şekillendirilmiştir. AB Anlaşmasının 6.madde, 2.fıkrası ve 3.fıkrası AİHM'nin kararlarının Birlik organları bakımından kapsamlı bağlayıcılığını öngörürken, AİHM'nin kararlarının üye devletlerde etki göstermesini Konvansiyonun üye devletlerin hukuk düzenine transforme edilme koşuluna bağlamaktadır. AİHK'nın doğrudan geçerli olduğu Konvansiyon devletlerinde (transformasyona gerek olmaksızın) AİHM'nin kararları doğrudan etkiye sahiptir. Bu ülkelerin anayasa mahkemeleri AİHK hükümlerini bireylerin korunması için doğrudan ulusal hukuk gibi uygulayabilir ve yorumlayabilir. Diğer Konvansiyon ülkelerinde Konvansiyonun ulusal bir tasarrufla iç hukuka aktarılması gerekmektedir. Bu transformasyon tasarrufu AİHK'nin iç hukuktaki hiyerarşisini ve AİHM'nin kararlarının etkisini belirler. Federal Almanya'da Avrupa İnsan Hakları Konvansiyonu örneğin Federal Alman Anayasasının (GG) 59.maddesine göre iç hukuk düzenine basit bir kanun hiyerarşisi ile ithal edilmiştir¹⁶. Ulusal mah-

¹⁵ Robert Uerpmann-Witzack, Rechtsfragen und Rechtsfolgen des Beitritts der Europäischen Union zur EMRK, EuR-Beiheft 2012, s.167,170,178 vd.

¹⁶ 7.8.1952 tarihli kanun için bkz.: BGBl, II 1952, 685; BVerfGE124,300,319; 111,307,315 vd.; 74,358,370)

kemeler Konvansiyonu insan hakları içeriği nedeniyle özel bir dikkatle, ancak diğer herhangi bir federal kanun gibi dikkate almak durumdadır.

Federal Alman Anayasa Mahkemesi tarafından takip edilen yaklaşım Konvansiyonun geçerliliğini teşvik edici niteliktedir. AİHK, 47 Konvansiyon tarafı devlette insan haklarını asgari standartta temin etmesi nedeniyle, Konvansiyonun ancak herhangi bir federal kanun gibi kategorize edilmesi ve uygulanması mümkün değildir. Federal Alman Anayasa Mahkemesi Konvansiyon’a insan hakları içeriği nedeniyle basit federal kanunlar seviyesinde özel bir yer vermekte¹⁷ ve mahkemelerden anayasa hukukunun izin verdiği nispette Konvansiyon’un değerlerine saygı göstermelerini ve Konvansiyon tarafı devletlere verilen yükümlülükleri yerine getirmelerini ve icra etmelerini talep etmektedir¹⁸. Bu şekilde Konvansiyon soyut anlamda değil, fiilen de diğer basit federal kanunlara nazaran önemli bir ağırlık kazanmıştır. Federal Alman Anayasa Mahkemesi için AİHM mülâhazaları ve gerekçeleri itibarıyla yeni değerlendirmelere ve düşünmeye sevk eden bir diyalog ortağı haline gelmiştir. Federal Alman Anayasa Mahkemesi AİHM’nin Konvansiyon tarafı devletlerin hepsinde yüksek bir insan hakları standardı değil, Avrupa’da insan hakları bakımından sadece bir asgari standart oluşturma işlevine işaret ederek, AİHM ile diyaloga geçme ve onun değerlendirmelerini dikkate alma çağrısı yapmıştır. Federal Alman Anayasa Mahkemesi ve AİHM diyalogu pozitif şekilde gelişmiştir. Federal Alman Anayasa Mahkemesi birçok önemli davada Strasburg Mahkemesinin farklı görüşünü kabul etmiş ve icra etmiştir¹⁹. AİHM kararlarında kabul edilen temel hak korumasının Konvansiyon tarafı devletlerin ulusal özelliklerini taşıması AİHM’nin kararlarında artan bir şekilde “margin of appreciation”a (takdir yetkisi) istinaden açıklanmaktadır²⁰.

IV - Bölgesel nitelikli özel temel haklar alanında yapılan işbirliği

Avrupa Temel Haklar Şartı eşitlik hakları gibi diğer uluslararası sözleşmelerde, örneğin AİHK’da yer almayan sayısız farklı ve kapsamlı sosyal haklar içermektedir. Ulusal anayasalar bakımından da aynı durum geçerlidir. Ulusal anayasaların temel hak düzenlemelerine her halkın kendi tarihi tec-

¹⁷ BVerfGE 74, 358,370,307,317

¹⁸ BVerfGE 111, 307,327,329,188,326,371

¹⁹ BVerfGE 92, 91, 107 md. (“Feuerwehrrabgabe”); BVerfGE 120,180 (“Caroline von Monaco III”)

²⁰ Krst.: Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention, 5.Aufl. 2012, §18, Rn.20 vd.

rübeleri esas olmaktadır. Bu şekilde örneğin Federal Alman Anayasasında (GG) basın özgürlüğü kapsamlı şekilde korunmaktadır. Basında çalışanların çalışma koşulları ve ücretleri geleneksel olarak işveren ve sendikaların sorumluluğuna bırakılmıştır. Devlet bu alanda yetki kullanamamaktadır²¹; yahut diğer bir çalışan kesim olan memurlara kamu hizmeti alanında özel haklar tanınmaktadır. Federal devletlerde, eyaletlerde çok sık şekilde bölgesel koşullara bağlı temel haklar geçerlidir. Alman eyalet anayasalarının birçoğu vatan hakkı, kültürün, sporun teşviki ve azınlıkların korunması gibi özel temel haklar öngörmektedir²². AİHK özel temel haklar içermemektedir. Bunun nedeni AİHK'nun bütün temel haklara değil, evrensel nitelikli insan haklarına asgari bir standart getirmek istemesidir.

Ulusal yahut bölgesel karakterli özel temel haklar kendi özellikleri nedeniyle sadece özel durumlarda ilave ve genişletilmiş koruma sağlamaları nedeniyle nadir olarak diğer seviyelerde bulunan mahkemelerin kararlarıyla çatışmaya düşerler. Bununla beraber bu haklar bağlamında da mahkemeler arasında diyalog söz konusudur. Bireylerin temel haklarının etkin olarak korunması bu özel haklar için de diyalogu gerekli kılmaktadır. Avrupa seviyesinde ve ulusal seviyede görev yapan mahkemeler bölgesel temel haklara yönelik tehlikeleri gözardı etmektedir. Federal devletlerde

Sonuç:

Federal Anayasa Mahkemeleri ve Eyalet Anayasa Mahkemeleri, üniter devletlerde ulusal anayasa mahkemeleri temel hak teminatı sağlamakla yükümlüdür. Temel haklar ulusal anayasa mahkemelerinin varlıklarının gerekliliğini ortaya koyan en önemli nedendir. Mahkemeler arasındaki işbirliği ulusal ve bölgesel temel hakların dikkate alınmasını gerektirmektedir. Temel Haklar Şartı'nın 52.madde, 1.fikrası bu yaklaşımdan hareket ederek, ulusal düzenlemelerin ve uygulamaların tüm kapsamıyla dikkate alınması gereğini vurgulamaktadır²³. AİHM bu konuya ilişkin olarak çok hassas davranmakta ve insan hakları için sadece bir temel standart oluşturmak istemekte ve temel hak korumasında açık farklılıklarda “margin of appreciation”a (takdir yetkisi)

²¹ GG md.9, 3.fik.

²² Baden Württemberg anayasasının 2.md, 2.fik.; Sachsen Anayasasının md.5, fik.2. muayyen bir eğitimi; sporun teşvik edilme hakkını (Baden Württemberg Anayasasının 3.md, 1.fik.); azınlıkların korunması hakkını (Sachsen Anayasasının 5.md.), Rheinland Pfalz Anayasasının 17.md; kültürel teşvik hakkını, Nordrhein-Westfalen Anayasasının 18.md, Saarland Anayasasının 34.maddesi

²³ Hans Dieter Jarass, Charta der Grundrechte der EU, 2.Aufl. 2012, Rn.83 vd.

istinaden karar almaktadır. İşbirliği tüm anayasa mahkemeleri ve anlaşmalar-
da öngörülen mahkemeler bakımından zaman içinde en önemli görev haline
gelmiştir. Yetki alanında yetki kullanmaktan kaçınma ve diyalog bireylerin
temel hak korumalarını optimize etmek için bir gerekliliktir. İşbirliği ilişki-
sinde diğer mahkemenin dinlenmesi, hukuki gerekçeleri öğrenme gerekliliği
yoğun bir çalışma temposu gerektirmektedir. Başarılı bir diyalogla ulusal ve
bölgesel özellikler göz ardı edilmeksizin, tek tip temel haklara gerek olmadan
ve temel haklara merkezi geçerlilik sağlama gereği kalmadan asgari bir koru-
ma sağlama olanağı bulunmaktadır.

Kısaltmalar:

AEUV	Der Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AB'nin Çalışma Usulleri Hakkındaki Sözleşme)
AİHK	Avrupa İnsan Hakları Kovansiyonu
AİHM	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
Art.	Artikel (madde)
Aufl.	Auflage (bası)
BGBI	Bundesgesetzblatt (Federal Almanya resmi gazetesi)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht (Federal Alman Anayasa Mahkemesi)
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichtes (Federal Alman Anayasa Mahemesi kararları)
ECHR	The European Court of Human Rights
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (Avrupa Topluluğu anlaşması)
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention (Avrupa İnsan Hakları Konvansiyonu)
EuGH	Europäischer Gerichtshof (AB Adalet Divanı)
EuR	Europarecht
GG	Grundgesetz (Federal Alman Anayasası)
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
Hrsg.	Herausgeber (editör)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
Rn	Randnummer (sıra no)
Rs	Rechtssache (dava no)

Bibliyografya:

- Christian Calliess / Matthias Ruffert, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union, 3.Aufl., 2007, Art.10 EGV
- Christopf Vedder/ Heintschel v.Heinegg, Europäisches Unionsrecht, 2012
- Dirk Ehlers Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 3.Aufl., 2009
- Ferdinand Kirchhoff, Grundrechtsschutz durch europäische und nationale Gerichte, NJW 2011
- Robert Uerpmann-Witzack, Rechtsfragen und Rechtsfolgen des Beitritts der Europäischen Union zur EMRK, EuR-Beiheft 2012
- Theodor Maunz/Günter Dürig Grundgesetz Kommentare, Roman Herzog/ Rupert Scholz (Hrsg.)

ELEKTRİK PİYASASINDA ÖNLİSANS MÜESSESİ ÜZERİNE BAZI DEĞERLENDİRMELER

Hacı Yusuf ÇINAR*

ÖZET

6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu (EPK) ile elektrik piyasasında ilk defa önlisans müessesesine yer verilmiştir. Anılan Kanunla, elektrik piyasasında üretim faaliyeti göstermek isteyen kişilerin önce önlisans alması, önlisans süresinde yerine getirilmesi gereken yükümlülüklerin tamamlanmasını müteakiben de üretim lisansı alması öngörülmüştür. Bu minvalde, önlisans, üretim tesisinin inşaatına başlanması için gerekli inşaat öncesi yükümlülüklerin teminini sağlamaya yönelik verilen izin olarak tanımlayabiliriz. Önlisans sahibi kişiler, önlisans süresi içerisinde üretim tesisini inşa etmeye hazır hale getirmekle yükümlüdür. Bu çerçevede, önlisans sahibi tüzel kişilerin önlisans süresinde yerine getirmesi gereken yükümlülüklerin Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliği ile sınırlı şekilde belirlenmesi EPK'ya aykırıdır. Zira, EPK'da böyle bir sınırlama olmadığı gibi önlisansla ilgili yasal hükümler, önlisans süresinin sonunda üretim tesisinin inşa edilmeye hazır hale gelmesi gerektiğini ifade eder niteliktedir. Son olarak, önlisans müessesesine yer verilmesinin amacı, lisansların rant konusu olmaması ve yatırımların bir an evvel hayata geçirilmesi iken “af” uygulamaları ile bu amaca aykırı düzenlemelerin kanunlaştırılması -asıl sorun görmezden gelinerek- önlisans müessesesinin de yetersiz olduğu görüşüyle yeni arayışlara gidilmesine neden olacaktır.

Anahtar Kelimeler: Önlisans, önlisans yükümlülükleri, elektrik piyasası, inşaat öncesi dönem, af

SOME ASSESSMENTS ON THE PRE-LICENSE IN THE ELECTRICITY MARKET

ABSTRACT

In the electricity market, for the first time, the pre-license institution has been included in the Electricity Market Law No. 6446 (EPK). With this Law, it is envisaged that those who want to generate electricity in the electricity market have to obtain a pre-license first, and then to obtain a generation license after completion of the obligations to be fulfilled in the pre-license period. Within this direction, we can define the pre-license as the permit granted for the provision of the pre-construction obligations necessary to start the construction of the generation facility. The pre-license holders are obliged to make the generation facility ready for construction within the duration

* Kamu Hukuku Doktora Öğrencisi e-posta: fbulkersu@gmail.com

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 13/12/2017

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 14/02/2018

of the pre-license. In this framework, it is contrary to the EPK that the Electricity Market Licensing Regulation limits the obligations that must be fulfilled in the pre-license period. As there is no such limitation in the EPK, legal provisions related to the pre-license mean that the generation facility has to be ready to be built at the end of the the pre-license period. Finally, the aim of the pre-license institution is that the licenses should not be a rant issue and that investments should be realized as soon as possible. But, due to the amnesty regulations that are contrary to this aim, the pre-license institution will be questioned and there will be new searches for replacing it.

Keywords: *pre-license, obligations of the pre-license, electricity market, pre-construction period, amnesty*

1. ÖNLİSANS KAVRAMI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

A. Genel Olarak Önlisans Kavramı

14.03.2013 tarihli ve 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu¹ (EPK), elektrik piyasasında hangi faaliyetlerin lisansa tabi olarak yürütüleceğini tahdidi bir şekilde belirlemiştir. Söz konusu faaliyetler üretim, iletim, dağıtım, toptan satış, perakende satış, piyasa işletim, ithalat ve ihracat faaliyeti şeklinde sıralanmıştır.² Anılan faaliyetlerin yürütülebilmesi için Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu (EPDK) tarafından verilen lisansların alınması zorunludur.

EPK ile elektrik piyasasında üretim faaliyeti kapsamında ilk defa “önlisans” müessesine yer verilmiştir. EPK’nın 3 üncü maddesinin birinci fıkrasının (z) numaralı tanımı ve aynı tanımın yer aldığı Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliği (Lisans Yönetmeliği)³ne göre önlisans; üretim faaliyetinde bulunmak isteyen tüzel kişilere, üretim tesisi yatırımlarına başlamaları için gerekli onay, izin, ruhsat ve benzerlerinin alınabilmesi için belirli süreli verilen izni ifade etmektedir. Aynı Kanunun 6 ncı maddesinin birinci fıkrası ise “*Üretim lisansı başvurusunda bulunan tüzel kişiye öncelikle, üretim tesisi yatırımına başlaması için mevzuattan kaynaklanan izin, onay, ruhsat ve benzeri belgeleri edinebilmesi ve üretim tesisinin kurulacağı sahanın mülkiyet veya kullanım*

¹ Resmi Gazete Tarih ve Sayısı: 30.03.2013-28603

² Bkz. EPK m.4/1 (İnternet: <http://www.epdk.org.tr/TR/Dokumanlar/Elektrik/Mevzuat/Kanunlar> (Son Erişim Tarihi:15.10.2017))

³ Yönetmeliğin ilk hali ve yapılan değişiklikler için Bkz. İnternet: <http://www.epdk.org.tr/TR/DokumanDetay/Elektrik/Mevzuat/Yonetmelikler/Lisans> (Son Erişim Tarihi: 15.10.2017)

hakını elde edebilmesi için Kurum tarafından belirli süreli önlisans verilir.” hükmünü içermektedir. Anılan hükümlerden anlaşılacağı üzere önlisans, elektrik piyasası faaliyetlerinden sadece üretim faaliyeti kapsamında verilen bir ön izin niteliğinde olup gerekli yatırımların başlaması için de bir ön şarttır.

Kanunkoyucu, önlisans müessesesinin düzenlenme amacını EPK’nın 6 ncı maddesinin gerekçesinde şu şekilde ifade etmektedir: *“Söz konusu düzenleme ile varılmak istenen amaç bir yandan üretim lisansı almış olan şirketlerin uzunca bir süre projenin gerçekleşmesine yönelik gerçek bir çaba göstermeksizin anılan lisanslar üzerinden devir yoluyla rant sağlama çabalarının önüne geçilerek lisansların gerçek yatırımcı tarafından alınmasını temin etmek, öte yandan da önlisans almış olan şirketlere gerekli izinleri almak üzere diğer kamu kurumları nezdinde yapacakları başvurular için dikkate alınmalarını temin edecek bir belge verilmesini sağlamaktır.”*⁴ Söz konusu ifadeler, önlisansın amacının; gerçek yatırımcıların elektrik üretim faaliyeti ile iştigal etmelerini temin ederek lisansı rant elde etmek için kullanan kişilerin piyasa dışına itilmesini sağlamak ve üretim tesisiyle ilgili alınması gereken diğer izinler bakımından dayanak teşkil etmek olduğu anlaşılmaktadır.

Önlisans, yukarıda da belirtildiği üzere, EPK’yla getirilen yeniliklerden biridir. Üretim faaliyeti için artık doğrudan üretim lisansı verilmesi yerine öncelikle önlisans verilmesi, önlisans süresinde istenen izin, belge ve ruhsatların alınması ile kamulaştırma v.b. hususların tamamlanmasını müteakiben de lisans verilmesi anlayışı benimsenmektedir. Diğer bir deyişle yeni piyasa yapısında elektrik üretim faaliyetinin yapılabilmesi için ilk önce önlisans ve sonra üretim lisansı olmak üzere iki tür lisans alınması öngörülmektedir. Oysa, EPK’dan önce yürürlükte olan 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu⁵ ve mülga Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliği⁶ döneminde üretim faaliyetinde bulunmak isteyen bir tüzel kişiye gerekli yükümlülükleri tamamlamasını müteakiben doğrudan üretim lisansı verilmekte idi. Üretim lisanslarına inşaat

⁴ İnternet: <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss426.pdf> (Son Erişim Tarihi: 07.12.2017)

⁵ 14.03.2013 tarihli ve 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunuyla 4628 sayılı Kanunun adı “Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunun Teşkilat Ve Görevleri Hakkında Kanun” şeklinde değiştirilmiştir. 4628 sayılı Kanunun, piyasaya ilişkin hükümler içerdiği önceki metinler için bkz. İnternet: <http://mevzuat.basbakanlik.gov.tr/Metin1.Asp?MevzuatKod=1.5.4628&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch=&Tur=1&Tertip=5&No=4628> (Son Erişim Tarihi: 01.09.2017)

⁶ Anılan yönetmelik için bkz. İnternet: <http://www.epdk.org.tr/TR/DokumanDetay/Elektrik/Mevzuat/Yonetmelikler/Mulga/Lisans> (Son Erişim Tarihi: 01.09.2017)

öncesi süre, inşaat süresi ve bu iki sürenin toplamından oluşan tesis tamamlanma süresi dercedilmektedir. Üretim lisansı; önlisans sürecini, üretim tesisinin inşa edilmesini ve işletilmesini kapsar nitelikte iken EPK'yla birlikte sadece inşa ve işletme faaliyetine özgü hale gelmiştir.

B. Önlisansın Hukuki Mahiyeti

Önlisansın hukuki mahiyeti hakkında değerlendirmede bulunmadan önce kanunkoyucu tarafından içeriğinin nasıl kurgulandığını tespit etmek gerekmektedir.

EPK'da yer alan önlisans tanımının gerekçesinde “...bendi ile, önlisans tanımlanmış olup, Türk idare teşkilatında izin-önizin uygulamasına paralel şekillendirilen önlisansın üretim faaliyeti göstermek isteyen kişilere yönelik ve lisans kapsamında yapılacak üretim tesisinin kurulması öncesi tüm idari ve bürokratik iş ve işlemlerin tamamlanması aşaması olarak tanımlanmasına özen gösterilmiştir.”⁷ ifadelerine yer verilmiştir.

Kanun ve Yönetmelikte yer alan önlisans ve lisans tanımları ile önlisans ve lisansa ilişkin hükümler incelendiğinde “inşaat” ve “yatırım”ın lisansla başladığı, önlisansın “inşaat” ve yatırıma imkan sağlayan izin, onay veya ruhsatların dayanağını teşkil ettiği sonucu çıkmaktadır. Diğer bir ifadeyle “inşaat” ve “yatırım”ın başlangıcı, üretim lisansının verildiği tarih olmaktadır.

Nitekim Kanunun 5 inci maddesinin yedinci fıkrasının ilk cümlesi “Üretim lisansı başvurusunda bulunan tüzel kişiden, önlisans yükümlülüklerinin yerine getirilmesini müteakiben **üretim tesisinin lisansında belirlenen inşaat süresi** içerisinde kurulmaması hâlinde irat kaydedilmek üzere, kurulmak istenen üretim tesisinin niteliğine ve büyüklüğüne göre **yatırım tutarının** yüzde onunu geçmemek üzere teminat mektubu alınır...” hükmünü, 6 ncı maddesinin birinci fıkrası ise “Üretim lisansı başvurusunda bulunan tüzel kişiye öncelikle, üretim tesisi yatırımına başlaması için mevzuattan kaynaklanan izin, onay, ruhsat ve benzeri belgeleri edinebilmesi ve üretim tesisinin kurulacağı sahanın mülkiyet veya kullanım hakkını elde edebilmesi için Kurum tarafından belirli süreli önlisans verilir.” hükmünü içermektedir. Anılan hükümler inşaat ve yatırımı lisans dönemine özgülemekte ve bu dönemle sınırlamaktadır.

⁷ İnternet: <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss426.pdf> (Son Erişim Tarihi: 07.12.2017)

Ancak, yukarıdaki paragrafa ayrı bir parantez açmak adına “yatırım” ifadesinin Kanun ve ikincil mevzuatta doğru bir şekilde kullanılmadığını belirtmek gerekmektedir. Zira üretim tesisi kurmak isteyen bir tüzel kişi önlisans almadan çok daha önce örneğin fizibilite raporu hazırlamak gibi yatırım kapsamına girecek bir çok iş ve işlemde bulunmaktadır. Ayrıca, önlisans ve üretim lisansı ayrımı ve önlisans kapsamında yapılması gereken iş ve işlemler de düşünüldüğünde “yatırım” kelimesi yerine “inşaata başlama” ifadesinin kullanılmasının ve anlaşılmasının doğru olacağı düşünülmektedir.

Diğer taraftan, EPK’yla adeta 4628 sayılı Kanun ve ikincil mevzuatta yer verilen inşaat öncesi dönem, üretim lisansı kapsamından çıkarılmış ve ayrı bir adla “önlisans” olarak düzenlenmiştir. Nitekim 6 ncı maddenin birinci fıkrasına ilişkin gerekçede “*Madde ile, önlisans verilmesine ilişkin esaslar lisans maddesi kapsamında değil ayrı bir madde olarak düzenlenmiştir. Önlisans süreci özellikle üretim lisanslarında uzun zaman alan inşaat öncesi döneme mahsus olmak üzere bir önlisans verilmesini öngörmektedir. Önlisans sahibi bu süre içerisinde inşaata başlamak üzere gerekli izin ve onayları tamamlamak ve üretim tesisinin kurulacağı sahanın mülkiyet veya kullanım hakkını elde etmek zorundadır.*”⁸ ifadelerine yer verilmiştir.

O halde kanunkoyucunun elektrik piyasasında üretim faaliyetinde bulunulabilmesi için önlisans ve lisans olmak üzere iki aşama öngördüğünü, üretim lisansının, lisansa konu üretim tesisinin inşa edilmesini ve işletilmesini; önlisansın ise üretim tesisinin inşa edilmeye hazır hale getirilmesi sürecini kapsadığını tespit edebiliriz. Bu minvalde önlisansı, **üretim tesisinin inşaatına başlanması için gerekli inşaat öncesi yükümlülüklerin teminini sağlama ya yönelik verilen izin** olarak tanımlamak uygun olacaktır.

Doktrinde, lisans genel olarak ikili ayrıma gidilerek incelenmekte ve mahiyeti hakkında değerlendirmelerde bulunmaktadır. Buna göre kamu hizmeti gördürme usulü olan lisans ile kolluk usulü lisans birbirinden farklı iki tür izni ifade etmektedir.⁹ İlk izin türünde, izni veren idare tarafından, izne konu faaliyetin her alanına nüfuz edilerek adeta içsel bir denetimde bulunmaktadır.¹⁰ İkincisinde ise izne konu faaliyet üzerindeki denetimin yoğunluğu

⁸ İnternet: <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss426.pdf> (Son Erişim Tarihi: 07.12.2017)

⁹ Ali ULUSOY, **Kamu Hizmeti İncelemeleri**, 1.Baskı, Ülke Kitapları, İstanbul, 2004, s.38

¹⁰ ULUSOY, s. 38; Turan YILDIRIM, Melikşah YASİN, Nur KARAN, H. Eyüp ÖZDEMİR, Gül ÜSTÜN, Özge OKAY TEKİNSOY, **İdare Hukuku** (4. Baskı), On İki Levha Yayıncılık,

“içsel” yerine “dışsal” denetim yapıldığını gösterir niceliktedir.

Atay, lisansın birel işlem niteliğinde ve ilgiliyi belirli bir hukuki statüye koyduğundan şart işlem türünde olduğunu belirterek idarenin, lisans kapsamındaki kamu hizmetleri üzerinde, müdahalede bulunmaya kadar varabilen denetim yetkisi bulunduğunu ifade etmektedir.¹¹

Günday, kamu hizmetinin özel hukuk kişilerine gördürülme usullerinden biri kabul ettiği ruhsat usulünde, idare lehine tekel konusu yapılmamış bir kamu hizmetinin idarenin vereceği izin ile özel hukuk kişisine gördürüldüğünü belirtmektedir.¹²

Akyılmaz-Sezginer-Kaya, “Tekel niteliğinde olmayan bir kamu hizmetinin, idare tarafından verilen izin üzerine özel kişilerce de görülebilmesi usulüne” ruhsat usulü adı verildiğini belirtmekte, bu usulün son zamanlarda idarenin sadece kolluk yetkileri ile denetim yapmadığı ve faaliyetin içeriğine ilişkin düzenlemeyi de içeren yetki kullandığı virtüel kamu hizmetleri için kullanıldığını belirtmektedir.¹³

Gönen, elektrik üretim faaliyetini kamu hizmeti olarak kabul etmemekte, üretim lisansları bakımından ikili bir ayrıma gitmekte, elektrik üretim faaliyeti sınırlı bir doğal kaynağın kullanım hakkını devretmeyi içeriyorsa kira sözleşmesi benzeri bir ilişkinin doğduğunu, kamusal kaynak kullanılmadan yapılan üretim faaliyeti için verilen lisansların ise kolluk kapsamında kaldığını belirtmektedir.¹⁴

İstanbul, 2012, s.667; Çağdaş Evrim ERGÜN, **Elektrik Piyasasında Kamu Hizmeti**, (1. Baskı), Çakmak Yayınevi, Ankara, 2010, s. 65-66. İl Han ÖZAY, **Günışığında Yönetim**, Alfa Yayınları, İstanbul, 2002, s. 228; A.Şeref GÖZÜBÜYÜK / Turgut TAN, **İdare Hukuku**, Güncelleştirilmiş 8. Bası, c.1. Turhan Kitabevi, Ankara, 2011, s.690

¹¹ Yazar, kamu hizmetinin bir özel hukuk kişisi tarafından işletilmesinin tek taraflı ya da sözleşmeyle görevlendirme şeklinde olacağını belirttikten sonra tek taraflı görevlendirme başlığı altında lisans yöntemini incelemekte ve bu usulün son yıllarda denetleyici kurullar tarafından kullanıldığını belirtmektedir. ayrıntılı bilgi için bkz. Ender Ethem ATAY, **İdare Hukuku** (5. Bası), Turhan Kitabevi, Ankara, 2016, s. 625-626

¹² Yazar, 4628 sayılı Kanunla, elektrik hizmetlerinin gördürülmesinde, 3096 sayılı Kanun ve devamındaki yasal düzenlemelerle benimsenen sözleşme yönteminin terk edilerek ruhsat usulüne geçiş yapıldığını ifade etmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Metin GÜNDAY, **İdare Hukuku** (10. Baskı), İmaj Yayınevi, Ankara, 2011, s. 362-363

¹³ Bahtiyar AKYILMAZ, Murat SEZGİNER, Cemil KAYA, **Türk İdare Hukuku** (Güncellenmiş 2. Baskı), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011, s.474-475

¹⁴ Yakup GÖNEN, **Türkiye’de Elektrik Kamu Hizmetinin Yürütülmesi ve Lisans Usulü** (1.Baskı), Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, s. 224-225

Giritli-Bilgen-Akgüner-Berk'e göre, lisans, kolluk faaliyeti kapsamında verilen izin niteliğinde olup izin verilen kişinin piyasada etkinlikte bulunabileceğini gösteren bir yetki belgesidir.¹⁵

Çal'a göre "...kolluk, kolluktur. İdari denetimin yoğunluk derecesine bağlı olarak "az kolluk" ve "çok kolluk" türü ayrımlar, ancak bir fantezi olarak görülebilir..."¹⁶ Yazar, içerik denetimine bağlı ayırımın isabetsiz olduğunu, zira, bir faaliyet kamu hizmeti olsun ya da olmasın idarenin içerik denetimine gidildiğini belirtmektedir.¹⁷

Kanaatimizce de lisans hususunda içerik denetimine bağlı bir ayrıma gidilemeyeceği gibi kamu hizmeti lisansı ya da kolluk lisansı ayırımı da yerinde değildir. Kanunkoyucu, elektrik piyasasında, elektriğin üretiminden tüketimine kadar olan faaliyetlerin her biri için ayırtırmaya gitmekte, her faaliyetin o piyasa yapısı içerisinde kamu yararı doğrultusunda yürütülmesi hususunda hak ve yükümlülüklerden oluşan bir rejim öngörmektedir. Hak ve yükümlülüklerin niteliği ya da niceliği faaliyetin kamu hizmeti olup olmamasına göre değişmekle birlikte sadece bu hususa dayanılarak rejim belirlenmemekte, zira, faaliyeti yürütecek kişinin hak ve menfaatleri ile kamu yararı arasında denge sağlanmaya çalışılmaktadır.

Yukarıdaki savımızı elektrik üretim faaliyeti üzerinden müşahhaslaştırabiliriz. Doktrinde kimi yazarlarca¹⁸ kamu hizmeti niteliğinde görülmeyen elektrik üretim faaliyeti, 4628 sayılı Kanunla önlisans müessesesine gerek görülmeyerek sadece üretim lisansına tabi tutulmuş, üretim lisansı da inşaat öncesi dönem ve inşaat dönemini birlikte içerir şekilde tasarlanmıştır. Bununla birlikte, bu kurgunun istenen seviyede işlemediğinin görülmesi üzerine önlisans müessesenin gerekli olduğu düşüncesiyle EPK'da düzenleme yapılmıştır.

¹⁵ Söz konusu görüş, "Lisans olarak adlandırılan idari işlem, kolluğa ilişkin bir izin olup piyasada etkinlikte bulunma, kurallara uyma, "yeterlilik" ve Elektrik Piyasası Kurulu ile kurulan hukuksal ilişkinin temelini oluşturur. Aksinin düşünülmesi durumunda, yani lisansın kamu hizmetine ilişkin bir izin olduğunun kabulü halinde, Elektrik Piyasası Kurulunun kamu hizmetini sunma ile görevli olması ve bu görevi bir başkasına devir etmesi anlamına gelecektir. Oysa, Kurul tarafından verilen lisans piyasada etkinlikte bulunmaya ilişkin şirket, tesis ve etkinliğe ilişkin yeterli olma belgesidir." ifadeleriyle açıklanmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. İsmet GİRİTLİ / Pertev BİLGİN / Tayfun AKGÜNER / Kahraman BERK, **İdare Hukuku** (Güncellenmiş 5. Baskı), Der Yayınları, İstanbul, 2012, s.1074

¹⁶ Sedat ÇAL, **Türk İdare Hukukunda Ruhsat** (1. Baskı), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010, s.146

¹⁷ Çal, s.146-148

¹⁸ Gönen, s.25-27; Ergün, s.86 v.d.;

Üstelik önlisans, önlisans sahibi tüzel kişinin tamamen yapma yükümlülüklerine tabi olduğu bir içerikle düzenlenmiş olup üretim lisansı alınabilmesi için söz konusu yükümlülüklerin yerine getirilmesi esas şarttır. Diğer bir deyişle önlisans, kaçınma ya da yapmama yükümlülüklerinden daha çok yapma yükümlülükleriyle özdeşleşen bir statüdür.

Yukarıdaki paragrafa ek olarak şu hususu da ifade etmek gerekmektedir: Üretim lisansı alındıktan sonra EPDK'nın üretim lisansı sahibi tüzel kişi üzerindeki gözetim ve denetim yükümlüğü de "içkin" denetim nitelemesini hak eder konumdadır. Zira, öncelikle üretim lisansına dercedilen inşaat süresinde üretim tesisi tamamlanarak işletmeye geçmeli ve tesis tamamlanana kadar, gerçekleştirilen faaliyetler hakkında her yılın Ocak ve Temmuz ayları içerisinde EPDK'ya ilerleme raporu sunulmalı; mücbir sebepler ile yıllık programlı bakım takvimi dışında, üstlenilmiş bulunan yükümlülükleri yerine getirecek şekilde üretim tesisi işler halde tutulmalı; yıllık programlı bakım takvimleri, TEİAŞ ve/veya ilgili dağıtım lisansı sahibi tüzel kişiye bildirilmelidir.¹⁹

Netice itibariyle, üretim lisansı gibi önlisans da EPDK'nın verdiği bir izin olup üretim lisansına konu üretim tesisinin inşaatına başlanılabilesi için gerekli yükümlülükleri temin etmeyi amaçlayan bir idari işlemdir. Nihayet, önlisans, anonim ya da limited şirket nev'inden belirli bir tüzel kişiye verilmekte olup sahibini, EPK ve alt düzenleyici işlemlerle çerçevesi çizilmiş olan hukuki statüye sokması hasebiyle bireysel işlemlerin bir türü olan koşul işlem niteliğindedir.²⁰

2. ÖNLİSANS ALMA SÜRECİ VE ÖNLİSANS SAHİPLERİNİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

A. Önlisans Alma Süreci

EPK, lisansla ilgili birçok hususta olduğu gibi önlisansta da EPDK'ya ikincil mevzuatla düzenleme yapma yetkisi tanımıştır. Nitekim EPK'nın 6 ncı maddesinin birinci fıkrası önlisans başvurusuna, başvurunun değerlendirilmesine, önlisans verilmesine, tadiline, sona ermesine, iptaline, süresine ve süre uzatımına, önlisans sahibi tüzel kişilerin önlisans kapsamında sahip oldukları haklarına, yükümlülüklerine ilişkin hususların yönetmelikle düzenleneceğini öngörmektedir.

¹⁹ Bkz. Lisans Yönetmeliği m.30/2

²⁰ Yıldızhan YAYLA, **İdare Hukuku** (2. Baskı), Beta Yayıncılık, İstanbul, 2010, s.115; Atay, s.455

Lisans Yönetmeliğinin 12 ila 16 ncı maddeleri çerçevesinde önlisans alınana kadar olan süreci aşağıdaki gibi kısaca özetleyebiliriz:

1. Önlisans başvurusunda bulunulması
2. Kurum tarafından gerekli incelemenin yapılması
3. Eksik evrak bildirimi (eksikliklerin bulunması halinde)
4. Eksiklerin tamamlanmasını müteakiben başvurunun değerlendirmeye alınması
5. Değerlendirmeye alınan önlisans başvurusuna ilişkin bilgilerin kişisel hak ihlali açısından yazılı olarak itirazda bulunulabilmesi için Kurum internet sayfasında duyurulması
6. Kurulacak üretim tesisinin iletim ve/veya dağıtım sistemine bağlantısı ve sistem kullanımı hakkında TEİAŞ ve/veya üretim tesisinin bulunduğu dağıtım bölgesindeki dağıtım lisansı sahibi tüzel kişiden görüş istenmesi
7. Kuruma sunulan görüşlerin, başvuru sahibine bildirilmesi
8. Başvuru sahibinin, bağlantı ve sistem kullanımı hakkında oluşturulan görüş veya görüşleri kabul etmesi halinde söz konusu görüşleri kabul ve taahhüt ettiğine ilişkin belgeyi, aksi halde gerekçeleri ile birlikte itirazını on iş günü içerisinde Kuruma sunması
9. Kurul tarafından tüzel kişiye önlisans verilmesi ya da başvurunun reddedilmesi

Önlisans başvurusuna konu projenin kaynak türüne göre söz konusu süreçte ufak değişiklikler olabilir. Örneğin rüzgar ve güneş enerjisine dayalı önlisans başvurularında, değerlendirmeye alma sürecinde, teknik değerlendirmenin yapılması amacıyla başvurular Yenilenebilir Enerji Genel Müdürlüğüne gönderilir. Anılan Genel Müdürlüğün söz konusu değerlendirmeyi tamamlayarak Kuruma bildirmesi üzerine önlisans sürecine devam edilir.²¹

²¹ Yenilenebilir Enerji Genel Müdürlüğü söz konusu değerlendirmeyi; 20.10.2015 tarihli ve 29508 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan “Rüzgar Kaynağına Dayalı Elektrik Üretimi Başvurularının Teknik Değerlendirmesi Hakkında Yönetmelik” ile 30.06.2017 tarihli ve 30110 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan “Güneş Enerjisine Dayalı Elektrik Üretimi Başvurularının Teknik Değerlendirmesi Hakkında Yönetmelik” hükümleri çerçevesinde yapar.

C. Önlisans Verilmesine Esas Şartlar

Önlisans başvurusunda bulunan tüzel kişilerin belgelendirmeleri gereken yükümlülükler EPK ve Lisans Yönetmeliği ile “Önlisans ve Lisans İşlemleri ile İlgili Başvurularda Sunulması Gereken Bilgi ve Belgeler Listesi”nde yer almaktadır.

Önlisans başvurusunda bulunacak olan tüzel kişilerin hangi bilgi ve belgeleri Kuruma sunması gerektiği 21.11.2013 tarihli ve 4709-7 sayılı Kurul kararı ile “Önlisans ve Lisans İşlemleri ile İlgili Başvurularda Sunulması Gereken Bilgi ve Belgeler Listesi” adı altında belirlenerek 28.11.2013 tarihli Resmi Gazetede yayımlanmıştır. Başvuruda bulunacak olan tüzel kişilerin kaynak türüne göre bu listede yer alan bilgi ve belgeleri hazırlayarak kuruma sunmaları gerekmektedir. Nitekim anılan Listenin açıklamalar kısmının birinci maddesinde kaynak türüne göre hangi belgelerin Kuruma sunulması gerektiği açıkça belirtilmiştir.

Söz konusu mevzuat çerçevesinde, önlisans verilmesinin şartlarını şu şekilde sıralayabiliriz:

- Önlisans başvurusunda bulunan tüzel kişinin 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu hükümleri doğrultusunda anonim şirket ya da limited şirket olarak kurulmuş olması,
- Başvuruda bulunan anonim şirketlerin sermaye piyasası mevzuatına göre borsada işlem görenler dışındaki paylarının nama yazılı olması,
- Şirket anasözleşmesinin elektrik piyasası mevzuatına uygun olması
- Başvuruda bulunan tüzel kişi ile tüzel kişinin;
 - ✓ Doğrudan veya dolaylı payına sahip olan gerçek veya tüzel kişi veya kişilerin,
 - ✓ Yönetim kurulu başkan ve üyeleri ile limited şirketlerde müdürlerin, Kanunun 5 inci maddesinin sekizinci fıkrası kapsamında yasaklı olmaması,
- Asgari sermaye yeterliliğine sahip olunması,
- Teminatın sunulması,
- Önlisans alma bedelinin Kurum hesabına yatırılması,

- 21.11.2013 tarihli ve 4709-7 sayılı Kurul Kararıyla düzenlenen “Önlisans Başvurusunda Sunulması Gereken Bilgi Ve Belgeler Listesi”nde yer alan belgelerin sunulması

“Önlisans Başvurusunda Sunulması Gereken Bilgi Ve Belgeler Listesi”nde başvuruda bulunacak olanlardan önlisans türü bazında hangi belgelerin isteneceği ayrıntılı olarak belirtilmiştir. Söz konusu belgelerden bir kısmı yukarıda açıklanan şartları başvuru sahibinin taşıyıp taşımadığını ya da yerine getirip getirmediğini tevsik eder niteliktedir. Bu kapsamda, önlisans alma bedelinin ödendiğine ilişkin belgenin talep edilmesini zikredebiliriz. Ayrıca söz konusu Liste başvuru sahiplerini aydınlatıcı açıklamalar da içermektedir. Örneğin, Şirket anasözleşmesinin elektrik piyasası mevzuatına uygun hale getirilmesi için hangi hususların anasözleşmeye dercedilmiş olması gerektiği açıkça belirtilmiştir.

D. Önlisans Süresinde Yerine Getirilmesi Gereken Yükümlülükler

Önlisans başvurusunda bulunan tüzel kişinin gerekli şartları taşıması halinde kendisine belirli süreyi içeren önlisans verilir. Diğer bir deyişle önlisans sahibine önlisans verilmekle birlikte süre de tayin edilir. Söz konusu süre önlisans belgesine de dercedilir. EPDK’nın vereceği önlisanslarda referans alacağı önlisans süreleri 21.11.2013 tarihli ve 4711 sayılı²² Kurul Kararı ile belirlenmiştir. Anılan Karar kapsamında önlisans süreleri, kurulması planlanan üretim tesisinin kurulu gücüne göre 24 ila 36 ay arasında belirlenmiştir.

Yukarıda kısaca bahsedilen önlisans süreleri, önlisans sahiplerinin anılan sürelerde belli yükümlülükleri yerine getirmeleri için verilmiştir. Önlisans sahibi tüzel kişinin önlisans süresinde yerine getirmesi gereken yükümlülükler ise tahdidi şekilde Lisans Yönetmeliği’nin “Önlisans süresi içerisinde tamamlanması gereken iş ve işlemler” başlıklı 17 nci maddesinde sayılmıştır. Söz konusu maddede önlisans süresi içerisinde tamamlanması gereken yükümlülükler aşağıdaki gibi sıralanmıştır:

“a) Üretim tesisinin kurulacağı sahanın önlisans sahibi tüzel kişinin mülkiyetinde olmaması halinde, söz konusu sahanın mülkiyet veya kullanım hakkının elde edilmesi, hidroelektrik santrallerinde su tutma alanları ile ilgili olarak kamulaştırma kararının alınması, kömür veya asfaltit, bitümlü şist, bitümlü şeyl gibi yerli yakıt türlerine dayalı termik santral projelerinin kül sahaları için kamulaştırma kararlarının ve/veya orman ön izinlerinin alın-

²² Resmi Gazete Tarihi- Sayısı: 28/11/2013-28835

ması, nükleer santrallerde üretim tesisinin kurulacağı sahaya ilişkin tahsis işlemlerinin yapılması.

b) Kurulması planlanan üretim tesisine ilişkin imar planlarının onaylanması.

c) Üretim tesisinin inşaatına başlanabilmesi için gerekli olan ön proje veya proje veya kat'ı proje onayının alınması.

ç) Bağlantı anlaşması için TEİAŞ veya ilgili dağıtım şirketine başvurunun yapılması.

d) Rüzgar enerjisine dayalı önlisansa konu üretim tesisi için Teknik Etkileşim İzninin alınması.

e) Rüzgar, güneş, hidrolik, jeotermal, biyokütle veya 3213 sayılı Maden Kanununun 2 nci maddesinin ikinci fıkrasının IV. Grup madenler başlıklı bendinin (b) alt bendi kapsamında belirtilen yerli kaynaklara dayalı başvurular için Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliği kapsamında gerekli olan kararın alınması.

f) Üretim tesisine ilişkin yapı ruhsatının veya söz konusu ruhsatın yerine geçecek belgenin sunulması.

g) Önlisansa konu üretim tesisi ile ilgili olarak;

1) Yerli kömüre dayalı üretim tesisleri ile jeotermal kaynağa dayalı üretim tesisleri için kaynak kullanım hakkına ilişkin anlaşmanın,

2) Hidrolik kaynağa dayalı üretim tesisleri için DSI ile yapılmış Su Kullanım Hakkı Anlaşmasının,

3) Rüzgar veya güneş enerjisine dayalı üretim tesisleri için TEİAŞ ile imzalanmış RES veya GES Katkı Payı anlaşmasının,

yapılmış olması.”

Söz konusu maddeden de anlaşılacağı üzere önlisans süresinde yerine getirilmesi gereken yükümlülükleri kısaca, taşınmaz edinimi ve kamulaştırma, kaynak kullanım anlaşması, yapı ruhsatı, imar planı, ön proje/proje/kat'ı proje onayı, bağlantı anlaşması başvurusu ve ÇED'e ilişkin karar olarak sayabiliriz.

3. ÖNLİSANSLA İLGİLİ GENEL DEĞERLENDİRME

Yukarıda, başvuru süreci, alınması ve hukuki mahiyetini açıkladığımız önlisansa ilişkin olarak değineceğimiz ilk husus, Lisans Yönetmeliği'nde sınırlı şekilde sayılan önlisans yükümlülükleri ile ilgilidir. Kanaatimizce, EPK'da böyle bir sınırlama olmadığı halde, Yönetmelikle belli yükümlülüklerin tamamlanması gerektiğine ilişkin sınırlama yapılması hukuka aykırıdır. Zira, idarenin düzenleme yetkisinin türevliği, kanunla çerçevelenmiş ve kanuna uygun düzenleme yapılmasını gerektirir.²³ Nitekim Danıştay'ın bir kararında bu ilke şu şekilde ifade edilmiştir: “Anayasa'nın 124. maddesi gereği Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzelkişilerinin, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak koşuluyla yönetmelikler çıkarabileceği açıktır. Yönetmelikler, yasa tekniğine uygun olmaması ve güçlükler bulunması nedeniyle yasal düzenlemelerde yer almayan ancak idarenin işleyişi ve kamu yararı için önceden belirlenmesi zorunlu bulunan teknik konu ve ayrıntıları yasal çerçeve içerisinde kalmak koşuluyla düzenleyebilir. Kamu idaresi tarafından görev alanına giren konularda yönetmelikler yapılırken dayanağı yasanın bütününe bağlı kalınması zorunlu olduğu gibi yasayı ve yasanın amacını aşar veya yasa konusu alanlara girer nitelikte düzenleme yapma olanağı da bulunmamaktadır.”²⁴

EPK, önlisans döneminde üretim tesisinin inşaatla hazır hale gelmesi için gerekli tüm izin, ruhsat, onayların alınmasını ve tesis sahasının mülkiyet veya kullanım hakkının elde edilmesini şart koşmuştur. 4628 sayılı Kanun döneminde yaşanan tecrübelerden yola çıkılarak önlisans müessesesi oluşturulmuş, önlisans süresi 36 ayla sınırlandırılmış ve mücbir sebepler hariç anılan sürede üretim tesisinin inşa edilebilir aşamaya gelmesi öngörülmüştür. Elektrik üretim tesisi kurmak ve işletmek, birçok Kurumun mevzuatıyla ilgili bir faaliyetlerdir. Yönetmelikte alınması gerekli izin, onay ve ruhsatların tek tek yazılması gerekmediği gibi sürekli değişen ikincil mevzuatlar kapsamında imkan dahilinde de değildir. Elektrik üretim faaliyetinde bulunmak için kuruma başvuran tüzel kişinin, gerekli araştırmayı yapmış olarak başvuruda bulunması gerekmektedir. Nitekim, 4628 sayılı Kanun döneminde üretim lisansına dercedilen inşaat öncesi sürede hangi yükümlülüklerin tamamlanması gerektiği tek tek belirlenmemiştir. Bu minvalde, EPK'nın geçici 9 uncu maddesi de “Üretim

²³ K. Burak ÖZTÜRK, **İdarenin Düzenleme Yetkisi** (Türk ve Fransız Hukuku Açısından Kapsamlı Bir İnceleme), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, s.125 v.d.

²⁴ D.13.D, E. 2005/75, K. 2006/474, T.24.01.2006, Danıştay Dergisi, S.113, s.462

lisansına dercedilen inşaat öncesi süre içerisinde, üretim tesisinin inşaatına başlanması için yerine getirilmesi gereken yükümlülüklerini ikmal edememiş tüzel kişilere, varsa kalan inşaat öncesi sürelerine ek olarak; yoksa sadece altı ay süre verilir. Mücbir sebepler dışında bu süre içerisinde de yükümlülüklerini ikmal edemeyen tüzel kişilerin lisansları iptal edilir.” hükmünü içermekte olup “üretim tesisinin inşaatına başlanması için yerine getirilmesi gereken yükümlülükleri” ifadesiyle bu hususa işaret etmektedir.

Değiniilmesi gereken ikinci önemli konu ise önlisans ve üretim lisansı için öngörülen af uygulamalarıdır. Söz konusu uygulama ile önlisans ve/veya lisans başvurusunda bulunan veya önlisans/lisans almış tüzel kişilerin başvurularından/lisanslarından vazgeçmeleri halinde teminatlarının iade edilmesi hüküm altına alınmaktadır. Konuya ilişkin değerlendirmelerde bulunmadan önce kısaca önlisansla ilgili teminat yükümlülüğünden, idari yaptırım ve af kavramlarından bahsetmekte fayda vardır.

Elektrik piyasasında üretim faaliyeti kapsamında teminat uygulaması ilk defa 4628 sayılı Kanuna 18/4/2007 tarihli ve 5627 sayılı Kanunla eklenen “Kurum, mevcut üretim lisanslarında ve lisans başvurularında teminat ister. Teminat alınması ve irat kaydedilmesine ilişkin hususlar ilgili yönetmelikle düzenlenir” hükmü çerçevesinde başlamıştır. Anılan Kanun değişikliğinden önce teminat, lisans verilmesinin şartlarından birini oluşturmamaktaydı. Söz konusu hüküm, Enerji Verimliliği Kanun Tasarısının Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulunda görüşülmesi sırasında teklif üzerine eklenmiştir. Yapılan teklifin gerekçesi, “4628 sayılı Kanunda yapılan değişikliklerin sistematize edilerek tek madde altında toplanması ve kanun tekniğine uygunluğun sağlanması amaçlanmıştır.”²⁵ olarak ifade edilmiştir.

Önlisans başvurusu sırasında sunulması gereken belgelerden biri de Kurum tarafından öngörülen teminat mektubunun önlisans başvurusu aşamasında Kuruma sunulması zorunluluğuna ilişkindir. EPK’nın 6 ncı maddesinin sekizinci fıkrasına göre önlisans için başvuran tüzel kişiden, önlisans süresinde yerine getirmesi gereken yükümlülükleri ikmal etmemesi hâlinde irat kaydedilmek üzere, kurulmak istenen üretim tesisinin niteliği ve büyüklüğüne göre yönetmelikle belirlenecek miktarda teminat mektubu alınır. Önlisans başvurusunda bulunacak olan tüzel kişilerin Kuruma sunmak zorunda oldukları teminat mektubu tutarları 21.11.2013 tarihli ve 4709-6 sayılı Kurul

²⁵ İnternet:https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tutanak_g_sd.birlesim_baslangic?P4=19854&P5=B&PAGE1=1&PAGE2=55 (Son Erişim Tarihi:01.09.2017)

kararı²⁶ ile belirlenmiştir. Buna göre önlisans başvurusunda bulunacak tüzel kişilerden MWm cinsinden beher kurulu güç (virgülden sonraki iki basamak dâhil) başına alınacak teminat mektubu tutarının 10.000 (onbin) TL olmasına, ancak bu tutarın hiçbir şekilde 5.000.000 (beşmilyon) TL'yi aşmamasına karar verilmiştir.

Önlisans başvurusu sırasında sunulan teminatın hangi hallerde iade edileceği ve irat kaydedileceği Lisans Yönetmeliğinin 45 inci maddesinde ayrıntılı olarak sayılmıştır. Buna göre aşağıdaki hallerde teminat irat kaydedilir:

- Önlisans sahibinin, önlisans süresinde yerine getirmesi gereken yükümlülüklerini süresi içerisinde yerine getirmemesi
- Önlisans sahibinin, önlisans süresi içerisinde üretim lisansı başvurusunda bulunmaması,
- önlisans sahibi tüzel kişiden kaynaklanmayan nedenler dışında önlisansın, önlisans sahibi tüzel kişinin talebiyle sona ermesi veya Kurul kararıyla iptal edilmesi
- önlisans sahibi tüzel kişi lisans başvurusunda bulunmasına karşın, eksiklerini gidermemesi nedeniyle anılan başvurunun yapılmamış sayılması
- önlisans sahibi tüzel kişi lisans başvurusunda bulunmuş olup da lisans başvurusu değerlendirmeye alındıktan sonra başvurudan vazgeçilmesi veya mücbir sebep halleri ile başvuru sahibinden kaynaklanmayan haklı sebepler dışında bir sebeple başvurunun reddedilmesi

Yukarıda zikredilen teminatın irat kaydedilmesini gerektiren hallerden de anlaşılacağı üzere, önlisans sahibinin yükümlülüklerini yerine getirmemesi durumunda EPDK'ya sunduğu teminatın irat kaydedilmesi konusunda EPDK'nın takdir yetkisi bulunmamaktadır.

Teminatın irat kaydedilmesi, mali nitelikte bir idari yaptırımdır. İdari yaptırımlar, “yasaların açıkça yetki verdiği veya yasaklamadığı durumlarda, araya yargısal bir karar girmeden, idarenin doğrudan doğruya, bir işlemi ile ve İdare Hukukuna özgü usullerle vermiş olduğu cezalar...”²⁷dır. Teminatın

²⁶ Resmi Gazete tarihi ve Sayısı: 28/11/2013-28835. Anılan Kararın son haline <http://www.epdk.org.tr/TR/Dokumanlar/Elektrik/Lisanslar> adresinden ulaşılabilir.

²⁷ İl Han ÖZAY, **İdari Yaptırımlar**, İstanbul Üniversitesi Yayını, No: 3326, İstanbul, 1985, s.35

irat kaydedilmesi, önlisans sahibi tüzel kişinin EPK ile tali mevzuata aykırı bir şekilde hareket etmesi halinde, bir miktar paranın mezkur kişiden alınarak idareye aktarılması şeklinde tezahür eder.

Bu çalışmada “af” olarak adlandırılan husus tam da bu meyanda ortaya çıkmaktadır. Türk Hukukunda “af” genel af ve özel af olarak ikiye ayrılmaktadır. Genel affın, suçu ve cezayı ortadan kaldırdığı, özel affın ise cezayı hafiflettiği ya da kaldırdığı ifade edilmektedir.²⁸ İşte, bu çalışmada “af” olarak tanımlanan husus; elektrik piyasasına ilişkin mevzuata uymadığı için teminatının irat kaydedilmesi suretiyle idari yaptırıma maruz kalması adeta mukadder olan önlisans sahibi tüzel kişileri, yaptırıma tabi tutulmadan kurtarmak olarak tebellür etmektedir. Diğer bir deyişle, teminatın irat kaydedilmesini içeren idari işlem tesis edilmemekle birlikte işbu yaptırım ihtimalinin yasama organı ya da idare eliyle bertaraf edilmesidir.²⁹

“Af” olarak nitelendirdiğimiz uygulamaları tarihsel süreç açısından geriye doğru incelediğimizde ilk olarak mevcut kanundaki düzenlemeye değinebiliriz: EPK’nın 30.03.2013 tarihinde yayımlanmasının ardından yaklaşık 4 yıl sonra EPK’ya aşağıdaki hüküm geçici 21 inci madde olarak eklenmiştir:

“(1) Mevcut üretim veya otoprodüktör önlisanslarını, lisanslarını ya da lisans başvurularını sonlandırmak isteyen tüzel kişilerin bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihi takip eden iki ay içerisinde Kuruma başvurmaları hâlinde önlisansları, lisansları veya lisans başvuruları sonlandırılarak teminatları iade edilir.”

Söz konusu madde ile örneğin 36 ay süreli önlisans alan bir tüzel kişinin anılan süreyi hiçbir işlem tesis etmeden geçirmesi halinde herhangi bir yaptırıma tabi olmadan piyasadan çıkmasına imkan tanınmıştır. Üstelik yenilenebilir enerji kaynaklarına dayalı bir projeye ilişkin önlisansın bahis mevzu olduğu hallerde konu idari yaptırımın da ötesine geçerek kamu yararına aykırı bir hal almaktadır. Ayrıca, üretim faaliyetiyle ilgili “af”lara elektrik piyasasında ilk defa da rastlanmamaktadır. EPK’nın yayımlandığı tarihte yürürlükte olan geçici 9 uncu maddesinin üçüncü fıkrası “(3) Mevcut üretim veya otoprodüktör lisanslarını ya da lisans başvurularını sonlandırmak isteyen tüzel kişilerin bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihi takip eden bir ay içerisinde Kuruma baş-

²⁸ Kemal GÖZLER, “Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Af Yetkisi”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, C.18, s. 301

²⁹ Bu çerçevede, işbu çalışmada kullanılan “af” ile kamu hukuku bağlamındaki “af” terimleri birebir örtüşmemektedir.

vurmaları hâlinde lisansları veya başvuruları sonlandırılarak teminatları iade edilir.” hükmünü içermektedir. Diğer bir deyişle EPK, üretim faaliyetiyle ilgili olarak yürürlüğe “af”la birlikte girmiştir. Üçüncü olarak, 4628 sayılı Kanun döneminde de Mülga Lisans Yönetmeliği’ne 5 Nisan 2011 tarihli ve 27896 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Yönetmelikle eklenen geçici 39 uncu maddede³⁰ ile af uygulaması başlamıştır.

EPDK, doktrinde³¹ “bağımsız idari otorite” olarak nitelendirilmekte ve regülasyon³² faaliyetinde bulunduğu belirtilmektedir. Regülasyon, devletin piyasaya müdahale şeklidir. Anılan müdahalenin her şeyden önce kamu yararına yönelik olması gerekmektedir. Oysa, yaklaşık her 3 yılda bir affedilen bir piyasanın sağlıklı işlemesi düşünülemez. Anayasanın “Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler.” hükmünü amir olan 167 nci maddesinin birinci fıkrası göz önünde bulundurulduğunda yapılan düzenlemenin hukuka uygunluğu da giderek tartışılır hale gelmektedir.

Özellikle ortalama 36 aylık önlisans süresinde inşaat öncesi döneme ilişkin yükümlülüklerini yerine getirmeyip projeyi satmaya çalışan kişilerin önüne geçilerek piyasaya gerekli mesajın verilmesi gerekir. Zira, böylelikle önlisansın EPK’yla getiriliş amacının gerçekleşmesi ile önlisans süresinin sona

³⁰ Söz konusu madde “Lisansı kapsamındaki tesisinin geçici kabulü yapılmamış tüzel kişiler, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir ay içerisinde Kuruma yazılı olarak başvurmak suretiyle lisanslarının sona erdirilmesini talep ettikleri takdirde Kuruma sunmuş oldukları banka teminat mektupları, bu tüzel kişilerin lisansa dayanak teşkil eden kaynak kullanım haklarından feragat etmeleri halinde irat kaydedilmeyerek iade edilir.

Üretim lisansı alması Kurul kararıyla uygun bulunmuş olan tüzel kişiler, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir ay içerisinde Kuruma yazılı olarak başvurmak suretiyle lehlerine verilmiş uygun bulma kararından feragat ettiklerini yazılı olarak bildirdikleri takdirde, yükümlülüklerini süresi içerisinde yerine getirip getirmediklerine bakılmaksızın Kuruma sunmuş oldukları banka teminat mektupları, uygun bulma kararına dayanak teşkil eden kaynak kullanım haklarından da feragat etmeleri halinde irat kaydedilmeyerek iade edilir.” hükmünü içermektedir.

³¹ Bkz. Zeynep ÇAKMAK, **Bağımsız İdari Otorite Olarak Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu**, Çakmak Yayınevi, Ankara, 2011; Turgut TAN, “Bağımsız İdari Otoriteler veya Düzenleyici Kurullar”, **Amme İdaresi Dergisi**, C. 35, S. 2; Gökhan ERDOĞAN, “Bağımsız İdari Otoriteler”, **TAAD**, Yıl:7, Sayı:24, s.565-598

³² Regülasyon konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Cenk ŞAHİN, **Amerikan Federal İdare Hukukunda “Regülasyon” (Ve Türk İdare Hukukuna Yansımaları)** (1.Baskı), Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010; Bülent KENT, **Türk ve Alman Hukukunda Elektrik Piyasasının Düzenlenmesi ve Düzenleyici Kurumları**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012

ermesine yakın bir zamanda projeyi tabiri caizse değerinin çok altında bir fiyata satın alan kişilerin mücbir sebep ve haklı neden iddialarıyla EPDK'nın uğraşarak vakit ve emek kaybetmemesi sağlanır. En önemlisi de EPDK'nın kabahat niteliğindeki hukuka aykırılıkları idari yaptırıma tabi tutan ekonomik kolluk³³ makamı olduğunun hukuki metinlerde ve doktrinde yer verildiği şekliyle piyasa aktörlerine de gösterilmesi adına “af” uygulamasından vazgeçilmelidir.

4628 sayılı Kanun döneminde, üretim tesisi yatırımlarının gecikmesini engellemek ve üretim lisanslarının yatırımcı hüviyetini haiz olmayan kişilerin elinde ranta dönüşmesinin önüne geçmek için anılan Kanunda da yer alan idari yaptırım mekanizmalarının harekete geçirilmesi mümkün iken bu yola sınırlı şekilde başvurulmuş olması, sorunun kaynağının hukuki düzenlemeler olarak görülmesini ve önlisans müessesesinin kanunkoyucu marifetiyle uygulamaya girmesini intaç etmiştir. Oysa, ***kanunkoyucunun belli amaçlarla ihdas ettiği hukuki müesseseler, adlarından ziyade içerikleri ve daha da önemlisi yürütme organının işlemleri ve uygulamaları ile birlikte işlev kazanırlar.***

4. Sonuç

Elektriğin üretim, iletim, dağıtım, toptan satış, perakende satış, piyasa işletim, ithalat ve ihracatı faaliyetlerinden oluşan elektrik piyasasında önlisans müessesesine ilk defa EPK ile yer verilmiştir. Önlisans, elektrik piyasası faaliyetlerinden sadece üretim faaliyeti için verilen bir ön izin niteliğinde olup üretim tesisinin inşaatına başlanması için de bir ön şarttır. Bu minvalde, önlisansı ***üretim tesisinin inşaatına başlanması için gerekli inşaat öncesi yükümlülüklerin teminini sağlamaya yönelik verilen izin*** olarak tanımlamak uygun olacaktır. Bu çerçevede, önlisansla ilgili EPK'da yer alan tanımın, Kanunun diğer hükümleri de göz önünde bulundurulduğunda, anılan müesseseyi “yatırım öncesi döneme” özgülemesi nedeniyle uygun bir tanım olmadığı ve değiştirilmesi gerektiği değerlendirilmektedir.

İkinci olarak, önlisans süresinde yerine getirilmesi gereken yükümlülüklerin Lisans Yönetmeliği ile sınırlı şekilde belirlenmesi, yönetmeliklerin kanunlara aykırı olamayacağına ilişkin Anayasanın 124 üncü maddesi ve kanuni

³³ Ahmet Fatih ÖZKAN, “Ekonomik Kamu Düzeni ve Ekonomik Kolluk Faaliyeti”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl:67, S. 4, s.75-96; Ali Ülkü AZRAK, “Dünyada ve Türkiye’de Bağımsız İdari Otoriteler ve İdarenin Yeniden Yapılanması Bağlamında Bunlara İlişkin Bazı Sorunlar”, **Bağımsız İdari Otoriteler**, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, 2001, s. 26

idare ilkesi³⁴ kapsamında, hukuka aykırıdır. Zira, EPK’da böyle bir sınırlama olmadığı gibi önlisansla ilgili yasal hükümler, önlisans süresinin sonunda üretim tesisinin inşa edilmeye hazır hale gelmesi gerektiğini ifade eder niteliktedir.

Üçüncü olarak, önlisans müessesesine yer verilmesinin amacı gerçek yatırımcı olmayan kişilerin elektrik piyasasına girişlerini önlemek şeklinde EPK gerekçesine yansıtılmışken “af” uygulamaları ile bu amaca aykırı düzenlemelerin kanunlaştırılması -asıl sorun görmezden gelinerek- anılan müessesenin de yetersiz olduğu görüşüyle yeni arayışlara gidilmesine neden olacaktır.

KAYNAKÇA

- AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil: **Türk İdare Hukuku** (Güncellenmiş 2. Baskı), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011
- ATAY, Ender Ethem: **İdare Hukuku** (5. Bası), Turhan Kitabevi, Ankara, 2016
- AZRAK, Ali Ülkü: “Dünyada ve Türkiye’de Bağımsız İdari Otoriteler ve İdarenin Yeniden Yapılanması Bağlamında Bunlara İlişkin Bazı Sorunlar”, **Bağımsız İdari Otoriteler**, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, 2001
- ÇAL, Sedat: **Türk İdare Hukukunda Ruhsat** (1. Baskı), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010
- ÇAKMAK, Zeynep: **Bağımsız İdari Otorite Olarak Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu**, Çakmak Yayınevi, Ankara, 2011
- ERDOĞAN, Gökhan: “Bağımsız İdari Otoriteler”, **TAAD**, Yıl:7, Sayı:24
- ERGÜN, Çağdaş Evrim: **Elektrik Piyasasında Kamu Hizmeti** (1. Baskı), Çakmak Yayınevi, Ankara, 2010
- GİRİTLİ, İsmet / BİLGİN, Pertev / AKGÜNER, Tayfun / BERK, Kahraman: **İdare Hukuku** (Güncellenmiş 5. Bası), Der Yayınları, İstanbul, 2012
- GÖNEN, Yakup: **Türkiye’de Elektrik Kamu Hizmetinin Yürütülmesi ve Lisans Usulü** (1.Baskı), Adalet Yayınevi, Ankara, 2011

³⁴ Günday, s.42-45; Kemal GÖZLER, **İdare Hukuku Dersleri** (3.Baskı), Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2005, s.62-63

- GÖZLER, Kemal: **İdare Hukuku Dersleri** (3.Baskı), Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2005, s.62-63
- GÖZLER, Kemal: “Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Af Yetkisi”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, C.18
- GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref / TAN, Turgut: **İdare Hukuku**, (Güncelleştirilmiş 8. Bası), c.1. Turhan Kitabevi, Ankara, 2011
- GÜNDAY, Metin: **İdare Hukuku** (10. Baskı), İmaj Yayınevi, Ankara, 2011
- KENT, Bülent: **Türk ve Alman Hukukunda Elektrik Piyasasının Düzenlenmesi ve Düzenleyici Kurumları**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012
- ÖZAY, İl Han: **Günışığında Yönetim**, Alfa Yayınları, İstanbul, 2002
- ÖZAY, İl Han: **İdari Yaptırımlar**, İstanbul Üniversitesi Yayını No: 3326, İstanbul, 1985
- ÖZKAN, Ahmet Fatih: “Ekonomik Kamu Düzeni ve Ekonomik Kolluk Faaliyeti”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl:67, S. 4
- ÖZTÜRK, K. Burak: **İdarenin Düzenleme Yetkisi (Türk ve Fransız Hukuku Açısından Kapsamlı Bir İnceleme)**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi
- ŞAHİN, Cenk: **Amerikan Federal İdare Hukukunda “Regülasyon” (Ve Türk İdare Hukukuna Yansımaları)** (1.Baskı), Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010
- TAN, Turgut: “Bağımsız İdari Otoriteler veya Düzenleyici Kurullar”, **Amme İdaresi Dergisi**, C. 35, S. 2
- ULUSOY, Ali: **Kamu Hizmeti İncelemeleri**, 1.Baskı, Ülke Kitapları, İstanbul, 2004
- YILDIRIM, Turan / YASİN, Melikşah / KARAN, Nur / ÖZDEMİR, H. Eyüp / ÜSTÜN, Gül / OKAY TEKİNSOY, Özge: **İdare Hukuku** (4. Baskı), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012
- İnternet: www.epdk.org.tr
- İnternet: <http://mevzuat.basbakanlik.gov.tr>
- İnternet: <https://www.tbmm.gov.tr>